

**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO  
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**PRISCILA BITTENCOURT DE CARVALHO**

**DA JUSTIÇA PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE: ENTRE O  
DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO E O DIREITO À DISTRIBUIÇÃO DE  
ENERGIA ELÉTRICA**

**BRASÍLIA - DF**

**2017**

**PRISCILA BITTENCOURT DE CARVALHO**

**DA JUSTIÇA PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE: ENTRE O  
DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO E O DIREITO À DISTRIBUIÇÃO DE  
ENERGIA ELÉTRICA**

Dissertação de Mestrado apresentada  
como requisito para conclusão do curso  
de Mestrado Acadêmico em Direito  
Constitucional do Instituto Brasiliense de  
Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Luís de Araújo  
Sales Ciarlini

**BRASÍLIA - DF**

**2017**

**PRISCILA BITTENCOURT DE CARVALHO**

**DA JUSTIÇA PARA O DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE: ENTRE O  
DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO E O DIREITO À DISTRIBUIÇÃO DE  
ENERGIA ELÉTRICA**

Dissertação de Mestrado apresentada  
como um requisito para conclusão do  
curso de Mestrado em Direito do Instituto  
Brasiliense de Direito Público – IDP

Brasília, 21 de março de 2017.

Banca examinadora

---

Prof. Dr. Álvaro Luís de Araújo Sales Ciarlini  
Orientador

---

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco  
Examinador

---

Prof. Dr. Pablo Malheiros da Cunha Frota  
Examinador

Dedico essa dissertação aos meus pais, irmã e noivo, que seguiram incansavelmente ao meu lado o caminho que me trouxe até aqui.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço aos meus pais, Renata Innecco Bittencourt de Carvalho e Marcio Cruz Nunes de Carvalho, por alimentarem desde pequena minha fome pelo conhecimento e por me incentivarem dos meus pequenos passos de criança aos grandes passos de mulher, na luta pelos meus sonhos, mesmo quando eu mesma não acreditei em mim.

Agradeço à minha irmã, Catharina Bittencourt de Carvalho, por estar ao meu lado com sua leveza de criança, cuja risada me recebe diariamente fazendo esvair minhas preocupações e cujo abraço apertado e sincero me mostra a pureza do amor.

Agradeço ao meu noivo, Víctor Minervino Quintiere, que me fez acreditar que existe destino, pois, em meio a tantos desencontros, estávamos predestinados a coincidir nossas histórias, num derradeiro encontro que tudo mudou irreversivelmente e de repente reconheci nele o meu eterno amor.

“Não posso afirmar que as coisas melhorarão se mudarem, o que posso afirmar é que elas precisam mudar se devem melhorar.”

(Georg Cristoph Lichtenberg)

## RESUMO

O desenvolvimento da sociedade de maneira durável e sadia deve ser alcançado por meio do critério de justiça, e não por simples crescimento econômico-financeiro, na teoria de Amartya Sen. Porém, a justiça não é um conceito perene, havendo a necessidade de aproximação do Direito e da Moral. Robert Alexy e Amartya Sen defendem a ligação entre Direito e Moral para que haja justiça. O discurso jurídico embasa-se nos direitos fundamentais a partir da ponderação para aplicar os mandados de otimização da justiça. A prevalência do direito ao meio ambiente sadio ou do direito à distribuição de energia elétrica evidenciam diferentes concepções de justiça na análise do Recurso Extraordinário 627.189 de São Paulo. A dissertação busca avaliar como a concepção de justiça de Amartya Sen, com influência de Robert Alexy, pode influenciar no resultado do julgamento do Recurso. A pesquisa realizada foi qualitativa, com análise de documentos com finalidade exploratória voltada ao interpretativismo.

**Palavras-chave:** Justiça. Desenvolvimento. Amartya Sen. Robert Alexy. Meio Ambiente Sadio. Distribuição de Energia Elétrica.

## **ABSTRACT**

Development of society in a durable and healthy way must be achieved by means of the criterion of justice and not by simple economic and financial growth, according to Amartya Sen. However, justice is not a closed concept and there is a need to narrow the bonds of Law and Morality. Robert Alexy and Amartya Sen advocate the link between law and morality for justice. Legal discourse needs to take fundamental rights in consideration and balance them to obtain fair responses. The prevalence of the right to a healthy environment or the right to energy distribution emphasizes the difference between the notions of justice in the analysis of the Extraordinary Appeal 627.189, from São Paulo. This dissertation seeks to assess how Amartya Sen's conception of justice, influenced by Robert Alexy's, can affect the outcome of the Appeal's ruling. This dissertation employed qualitative research, by analysing documentation with an exploratory purpose focused on interpretivism.

**Key-Words:** Justice. Development. Amartya Sen. Robert Alexy. Healthy Environment. Distribution of Electric Energy.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1 PERSPECTIVA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>13</b>
1.1 DOS DIREITOS HUMANOS.....	13
1.2 DAS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS.....	29
1.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	35
1.4 DA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO REGRAS E PRINCÍPIOS.....	41
<b>2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DESTAQUE .....</b>	<b>46</b>
2.1 DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO.....	46
2.2 DO DIREITO À DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA.....	74
<b>3 JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO EM AMARTYA SEN.....</b>	<b>84</b>
<b>4 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 627.189/SP.....</b>	<b>108</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>127</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>132</b>

## INTRODUÇÃO

As transformações histórico-culturais vividas pela sociedade moderna após as experiências com as Guerras Mundiais paulatinamente implicaram na maior valorização dos direitos humanos nos mais diversos âmbitos, para impedir novas atrocidades que implicassem desrespeito à própria condições dos seres humanos como tais, sendo necessária a garantia da dignidade da pessoa humana.

Ao serem incluídos os direitos humanos às Constituições do Estados, diante do seu reconhecimento como direitos fundamentais, eles podem assumir construções por meio de regras ou princípios. A construção como princípios implica na possibilidade de que os direitos sejam considerados mandados de otimização e, assim, sejam aplicados com diferentes gradações a depender do caso concreto.

Na busca pela justiça e correção das respostas judiciais, sugere-se a utilização do discurso jurídico por meio de argumentos racionais embasados nos valores morais de modo que haja aceitação por parte da população. Neste estudo, far-se-á uma análise da relação entre o direito ao meio ambiente sadio e o direito à distribuição de energia elétrica, que foi concretamente exposta no Recurso Extraordinário 627.189 de São Paulo.

Assim, o objetivo geral do presente trabalho é avaliar como uma concepção de justiça pode influenciar na busca pelo desenvolvimento de uma sociedade, com enfoque na ideia de justiça concebida por Amartya Sen e influência nos valores morais em busca da correção, almejando a realização da justiça. Por sua vez, os objetivos específicos são a análise dos conceitos de direito ao meio ambiente sadio em contraste com direito à distribuição de energia elétrica e como o conceito de desenvolvimento pode alterar a solução do Recurso Extraordinário mencionado.

Para alcance dos objetivos, procedeu-se a uma pesquisa qualitativa, com enfoque no estudo de caso, abordando critérios de justiça e argumentação jurídica a partir da análise de documentos com finalidade exploratória voltada ao

interpretativismo. Assim, a análise é realizada refletindo a percepção da realidade pela Autora.

O presente trabalho foi então estruturado em quatro capítulos.

Primeiramente, será realizada uma abordagem acerca dos direitos humanos, iniciando-se por uma breve perspectiva histórica para compreensão do panorama que levou à crescente importância do seu reconhecimento. Ademais, serão expostas as características dos ideais iluministas, que embasaram a Revolução Francesa, e as preocupações que advieram após a Segunda Guerra Mundial, levando ao cenário de valorização do ser humano e busca da sua dignidade.

Em seguida, destacam-se as características dos direitos humanos que levam à sua posição de superioridade em relação a outros direitos, esclarecendo a fundamentabilidade do reconhecimento desses direitos. Diante da sua prioridade em relação aos demais, trata-se, após, da sua positivação no ordenamento jurídico, especificamente na Constituição do Estado. Por fim, contrasta-se a construção de direitos fundamentais como regras e princípios.

Por sua vez, após, abordar-se-á a necessidade de que a ação humana não cause danos ao meio ambiente ou seja diminuída ao menor grau possível, permitindo que os indivíduos no presente e futuro possam ter uma vida digna e saudável; o surgimento da consciência ecológica e as diversas facetas que compõem a sustentabilidade voltada ao desenvolvimento saudável da sociedade em harmonia com o meio ambiente; conclui-se com a avaliação das características do direito ao meio ambiente sadio para verificar seu status de direito humano e fundamentação legal no sistema jurídico brasileiro.

Ainda nesse capítulo, passa-se à análise do outro direito em destaque no presente trabalho, qual seja: o direito à distribuição de energia elétrica. Destaca-se o seu papel para o crescimento econômico da sociedade e a possibilidade de seu reconhecimento como direito humano positivado na Constituição Federal, conferindo-lhes *status* de direito fundamental.

No terceiro capítulo, busca-se uma concepção de justiça que seja durável para motivar o desenvolvimento de uma sociedade nos seus diversos âmbitos, o que se concebe a partir do discurso jurídico, tratado como caso especial do discurso prático racional, por meio da utilização das teorias de Amartya Sen e Robert Alexy. Diante da necessidade de apresentação de argumentação racional para aceitação das regras pela comunidade, vê-se a aproximação do Direito e dos valores morais, a qual não pode ser hermética para que o sistema jurídico possa evoluir de acordo com as alterações na percepção de justiça da sociedade.

A aproximação entre Direito e Moral é analisada também na perspectiva de Amartya Sen, que leva ambos os conceitos para uma teoria econômica não convencional, em que sugere que o desenvolvimento deve ser avaliado não só pelo aumento de renda e riquezas, mas sim por uma multiplicidade de elementos extraeconômicos sendo imprescindíveis o Direito e a Moral aplicados por meio do debate público.

Por fim, o quarto capítulo consiste na análise do julgamento do Recurso Extraordinário 627.189/SP, em que prevaleceu o direito à distribuição de energia elétrica. Para tanto, aplica-se a ideia de justiça trazida por Amartya Sen, especialmente quanto à multiplicidade dos aspectos econômicos e necessidade de aplicação do discurso para a correção da resposta encontrada.

## 1 PERSPECTIVA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

### 1.1 DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são aqueles que visam a proteger a pessoa para que tenha uma vida digna, baseada na conjunção de valores, atos e normas (OLIVEIRA, 2012). Na história, tais direitos humanos ganharam relevância especialmente em virtude do Iluminismo, da Revolução Francesa e do Pós Segunda Guerra Mundial. Assim, adentraram o pensamento e a produção jurídicos internacional e nacionalmente (OLIVEIRA, 2012).

Apesar da ascensão do reconhecimento de direitos humanos ter sido marcada principalmente pelos três eventos, em outros momentos da história já houve tentativas esparsas de regulação desses direitos, principalmente visando limitar a atuação do Estado na esfera privada do homem, para assegurar-lhes maior liberdade, conforme explica Oliveira (2012, p.?):

O antecedente mais remoto seria a Magna Carta de 1215, que submetia o governante a um corpo escrito de normas e previa a inexistência de arbitrariedades na cobrança de impostos. A execução de uma multa ou de aprisionamento ficava submetida à necessidade de um julgamento justo. A Petition of Rights (1628) tentou incorporar novamente os direitos estabelecidos pela Magna Carta, por meio da necessidade de um julgamento justo. O Habeas Corpus Act (1679) instituiu um dos mais importantes instrumentos de garantia dos direitos. Bastante utilizado até hoje, protege o direito de locomoção de todos os indivíduos. O Bill of Rights (1689) veio para assegurar a supremacia do Parlamento sobre a vontade do rei, diminuindo os abusos cometidos pela nobreza em relação aos seus súditos. A Declaração de Direitos do Estado da Virgínia (1776) afirma: 'Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.' Assegura, também, todo o poder ao povo, o devido processo legal, entre outros direitos. A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776), assim como a Constituição Federal de 1787, consolidam barreiras contra o Estado, como a tripartição do poder, a alegação de que todo poder vem do povo; bem como estabelece alguns direitos fundamentais, como a igualdade entre os homens, a vida, a liberdade e a propriedade. Após a Revolução Francesa (1789), foi elaborada a Declaração dos Direitos

do Homem e do Cidadão, que garante os direitos referentes à liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão. Ressalta o princípio da legalidade e da igualdade de todos perante a lei, bem como o da soberania popular. Valoriza-se a dignidade da pessoa humana. A partir do século XX, tem-se a proteção de direitos, inclusive coletivos, em Constituições de vários países. A primeira nesse sentido foi a Constituição mexicana de 1917, que tratava da função social da propriedade e da proteção dos trabalhadores. No mesmo sentido caminhou a Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha), inclusive com a previsão de direitos previdenciários.

O movimento iluminista, que se desenvolveu no Século XVIII, buscou, com base na racionalidade, compreender o homem, sua essência e as coisas à sua volta, criticando as justificativas religiosas e optando pelas explicações científicas (OLIVEIRA, 2012). A racionalidade humana ganhou importância prática imprescindível para a realização da justiça no período iluminista. A lei precisava ser racional e sua interpretação estritamente objetiva para limitar o poder dos governos absolutistas que precederam o Iluminismo, em negação ao subjetivismo e à desigualdade que advinha da concentração ilimitada de poder no monarca (SANCHÍS, 1998).

Os ideais iluministas embasaram a Revolução Francesa, em que se buscou igualdade, liberdade e fraternidade para contrapor o absolutismo que reinava e a insegurança da população, diante do pensamento de que do monarca emanava a vontade divina, que seria, por conseguinte, inquestionável.

A justiça, no período absolutista, baseava-se primordialmente em justificativas transcendentais concedidas pelo próprio monarca em razão do seu conhecimento supostamente superior. A partir secularização e descentralização do poder da pessoa do monarca, houve o crescente reconhecimento da igualdade entre as pessoas, bem como da valorização e da dignidade dos seres humanos, o que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (DDHC) em 1789 após a queda da Bastilha (OLIVEIRA, 2012).

O preâmbulo da referida Declaração é esclarecedor quanto às preocupações com a repetição de desgraças públicas e corrupção que poderiam ocorrer quando os direitos humanos fossem esquecidos dentro de uma sociedade.

Os representantes do povo francês, constituídos em ASSEMBLEIA NACIONAL, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos Governos, resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os mesmos do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres; a fim de que os actos do Poder legislativo e do Poder executivo, a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. (DDHC, 1789)

Almejava-se uma perspectiva liberal acerca dos direitos, por meio de uma lei que ditasse a verdade que teria sido racionalmente compreendida e que, por conseguinte, precisava ser cumprida sem questionamentos, exceções e privilégios. No artigo 1º da DDHC, “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”

A ordem positiva ditava os direitos fundamentais advindos de dedução lógica das leis naturais numa perspectiva metafísica Kantiana e, portanto, generalizável a todos os cidadãos de um determinado Estado de forma abstrata, sem deixar espaço para os subjetivismos (SANCHÍS, 1998). No artigo 3º da DDHC “O princípio de toda a soberania reside essencialmente em a Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente.”

Não obstante as justificativas tenham superado a discricionariedade do monarca absolutista, o período iluminista ainda conta com justificativas transcendentais, mas estas adquirem um caráter racional e institucionalizado (SEN, 2009).

Ora, o Iluminismo estava orientado pela razão com ênfase no imperativo categórico kantiano, que ditava direitos transcendentais universais dos quais se tinha conhecimento a partir da lógica orientada pelo pensamento autônomo livre da heteronomia, porque capaz de optar não por seguir as paixões naturais (KANT, 2004). Assim, entendia-se que o indivíduo era capaz de conhecer a verdade sozinho por dedução lógico-racional.

Immanuel Kant (2004) afirmou que as leis de atuação na vida prática seriam orientadas pelos imperativos categóricos, que vinculariam a vontade, independentemente das condições patológicas ou vontades pessoais. Cada ser humano, racional e consciente da sua finitude, buscaria felicidade em vida, porém de maneiras divergentes e de acordo com sua própria conceituação de prazer:

Cada um coloca o seu bem-estar ou felicidade nisto ou naquilo, de acordo com a sua opinião particular do prazer ou da dor, fazendo as variações desta opinião experimentar diferentes necessidades ao mesmo indivíduo; e uma lei *subjetivamente necessária* (como lei natural) é, portanto, *objetivamente* um princípio prático de inteiro *contingente*, podendo e devendo ser diverso em diferentes sujeitos e que, por conseguinte, não pode proporcionar uma lei, se bem que no desejo da felicidade não se trate de uma forma da lei mas apenas da matéria, isto é, se posso eu esperar prazer do cumprimento da lei e em que proporção. Os princípios do amor-próprio podem, certamente, encerrar regras universais da habilidade (na pesquisa dos meios para os fins em mira), não sendo, porém, mais do que princípios teóricos (...) como, por exemplo, o do que todo aquele que quer comer pão deverá imaginar um moinho. Mas os preceitos práticos que assentam no amor-próprio não podem ser universais, porque o princípio que determina a faculdade de desejar se fundamenta no sentimento de prazer ou de dor, o qual nunca pode ser aplicado universalmente aos mesmos objetos. (KANT, 2004)

A mesma concepção restou esclarecida na DDHC de 1789, conforme se destaca o artigo 4º “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei”; e o artigo 5º “A Lei não proíbe senão as acções prejudiciais à sociedade. Tudo aquilo que não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.”

Kant (2004) buscou estabelecer um princípio anterior, livre de quaisquer inclinações empíricas, que servisse de orientação da vontade autônoma humana para culminar na sua boa vontade refletida nas ações do indivíduo que convive em sociedade. A vontade somente seria boa quando não estivesse vinculada a interesses específicos, mas entrelaçada aos deveres morais e emanada da razão compartilhada por cada ser humano individualmente por meio de sua autodeterminação para não ceder às paixões e inclinações externas.



Por sua vez, é essa vontade que origina o dever, de forma que o agir só pode ser considerado como bom quando sua única motivação é o respeito da lei moral, caso haja outros interesses motivando um agir heterônomo e, portanto, que não seja pretensamente universalizável, haveria comportamento imoral. Para Kant (2004), dever-se-ia agir autonomamente, utilizando a razão para chegar a máximas, de modo que os valores morais culminassem racionalmente em leis universais.

As leis universalizáveis restariam evidenciadas quando a pessoa concluísse que determinado modo de proceder particular é desejável caso seja válido para todos. Assim, adotaria uma perspectiva natural e cosmopolita de que a razão conduz a imperativos categóricos, os quais o indivíduo que possui liberdade de autodeterminação reconhece como igualmente interessantes para si próprio e para toda a coletividade.

Não seria possível adotar a lei do amor-próprio como absoluta, diante das diferentes inclinações de cada indivíduo, pois estas não são conhecidas pela utilização da razão *a priori* (KANT, 2004). Por sua vez, a racionalidade dos indivíduos lhes permitiria distinguir entre quais máximas seriam universalizáveis e quais não o seriam; dever-se-ia raciocinar hipoteticamente prevendo os acontecimentos provenientes das ações tomadas e optando pelas máximas que conduzissem à ordem (KANT, 2004). Daí que concluiu Kant (2004):

Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa valer-te sempre como princípio de uma legislação universal. (...). A regra prática é, portanto, incondicionada, sendo, por consequência, representada como proposição categoricamente *a priori*, em virtude da qual a vontade é determinada, objetiva, absoluta e imediatamente (pela mesma regra prática que aqui, evidentemente, é lei). Com efeito, a *razão pura, em si mesma prática*, aqui resulta imediatamente legisladora. A vontade é concebida como independente de condições empíricas e, por conseguinte, como vontade pura, determinada *mediante a simples forma da lei*, sendo esse motivo de determinação considerado como a suprema condição de todas as máximas. (KANT, 2004)

A partir das máximas universalizáveis, o homem deveria ser conduzido por uma vontade racional, que denotaria sua independência das paixões e, por conseguinte, sua capacidade de autodeterminação. Um comportamento heterônomo

não poderia ser universal, visto que as inclinações passionais não seriam previsíveis nem determináveis; ao passo que a autonomia permitiria a liberdade das pessoas, paradoxalmente em consequência da limitação das vontades irracionais (KANT, 2004).

Agindo de maneira que os direitos e deveres dos indivíduos encontrassem explicações racionais na razão prática pura e, portanto, com embasamento naquilo que é *a priori*, caminhar-se-ia para a eliminação dos males que se podem encontrar no planeta (KANT, 2006). Os deveres morais fundamentados em imperativos categóricos, impediriam que houvesse comportamentos movidos pelas paixões, permitindo uma convivência justa para o bem-estar comum dos indivíduos enquanto membros da sociedade (KANT, 2006).

Schmitt (2004) não coaduna com o entendimento esposado, mas sim pela impossibilidade de generalização de imperativos categóricos pretendida por Kant. Schmitt enxerga na democracia ideias de imanência, tendo em vista que o poder emanaria eminentemente do povo, e não questões transcendentais, como são os imperativos categóricos.

Diante da imanência da democracia para Schmitt, as sociedades se autodeterminam em unidades que representam a vontade de seu povo, de maneira que não haveria imperativos universalizantes. Isso porque Schmitt entende que a homogeneidade é um componente político que atua como condição de possibilidade da democracia, que precisaria estar limitado dentro dos Estados sem possibilidade de generalização para todas as sociedades (MOUFFE, 2000).

A igualdade dos cidadãos, para Schmitt, dependeria da existência de desigualdade em relação àqueles que não o são, não se podendo igualar a todos de forma cosmopolita, sob pena de acabar com a concepção democrática de igualdade, estatuindo uma igualdade sem sentido e indiferente (MOUFFE, 2000).

Schmitt, então, rejeita uma ideia de equidade generalizável a toda a humanidade, que seria oriunda do liberalismo e fugiria à igualdade na perspectiva política (MOUFFE, 2000). Nesta perspectiva, o liberalismo e a democracia seriam inconciliáveis, tendo em vista a oposição entre uma moral transcendental que permitiria o alcance de conceitos universais e um ideal político para obtenção de

conceitos generalizáveis em uma sociedade a partir da homogeneidade (MOUFFE, 2000).

Assim, Mouffe explica a oposição apresentada por Schmitt:

Tal ideia de equidade entre seres humanos - que advém do liberalismo individualista - é, para Schmitt, uma forma não política de igualdade, porque falta correlação de uma possível desigualdade a partir da qual toda igualdade adquire significado específico. Isso não confere qualquer critério para o estabelecimento de instituições políticas: 'A igualdade de todas as pessoas não implica na democracia, mas em um modo de liberalismo, que não se trata de uma forma estatal, mas sim de uma ética individualista-humanitária e idealista. A democracia moderna de massa reside numa confusa combinação de ambos posicionamentos.' Schmitt afirma que existe uma insuperável oposição entre liberalismo individualista, com seu discurso moral centrado em torno dos ideais individualista e democrático, que é essencialmente político e objetiva criar uma identidade baseada na homogeneidade. Ele alega que o liberalismo nega a democracia e a democracia nega o liberalismo, e que a democracia parlamentarista, uma vez que consiste na articulação entre democracia e liberalismo, é, portanto, um regime inviável. Para ele, quando falamos em igualdade, precisamos distinguir entre duas ideias muito diferentes: a liberal e a democrática. A concepção liberal de igualdade postula que todas as pessoas são, como seres humanos, automaticamente iguais umas às outras. A concepção democrática, entretanto, requer a possibilidade de distinção entre quem pertence ao demos e quem está em seu exterior; por esta razão, a democracia não pode existir sem sua necessária correlação com a desigualdade. Apesar das alegações dos liberais, a democracia da humanidade, se houver sua possibilidade, seria pura abstração, porque a igualdade só pode existir com significados específicos em esferas particulares - como igualdade política, igualdade econômica e aí por diante. (MOUFFE, 2000, p. 39, tradução nossa)

A homogeneidade, para Schmitt, é o que concebe uma democracia; portanto, somente os iguais deveriam ter tratamento igual, não havendo o mesmo reconhecimento para aqueles que são diferentes. É uma necessária relação de igualdade entre governante e governados que conceitua a democracia Schmittiana, o que levou a justificar o nacional socialismo, onde se buscava erradicar qualquer diferença.

As leis do nacional-socialismo representaram a pior forma de em que já se utilizou o racionalismo e a segurança jurídica para justificar a aplicação de leis injustas (SANCHÍS, 1998). O sistema jurídico composto por normas gerais e

abstratas conferiam certeza e legitimavam o totalitarismo no Estado Nazista, em que o *Führer* agia de acordo com leis que lhe convinham, o que supostamente conferiria segurança jurídica e certeza para o povo, como se puramente seguir as leis implicasse fazer justiça (SANCHÍS, 1988).

Luis Prieto Sanchís (1988) afirma que o Direito livre de uma perspectiva moral leva a experiências lastimáveis como a doutrina do nacional-socialismo, que representou o pior momento histórico das leis e das relações sociais. Durante o nazismo, o decisionismo do *Führer* restou mascarado pelo sistema de normas dissociado de conceitos morais. Assim, as normas passaram a refletir as intenções políticas e aplicação da lei à ratificação da vontade do *Führer* sem questionamentos (SANCHÍS, 1988).

Para Sanchís (1988),

fatalmente, as abordagens que ligam o direito livre com a doutrina jurídica do nacional-socialismo, ao contrário do que se poderia supor à primeira vista, representaram o pior momento histórico para a lei como uma forma de garantir a organização geral – embora, sem dúvida, neste caso injusto, as relações sociais. A tese de que existe uma lei acima da lei, cuja definição corresponde idealmente para o povo, levando à substituição do *Führer* *Rechtsstaat*. Assim, o sistema de regras abstratas e gerais é a base da segurança, aparecendo deslocado pelo *Führer* puro decisionismo e seus delegados; decisionismo que, em princípio, não pode cristalizar em um quadro de normatividade porque expressa o espírito mutável, imprevisível e irracional da comunidade nacional. Daí que um jurista da época recomendaria ao juiz que se levantasse contra o texto e contra o fim da lei quando a aplicação de uma lei antiga contraste com o sentimento do povo, pois quanto mais subjetiva e exclusivamente o juiz se conecta com as ideias do nacional-socialismo, mais objetivas e justas seriam as sentenças; Carnelutti manifestou que não existiria nenhuma verdadeira razão por meio da qual um ato socialmente danoso e não expressamente previsto na lei não poderia ser castigado. Seria equivocado identificar esta crise da lei como um problema concreto da política, porque, em realidade, a consciência dessa crise ou decadência está presente em toda a cultura jurídica europeia, mesmo depois da II Guerra Mundial. O próprio Carnelutti anuncia primeira a crise da lei, depois a crise do Direito e por último sua morte, os diagnósticos sucessores, em geral, possuem um tom pessimista e evocam as velhas virtudes do legalismo racional e liberal. (tradução nossa)

Diante desse cenário, as leis entraram em decadência pela necessidade de uma consciência jurídica que supere aquilo que está positivado, pois a legislação pode não refletir valores morais nem consensos majoritários, mas sim a vontade tirana da minoria que está no poder (SANCHÍS, 1988). Ademais, também motivou a decadência legislativa a multiplicação de leis para regular exageradamente as situações concretas, que mesmo assim sempre estão defasadas, tendo em vista a alta complexidade da modernidade (SANCHÍS, 1988).

A intervenção estatal estendeu-se para as mais diversas situações cotidianas, invadindo por demais a autonomia e liberdade individuais, ao invés de se manter geral e abstrata para que as intervenções se limitassem ao estritamente necessário (SANCHÍS, 1988). A regulação e modificação frequente das leis sobre tantas questões da vida, levou à dificuldade para conhecer as leis e qual delas valeria, na incerteza sobre as disposições legais diante das mudanças frequentes, culminando na insegurança jurídica (SANCHÍS, 1988).

Nas palavras de Sanchís (1988):

em linhas gerais, boa parte destas reflexões vêm de colocar em relevo o afastamento prático da experiência jurídica no que tange aos postulados fundamentais do legalismo racionalista forjado durante a filosofia do Iluminismo e durante o regime liberal. A decadência do Direito, que é principalmente a decadência da lei, deriva, antes de tudo, de um fenômeno quantitativo; a multiplicação das normas ou, o que consiste na mesma coisa, a extensão da normatividade a esferas antes intocadas é algo que vem acontecendo pela complexidade da sociedade moderna, pela intervenção crescente do Estado e pelo conseqüente aumento dos conflitos com relevância jurídica, mas provoca uma transformação qualitativa: a função de criar normas escapa do âmbito das Assembleias para ser assumida pelo Executivo, de maneira que os tecnocratas substituem a vontade geral e se impõe sobre a generalidade dos velhos Códigos o decisionismos perante o caso concreto. Isto significa, ademais, o sacrifício da segurança e da certeza para dar lugar à intervenção circunstancial e mutável, à lesão ao princípio da igualdade e da homogeneidade jurídica e, por fim, à invasão do âmbito de autonomia e livre disposição das normas imperativas. (SANCHÍS, 1988, p. 22, tradução nossa).

A igualdade também restou diminuída, pois a regulação de questões muito particulares retirou o sentido geral e abstrato buscado nas leis, para privilegiar grupos seletos sem qualquer razoabilidade (SANCHÍS, 1988). Assim, as leis passaram a representar a arbitrariedade e gerar completa insegurança aos jurisdicionados, implicando na decadência daquelas (SANCHÍS, 1988).

Da legislação como vitória da razão e garantia dos direitos, passou-se à legislação com triunfo da arbitrariedade e ameaça para os indivíduos. Correndo o risco da simplificação, poder-se-ia tentar resumir a evolução histórica da legislação desde meados do Século XVIII até praticamente os nossos dias, ao menos se o juízo se funda na literatura que na literatura que temos comentado; literatura que, sem dúvida, pode ser interpretada como um sintoma de preocupação por falta de qualidade das leis, mas também como uma confissão da impossibilidade de fazer das leis, da sua origem e criação, um objeto de análise científica. Uma lei que já não serve aos ditames do Iluminismo, mas que reside exclusivamente em uma vontade que não necessariamente representa interesses gerais; uma lei que pretende ser quase eterna, mas que se mostra circunstancial e mutável e que, como expressão da soberania, pretende esgotar a esfera de regulação jurídica, mas se vê deixada de lado pelas regulamentações do poder executivo; que pretende ser completa e coerente, mas que deixa um espaço grande para o desenvolvimento da discricionariedade judicial e administrativa; que nasceu com a vocação de garantia a mais ampla liberdade dos cidadãos, mas que acaba por regular imperativamente a esfera privada, por vezes asfixiando por completo essa liberdade. (SANCHÍS, 1988, p. 23, tradução nossa)

Assim, após o término da Segunda Guerra Mundial, tornou-se mais evidente a necessidade prevenir outras experiências totalitárias e atrozidades contra a sua própria espécie (OLIVEIRA, 2012). Os Estados se uniram criando a Organização das Nações Unidas, bem como tratados para regular os direitos humanos, especialmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948).

A Declaração esclarece em seu preâmbulo os medos que perturbavam os homens quando da sua celebração para impedir novos atos bárbaros. Com o desprezo dos direitos humanos, atos de barbaridade ocorreram com regimes tiranos e opressores, devendo-se impedir que aconteçam novamente, o que se buscou realizar pela valorização da pessoa humana e igualdade com base no bem e na justiça, em parâmetros fixados universalmente pela própria Declaração.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem; Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão; Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efectivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais; Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso: A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as do territórios colocados sob a sua jurisdição. (DUDH, 1948)

O consenso acerca da necessidade de efetivação dos direitos humanos pelo bem da existência e continuidade da espécie humana, bem como a dignidade da pessoa humana, entretanto, precisava ser efetivado sem olvidar o princípio de democrático. Em tentativa de solucionar essas lógicas conflitantes, John Rawls (2000) entende que o liberalismo político tornaria possível que todas as doutrinas compreensivas que não fossem irrazoáveis convivessem de forma plural na sociedade.

Assim, Rawls procura, por meio de uma concepção política, encontrar os aspectos essenciais para que seja regulada determinada sociedade. Uma vez que, para Rawls, as máximas dentro de uma sociedade são reguladas pelos conceitos

oriundos de um consenso sobreposto entre as ideias razoáveis comumente compartilhadas, seria possível a existência de um Estado liberal, com intervenção mínima somente quanto às questões políticas essenciais.

O principal problema da ideia de justiça como equidade em Rawls é apontado por Amartya Sen (2009) como sendo o fato de que nem sempre um arranjo social é capaz de levar à identificação daquilo que é justo entre as doutrinas razoáveis e que levaria a um consenso imparcial.

Diferentemente de Kant, as proposições de Rawls são erigidas em torno da razoabilidade, e não da racionalidade pura que motiva o alcance do bem e do justo a partir das máximas dos imperativos categóricos. Os agentes racionais têm interesses e buscam a sua realização peculiar de maneira teleológica, ordenando seus fins da maneira que melhor lhe aprouver, para Rawls (2000).

Portanto, outra crítica da teoria de Rawls está no fato de que faltaria aos agentes racionais a perspectiva moral e o interesse na realização da cooperação e da igualdade de uma maneira que seja razoável para todos. Por sua vez, a razoabilidade que Rawls (2000) defende envolve a necessidade de observância da moralidade, para que os agentes não busquem somente a realização de seus interesses pessoais.

Não há, por conseguinte, derivação do racional para se chegar ao razoável, tratando-se de conceitos distintos e independentes. Isso porque Rawls (2000) não vê o racional como uma premissa básica, senão não haveria necessidade de observância da moralidade, bastando a lógica racional para se encontrar respostas. Ocorre que o liberalismo político de Rawls (2000), conforme dito, deve ser inspirado por concepções morais que conduzam os indivíduos a um comportamento não puramente individualista, mas voltado também à cooperação.

As concepções morais perpassam as capacidades dos indivíduos de sensibilidade para a justiça e o bem, por meio de uma visão geral razoável, sendo exercidas a partir do pensamento sobre os conceitos essenciais, suas inferências e julgamentos de acordo com o caso concreto para que haja cooperação entre os indivíduos na sua vida em sociedade (RAWLS, 2000).



Os conceitos morais são descritos por Rawls (2000) conforme segue:

Primeiro, os conhecidos, que são: a) as duas capacidades morais, a capacidade de ter senso de justiça e a capacidade de ter uma concepção do bem. Como necessárias ao exercício das capacidades morais, acrescentemos: b) as faculdades intelectuais de julgamento, pensamento e inferência. Também supomos que os cidadãos têm, a qualquer momento dado: c) uma determinada concepção do bem interpretada à luz de uma visão abrangente (razoável). Finalmente, supomos que os cidadãos têm: d) as capacidades e qualificações necessárias para serem membros normais e cooperativos da sociedade durante toda a vida. Esses elementos são apresentados em I:3-5, e supomos que existam realmente. Por terem essas capacidades no grau mínimo essencial, os cidadãos são iguais. (RAWLS, 2000, p. 96)

Os indivíduos têm uma sensibilidade baseada na moral, levando-os a buscar a cooperação e o autorrespeito por meio das concepções que são razoáveis. É o que Rawls (2000) chama de psicologia moral razoável, pois os cidadãos têm uma concepção acerca do bem de acordo com os valores morais, aceitando a submissão a modos de comportamento sob a contraposição de receberem direitos e deveres que constatarem estar dentro da razoabilidade.

As características que atribuímos aos cidadãos – a disposição de propor e sujeitar-se a termos eqüitativos de cooperação, o reconhecimento dos limites do juízo, a aceitação somente de doutrinas abrangentes razoáveis e o desejo de serem cidadãos complexos – proporcionam a base para lhes atribuir uma psicologia moral razoável, que tem vários de seus aspectos determinados por essas características. Concluindo muito sucintamente: i) além da capacidade de ter uma concepção do bem, os cidadãos têm a capacidade de adquirir concepções de justiça e eqüidade e o desejo de agir em conformidade com essas concepções; ii) quando acreditam que as instituições ou práticas sociais são justas ou eqüitativas (tal como essas concepções especificam), estão prontos e dispostos a fazer sua parte nesses arranjos, desde que tenham garantias razoáveis de que os outros também farão sua parte; iii) se outras pessoas, com uma intenção manifesta, procuram fazer sua parte em arranjos justos ou eqüitativos, os cidadãos tendem a aumentar sua confiança neles; iv) essa confiança torna-se mais forte e mais completa quando o sucesso dos arranjos cooperativos se mantém durante mais tempo, e v) o mesmo se pode dizer quando as instituições básicas estruturadas de forma a garantir nossos interesses fundamentais (os direitos e liberdades básicos) são mais firme e voluntariamente aceitas. (RAWLS, 2000, p. 131-132)

Assim sendo, há uma base transcendental para as doutrinas razoáveis de Rawls, o que lhes aproxima do idealismo, distanciando-se de respostas realizáveis no caso concreto (SEN, 2009). Para Sen (2009), uma concepção de justiça não pode ficar restrita ao âmbito de idealizações, devendo considerar as reais possibilidades a serem desenvolvidas numa perspectiva fática pelas pessoas durante a vida.

Jürgen Habermas também enxerga um problema na teoria Rawlsiana, pois esta pressupõe a existência de uma doutrina metafísica verdadeira da qual são deduzidas as doutrinas razoáveis (HABERMAS, RAWLS, 1998). Habermas (1990) pretende fazer uso do discurso para encontrar um consenso por meio da utilização da razão na linguagem.

Assim, Kant e Rawls baseiam-se em pré-conceitos transcendentais para encontrar a justiça, enquanto Habermas pressupõe a validação dos conceitos por meio do discurso racionalmente fundamentado. Por sua vez, a dialética com base na razão comunicativa deve testar as respostas nos mais diversos âmbitos para que seja considerada válida, não ficando adstrita ao plano ideal.

Enquanto para Kant o indivíduo, por si mesmo, é capaz de conhecer a verdade pela simples utilização da razão que conduz logicamente aos imperativos categóricos; que são generalizáveis; em Rawls a doutrina adotada por cada indivíduo se torna passível de generalização quando se encontrar campo de sobreposição de concepções com outras doutrinas razoáveis; e, em Habermas, a busca pela verdade envolve necessariamente o outro, para que haja a confrontação de argumentos no discurso em relação necessariamente intersubjetiva, construindo-se conjuntamente as concepções generalizáveis.

Assim, Habermas reconhece a necessidade da intersubjetividade, e não de um conhecimento subjetivo e monológico como sugeriu Kant e que ainda se faz presente em Rawls. Apesar de Rawls, por sua vez, vislumbrar a necessidade de utilização do diálogo para a busca de um consenso sobreposto, as doutrinas razoáveis ainda são originadas de maneira monológica, estão centradas na primeira pessoa. Portanto, o consenso sobreposto obtido em Rawls seria simplesmente o

reconhecimento de convergências entre doutrinas razoáveis, justificáveis por diferentes razões, que se sobrepõem para formar um núcleo comum.

A proposta do consenso sobreposto de Rawls é, então, criticada por Habermas especialmente tendo em vista que o conjunto de verdades reconhecido em sociedade se compõe de fundamentos distintos que nunca poderão ser conhecidos como um todo, pois as justificativas de cada concepção moral contida no consenso são variáveis. Portanto, cria-se um problema na concepção de justiça, porque ela não pode ser construída pelos participantes do discurso, devendo ser encontrada como ponto de convergência das doutrinas razoáveis.

Nesse sentido, a falta de sobreposição de doutrinas razoáveis quanto a questões essenciais implicaria logicamente na inexistência de regulamentação sobre matérias imprescindíveis para a condução de uma democracia. A proposta de Habermas possui a característica da intersubjetividade, deslocando o foco do indivíduo ao vislumbrar a necessidade de consideração do outro.

O princípio democrático em Habermas (1990) implicaria na participação das pessoas para a construção das concepções morais com base na deliberação racional das pessoas pela utilização de fundamentos racionais que justifiquem sua adoção como boa para todos os participantes. Por conseguinte, o compartilhamento dos fundamentos entre os participantes leva ao fortalecimento da concepção de justiça dentro do grupo em discussão, tendo em vista a heteronomia da formação das verdades.

Ademais, para Habermas, a própria natureza das verdades alcançadas de maneira dialética por meio da razão comunicativa implica na possibilidade de melhor adequação das respostas aos contextos histórico, social e cultural vividos em dado momento. Isso porque as verdades somente subsistem enquanto seus fundamentos se sustentam intersubjetivamente no consenso construído pelos participantes da sociedade em utilização da razão comunicativa (HABERMAS, 1990).

Além do reconhecimento do outro permitir maior possibilidade de consenso, tendo em vista a construção compartilhada das verdades, ele é necessário para que

a sociedade valorize os direitos humanos, pois cada indivíduo visualiza a alteridade no outro e em si mesmo. Surge, então, a necessidade de verificar quais são as características que tornam as asserções justificáveis dialeticamente a partir do uso da razão comunicativa e, por conseguinte, permitem encontrar os direitos humanos essenciais.

## 1.2 DAS CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS HUMANOS

Assim, reconhecem-se algumas características típicas dos direitos humanos, iniciando pela sua universalidade, perpassando a fundamentabilidade, a abstração, a moralidade e, por fim, a prioridade (ALEXY, 2014). Portanto, todos os seres humanos são portadores de direitos humanos; todos estes direitos protegem interesses e necessidades fundamentais, e não qualquer tipo de condições; eles existem genericamente, devendo ser observados no caso concreto (ALEXY, 2014).

Os direitos humanos estão ligados a valores morais justificáveis a partir de explicações racionais, podendo ser consideradas metafísicas numa perspectiva Kantiana, à medida que o pressuposto para obtenção de explicações é lógico-racional; têm prioridade sobre os direitos positivos, de modo que estes devem ser previstos de acordo com os direitos humanos, bem como os direitos humanos devem servir de parâmetro para orientação acerca dos direitos positivos (ALEXY, 2014).

Para que um direito humano exista, o seu objeto de proteção precisa ser necessário à condição dos seres humanos, do contrário se trataria tão somente de um direito dotado de menor grau de prioridade (ALEXY, 2014). Uma vez que os direitos humanos se justificam com base em valores morais, Alexy (2014) entende ser necessária a sua fundamentação racional para que eles sejam reconhecidos como válidos, de modo que a sua validade implica na sua própria existência.

As normas morais, numa perspectiva cética radical, não podem ser fundamentadas racionalmente, tendo em vista que seriam oriundas de subjetivismo e relativismo; por sua vez, a corrente do não-ceticismo entende pela possibilidade de fundamentação racional dos direitos humanos, que poderiam levar a um grau de objetivismo e às verdades (ALEXY, 2014). Veja-se, entretanto, que a possibilidade do conhecimento de verdades e respostas objetivas para os direitos humanos dificilmente seria realizável sem a metafísica (ALEXY, 2014).

A começar pela característica da universalidade dos direitos humanos, esclarece-se que não se trata de uma universalidade perfeita, mas sim de uma busca constante por direitos cujas justificações resistam à maior quantidade possível de testes argumentativos num contexto de imparcialidade (SEN, 2009). Destaca-se aqui a máxima Kantiana de que os indivíduos somente devem agir por princípios que gostariam que se tornassem leis universais.

Quanto à necessidade de fundamentação dos direitos humanos, há diversas correntes aplicáveis. Primeiramente, a corrente que reconhece uma fundamentação religiosa justifica que a criação do homem à imagem de Deus implicaria na necessidade de uma dignidade para os seres humanos (ALEXY, 2014). O problema motivação religiosa é a falta de alcance da teoria, que não atinge àqueles que não creem, não sendo obrigatória para todo o pensamento racional (ALEXY, 2014).

Numa perspectiva de fundamentação biológica, não haveria ligação com a metafísica, mas sim na natureza e sua observação, de modo que a moral se reveste de um altruísmo, no qual se percebe que o comportamento em prol da sociedade e de outros indivíduos muitas vezes é mais benéfico à sobrevivência de cada ser humano do que as atitudes voltadas unicamente ao interesse próprio (ALEXY, 2014).

A corrente que se segue pela intuição afirma que a justificativa dos direitos humanos estaria inserta na sua evidência, o que, entretanto, não angaria argumentos que racionalmente embasem aqueles (ALEXY, 2014). Já a fundamentação consensual possui uma linha democrática, que conclui que os direitos humanos se justificam pelo consenso das pessoas (ALEXY, 2014). Aqui, porém, também não há argumentos racionais, tão somente um acordo que traz estabilidade social e, quando há divergência sobre os direitos, não possui base racional para mantê-los (ALEXY, 2014).

Na forma de justificação instrumental, objetiva-se a maximização de vantagens de cada indivíduo por meio dos direitos humanos, sendo a perspectiva que mais se distancia de uma justificação metafísica e se aproxima de uma justificação racional de dominação pela técnica (ALEXY, 2014). Pela corrente da fundamentação cultural, os direitos humanos são oriundos de uma construção

cultural do homem na história, o que não é uma máxima válida para todas as culturas, especialmente diante da falta de universalidade cultural (ALEXY, 2014).

Quanto à justificação explicativa dos direitos humanos, surge da exteriorização do que está implícito no comportamento humano. Assim, consiste em expressar o que é implícito nas ações e juízos dos indivíduos, que seria comum a todas as pessoas, aproximando-se de uma razão metafísica que se encontra, concomitantemente, imanente aos indivíduos (ALEXY, 2014).

A sétima abordagem deve ser denominada 'explicativa'. Uma fundamentação dos direitos humanos é explicativa se ela consiste em que se expresse aquilo que está necessariamente contido implicitamente na prática humana. A ideia de fundamentar algo através da expressão daquilo que está necessariamente contido em juízos e ações segue a linha da filosofia transcendental de Kant. Com isso aparece no horizonte a possibilidade de uma metafísica imanente. Há algum tempo procurei desenvolver o argumento explicativo no contexto de uma fundamentação teórico-discursiva dos direitos humanos. Aqui podem ser abordadas apenas algumas características importantes para o problema da metafísica. O argumento começa com uma análise da prática discursiva, que é entendida como prática de afirmar, questionar e apresentar razões. Essa prática pressupõe regras necessárias que se expressam as ideias de liberdade e igualdade dos participantes do discurso enquanto participantes do discurso. Esse conteúdo normativo implícito pode se tornar explícito através de sua negação explícita. (...). (ALEXY, 2014, p. 153)

Assim, faz-se necessário que, na passagem da abstração para a ação e efetivação de algum direito sobre o qual se discursa, haja um controle dos interesses pelo reconhecimento do outro como autônomo, como pessoa e, portanto, com necessidade de tratamento digno (ALEXY, 2014). Por fim, a justificativa existencial dos direitos humanos está na necessidade de corrigir as possibilidades discursivas para que reflitam nas decisões sobre o que é o homem, sobre sua própria existência (ALEXY, 2014).

Após entendimento acerca da fundamentabilidade dos direitos humanos, Alexy (2014) busca a conceituação da metafísica para descobrir se há possibilidade de justificação dos direitos humanos com base empírica instrumental ou se é

necessário um conhecimento metafísico para que sejam reconhecidos os direitos humanos como fundamentais.

Os fundamentos, desde que utilizados de maneira racional dentro do discurso de justificação, servem para testar as proposições e encontrar aquelas ideais essenciais que compõem o núcleo da justiça. Assim, questiona-se a possibilidade ou não de um conceito de justiça livre de subjetivismos contar com pressupostos metafísicos.

A metafísica, para Alexy (2014), pode ser identificada como o conjunto de conhecimentos que não podem ser adquiridos pela observação lógica da natureza e pela experiência, o que leva a uma crítica dos céticos quanto à possibilidade de que seja evitada de subjetivismos, tendo em vista que não poderia ser objetivamente explicada.

A metafísica na perspectiva Kantiana implica na existência de um pressuposto lógico racional, o que de certa forma Alexy tenta retomar, em busca de uma metafísica que não se baseie em conceitos transcendentais, no sentido de que deve se basear em conceitos que possam ser conhecidos por meio de observação e experiência, mas sim que possa ser lógica e racionalmente conhecida, para que não esteja suscetível de subjetivismos.

Alexy (2014) afirma que a metafísica enfática é extensiva à totalidade, dirige-se a tudo o que é necessário e imutável, configura-se como norma e possui um sentido de salvação que se assemelha ao religioso, porque promete uma elevação. Um outro tipo de metafísica busca uma opção que fuja à metafísica enfática, como também ao naturalismo, qual seja: a metafísica construtiva (ALEXY, 2014). Esta metafísica está estruturada a partir da comunicação, que está acima dos mundos físico e psíquico, que se baseia em justificativas racionais e generalizáveis (ALEXY, 2014).

Se a fundamentação explicativa acima esboçada for verdadeira, então, quando o indivíduo faz uso de sua – para ele necessária – competência de afirmar, questionar e argumentar, ele pressupõe o reconhecimento dos outros como participantes igualmente legitimados do discurso. Quando, além disso, ele conduz o discurso



com seriedade, ele reconhece os outros como autônomos. Reconhecer o outro como autônomo significa reconhecê-lo como pessoa. Pessoas possuem porém um valor e uma dignidade. Assim, repousa no caráter discursivo do ser humano um sistema de conceitos em que, em primeiro lugar, a necessidade vai relativamente de encontro a nossa competência discursiva, que, em segundo lugar, possui significado normativo e que, em terceiro lugar, leva ao povoamento do nosso mundo com entidades que os reinos físico e psíquico não podem, através de sua própria força, produzir: pessoas. A tese metafísica tem sua fonte não só na estrutura do mundo e na razão do indivíduo, mas antes, bem no sentido de Habermas na estrutura da comunicação. Entretanto, se o edifício da metafísica deve se estabilizar, devem ser acrescentadas autointerpretações e atos de realização do indivíduo, como mostra a necessidade de complementação do argumento explicativo através do argumento existencial. Como edifício ela tem, além da necessidade e da normatividade, uma tendência ao todo. Não se espera somente salvação no sentido de redenção ou elevação. O lugar da salvação foi ocupado pela correção. Por isso essa metafísica pode ser confrontada, enquanto metafísica construtiva, com a metafísica enfática. Uma metafísica construtiva tem, ao mesmo tempo, um caráter racional e universal. Assim pode-se formular o resultado na tese: direitos humanos não são possíveis sem uma metafísica racional e universal.”(ALEXY, 2014, p. 159)

Encontra-se, portanto, uma possibilidade de justificar os direitos humanos a partir de uma metafísica que não implique em subjetivismos e relativismos, mas sim em fundamentações racionais e generalizáveis, a partir do caráter discursivo dos homens, que, quando seriamente apresentados denotam o reconhecimento recíproco entre os seres humanos como autônomos e dignos de valorização (ALEXY, 2014).

Alexy (2014) propõe a fuga de um conceito transcendente de metafísica, no sentido de conhecimentos que não podem ser obtidos através da observação e da experiência, em busca de conferir aos direitos humanos uma fundamentação que ele conceitua como racional e generalizável. Esta fundamentação consiste na possibilidade de utilização de normas, fatos e valores reconhecidos na sociedade como um todo para justificar racionalmente os direitos humanos por meio de deduções lógicas. Portanto, Alexy (2014) reconhece a ligação ínsita ao direito e a moral para justificar os direitos humanos por meio de uma metafísica que não incorre em subjetivismos.

Habermas (1990) reconhece um novo paradigma, que reside no entendimento das pessoas a partir do discurso, da linguagem. A linguagem é dotada de objetividade e permite o entendimento entre os seres humanos, levando-nos à possibilidade do consenso; de modo que se passou então a poder definir conceitos filosóficos racionalmente a partir do agir comunicativo (HABERMAS, 1990).

O pensamento pós-metafísico para Habermas (1990) implica em uma nova maneira de se ver a razão, na importância da linguagem para o entendimento e na subordinação da teoria à prática. Assim, a comunicação das pessoas visando o entendimento implica na possibilidade de teorização acerca de conhecimentos a partir da razão comunicativa, sem uma justificação tão somente idealista.

Portanto, quando se pretende a definição de direitos humanos e quais sejam, deve-se partir de uma orientação racional e universal que poderá ser atingida por meio da razão comunicativa. Diante do agir comunicativo é possível a obtenção de consensos que estejam livres de subjetivismos e decisionismos, bem como que possa ser dotada de pretensão universalista que motive o grau de preferência concedido a tais direitos.

Definidos os direitos humanos, é importante positiva-los nas Constituições dos Estados, de maneira que lhes seja dado amplo conhecimento e proteção, o que implica no seu reconhecimento interno como direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais merecem tratamento preferencial dentro do Estado, não só pela sua fundamentabilidade já destacada acima a partir da concepção de Alexy, como pela força que lhes é concedida constitucionalmente, com se verá no tópico adiante.

### 1.3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A utilização da razão comunicativa na determinação do conceito de justiça dentro de uma determinada sociedade, leva seus participantes ao encontro de questões essenciais, como o são os direitos humanos, e permite seu ingresso na legislação interna quando devidamente preenchidas determinadas regras procedimentais. Aí reside a diferença entre direitos humanos fundamentais; pois, enquanto os direitos humanos podem ser reconhecidos pelos indivíduos em quaisquer fontes do Direito, os direitos fundamentais são espécies de direitos humanos positivados na Constituição do Estado.

A transição dos direitos humanos para direitos fundamentais tem extrema importância para que haja garantias jurídicas de realização destes direitos. Isso porque, a existência de direitos humanos que não fossem reconhecidos como direitos fundamentais, levaria a uma grande dificuldade em sua efetividade, pois guardariam fundamentações morais válidas para o discurso prático geral, mas não reconhecidos juridicamente.

Ademais, os direitos fundamentais, por estarem constitucionalmente reconhecidos, revestem-se de características muito importantes para coadunarem com o seu grau de importância. A análise embasada nos direitos fundamentais do sistema jurídico alemão leva Alexy (2014) à conclusão de quatro características destes direitos, colocando-os em posição de superioridade, de maior força executiva, dos objetos mais importantes e da maior possibilidade de abertura.

A começar pela superioridade, os direitos fundamentais se encontram no grau mais elevado do direito interno, de forma que qualquer norma que lhes contradiga é considerada nula porque inconstitucional (ALEXY, 2014). Por sua vez, a característica do grau mais elevado somente pode ser efetivada se houver executividade dos direitos fundamentais, o que se traduz na sua segunda característica. Segue-se a esta concepção a de que os direitos fundamentais devem irradiar em todos os atos e decisões dos poderes acerca de direitos, para que haja concretude naquilo que restou positivado (ALEXY, 2014).

Tamanha deferência somente se justifica se os objetos protegidos pelos direitos fundamentais forem de maior importância, para que não sejam dadas elevação e executividade máximas para questões simplórias. Por fim, é necessária a abertura dos direitos fundamentais, para que haja sua pormenorização tão somente diante de casos concretos em que se façam necessários, assegurando a atualização dos direitos no tempo e espaço (ALEXY, 2014).

Os direitos fundamentais estão no cerne de um sistema jurídico e a sua eficácia horizontal e vinculação permite a condução a uma sociedade mais pacífica, porque orientada por valores comuns que devem, acima de todos, ser observados. Diante da alta complexidade que permeia a sociedade atual, implicando em alto grau de contingência, a existência de direitos fundamentais facilita o processo de escolha seletiva de comportamentos e eleição do comportamento correto em cada contexto social a partir generalização congruente das expectativas dos demais indivíduos (LUHMANN, 1983).

Niklas Luhmann (1983) enxerga o Direito como facilitador desse processo de escolha seletiva de comportamentos, visto que serve como estrutura de estabilização de seletividade. A previsão normativa do comportamento adequado encurta o caminho do indivíduo ao prever os comportamentos padrões. Simplifica-se, então, a convivência harmoniosa porque baseada num conjunto de condutas corretas que confere aos indivíduos maior segurança de expectativas, permitindo um convívio harmonioso em sociedade.

Portanto, a previsão da norma abstrata deveria, em tese, ser suficiente para estabilizar as expectativas. Porém, o racionalismo exacerbado e interpretação literal que o Iluminismo trouxe como meta para por fim à discricionariedade absolutista desaguou nas experiências totalitaristas que pleiteavam legitimidade em virtude da previsão legal (SANCHÍS, 1998). Diante da decadência das leis, a sociedade clamou ao Judiciário pela aplicação de uma hermenêutica consciente dos direitos fundamentais e da justiça em concreto.

Fortaleceu-se assim o pensamento da corrente pós-positivista, destacando-se aqui a característica de empoderamento dos Tribunais na definição do Direito,

face a conceitos vagos e cláusulas gerais empregados na legislação. Dessa maneira, o formalismo antidemocrático perde lugar para uma interpretação valorativa de leis mais genéricas (SANCHÍS, 1998). Possibilita-se assim maior adequação da lei à alta complexidade e às velozes alterações sociais, visto que os conceitos legais são maleáveis para sofrerem adequação nas decisões judiciais de acordo com os casos concretos.

Sobre a questão, Alexy (2014) discorre apontando a dificuldade de harmonização entre direitos fundamentais e democracia, tendo em vista o modo de criação das leis e sua efetivação. Alexy (2014) apresenta três diferentes visões sobre direitos fundamentais e democracia, quais sejam: (i) uma visão ingênua, que entenderia pela possibilidade de realização dos conceitos sem qualquer limitação entre eles; (ii) uma visão idealista, que reconhece a finitude e escassez de bens, entende que a realização de ambos só é possível de maneira idealizada; e (iii) uma terceira visão realista, reconhece que os dois conceitos têm pontos de congruência, mas também de oposição, porque tanto os direitos fundamentais permitem a manutenção da democracia enquanto garante igualmente para os indivíduos os direitos fundamentais de liberdade de opinião, voto e liberdades políticas, como também interferem no processo democrático para alterar a vontade da maioria parlamentar para materialização da igualdade.

Há três visões sobre a relação entre direitos fundamentais e democracia: uma ingênua, uma idealista e uma realista. Segundo a visão ingênua não há conflito entre os direitos fundamentais e a democracia. Tanto os direitos fundamentais quanto a democracia são coisas boas. Como podem duas coisas boas colidir? A concepção ingênua quer com isso dizer que se pode ter os dois de forma ilimitada. Essa visão do mundo é bonita demais para ser verdadeira. Seu ponto de partida, que só pode haver conflito entre o bem e o mal, mas não dentro do bem, é falso. Quem vai querer contestar que a prosperidade e o pleno emprego, que se apoiam no crescimento econômico, são coisas boas em si, e quem vai negar que a proteção e a preservação do meio ambiente é algo bom? Por razões bem conhecidas existe porém, em nosso mundo, caracterizado pela finitude e escassez, um conflito entre esses dois bens. A visão idealista admite isso. (...). Mas pode-se perceber que esse ideal é inalcançável. Por isso, para aqueles que querem agir e não apenas sonhar, é correta apenas a visão realista. Segundo ela a relação entre direitos fundamentais e democracia é caracterizada por duas

noções. (...). Os direitos fundamentais são extremamente democráticos porque com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade eles asseguram a existência e o desenvolvimento das pessoas, que são capazes de manter vivo o processo democrático, e porque com a garantia das liberdades de opinião, de imprensa, de transmissão por radiodifusão, de reunião e de associação, assim como com o direito de voto e com as outras liberdades políticas eles asseguram as condições de funcionamento do processo democrático. Ao contrário, os direitos fundamentais são extremamente antidemocráticos porque eles suspeitam do processo democrático. Através da vinculação também do legislador eles retiram competências decisórias da maioria parlamentarmente legitimada. Constantemente vemos a oposição primeiro perder no processo democrático e depois ganhar no areópago de Karlsruhe.” (ALEXY, 2014, p. 170)

A função de assegurar aos indivíduos o cumprimento do ordenamento jurídico, levou o Judiciário a esclarecer, por meio de suas decisões, qual seria o comportamento adequado; porém, corre-se aí o risco de uma atuação judicial antidemocrática, já que decisões não emanam diretamente da vontade democrática do povo. Não obstante a fragilidade democrática desta opção, os jurisdicionados podem prever com maior certeza as suas expectativas acerca do comportamento dos demais e das consequências de cada ato por meio do que o Judiciário decide (LUHMANN, 1983).

Assim, o Legislativo, a partir da legislação, e os próprios Tribunais Superiores, a partir da possibilidade de controle judicial de decisões, passaram exigir a razoabilidade e fundamentação como condição de validade das decisões judiciais (SANCHÍS, 1998). Apesar dessa exigência, Sanchís (1998) não acredita que seja suficiente para garantir decisões corretas e uniformes na maioria das situações.

Entretanto, uma vez que a lei precisa guardar princípios aparentemente colidentes em abstrato para que preserve os direitos das diferentes identidades constitucionais de forma democrática, não é possível eliminar dúvidas acerca de princípios na própria lei, sendo aconselhável que o juiz mesmo o faça (SANCHÍS, 1998). Ronald Dworkin (2007) também propõe como melhor solução a realização do direito como integridade por meio da interpretação dos juízes acerca dos princípios adequados ao caso concreto.

Ocorre que tanto a realização do direito como integridade quanto o ativismo judicial influíram no descrédito do Judiciário no que tange ao aumento da possibilidade de existência de decisões conflitantes em situações semelhantes.

Os dissídios jurisprudenciais desestabilizam as expectativas legítimas das pessoas, pois estas necessitam de segurança jurídica para conduzirem autonomamente suas vidas em sociedade, tratando-se aqui da acepção Kantiana de que o agir autônomo é aquele em que o indivíduo consegue livremente decidir pelo comportamento expresso em imperativos categóricos, ao invés de agir guiado pelos seus impulsos naturais heterônomos (KANT, 2004).

O Estado Constitucional de Direito deve fornecer segurança e proteger a confiança dos jurisdicionados no sistema, do contrário estes não conseguem conduzir suas vidas responsável e autonomamente, conforme atestou José Joaquim Gomes Canotilho (1993):

O homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de direito o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão.

Estes princípios apontam sobretudo para a necessidade de uma conformação formal e material dos actos legislativos, postulando uma teoria da legislação, preocupada em racionalizar e otimizar os princípios jurídicos de legislação inerentes ao Estado de direito.

A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da protecção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos. (CANOTILHO, 1993, p. 371-372).

Para tanto, deve haver estabilidade jurídica, segurança quanto às soluções jurídicas e previsibilidade das consequências dos comportamentos (CANOTILHO, 1993, p. 372). Assim, a melhor forma estabilizar as expectativas dos indivíduos, é realizar a previsão legal de direitos humanos como direitos fundamentais, bem como aplica-los quando da análise hermenêutica para buscar soluções em cada caso concreto.

Notadamente o pós-positivismo trouxe avanços nessa seara, por meio dos princípios, conceitos vagos e cláusulas gerais, abrindo maior espaço para a hermenêutica do julgador e sua atuação em consonância com o bom-senso, em busca da solução que mais se adeque à justiça e aos princípios da igualdade e razoabilidade.

Alexy (2014) busca uma solução intermediária para que os direitos fundamentais contenham tanto conteúdo democrático como igualitário. O cerne da sua proposta está na impossibilidade de deixar matéria tão importante como a dos direitos fundamentalmente reconhecidos na Constituição para deliberação exclusiva por uma maioria legislativa, mas sim que seja objeto de preocupação de todos os cidadãos (ALEXY, 2014).

Dessa maneira, em verdade, estar-se-ia realizando concretamente o princípio da igualdade na maior amplitude possível (ALEXY, 2014). O problema que aqui reside está nas diferenças entre as convicções morais de cada indivíduo, diante da complexidade crescente da sociedade plural hodierna, devendo haver uma divisão entre interesses pessoais que não merecem *status* fundamental e uma concepção moral compartilhada (ALEXY, 2014).

Para que se encontrem as normas fundamentais, Alexy (2014) sugere a argumentação jurídico-racional entre os indivíduos, construindo então uma ponte entre os direitos fundamentais e a democracia. Assim, a construção dos direitos fundamentais pode também ser democrática, a partir da argumentação em diferentes frentes, tanto para construção dos direitos fundamentais, como para sua hermenêutica a ser desempenhada pelos tribunais e da atuação do legislativo na elaboração de leis (ALEXY, 2014). Em todos os casos, importa entender a melhor forma de construção dos direitos fundamentais para que, após, sua aplicação no caso concreta seja a mais justa possível (ALEXY, 2014).



#### 1.4 DA CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO REGRAS E PRINCÍPIOS

Os direitos fundamentais são construídos como regras e princípios e envolvem ideias que se contrapõem para a solução de quase todos os problemas de dogmática daqueles. Ocorre que estes problemas não ficam restritos ao plano abstrato de discussão, mas sim produzem amplos efeitos perante todos os jurisdicionados, tendo em vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a atingir as relações oriundas de todas as áreas do direito, bem como irradiação a terceiros. Assim, a questão exsurge do plano teórico e se coloca como premissa básica para que se desenvolva o constitucionalismo democrático (ALEXY, 2010).

Na tentativa de distinguir regras e princípios, Alexy (2010) descreve aquelas como mandados definitivos aplicados em subsunção e são bifrontes, no sentido de que só ser ou não cumpridas, mas não encontram meio termo. Por sua vez, os princípios são mandados de otimização; portanto, comportam diferentes graus de cumprimento (ALEXY, 2010). Normalmente, as regras são normas mais específicas, enquanto os princípios são genéricos; as regras são aplicáveis na forma de *tudo ou nada*, os princípios são aplicáveis a partir de uma dimensão de pesos (ALEXY, 1988).

Para determinar em que medida deve ser cumprido o princípio, é necessário contrapor os outros princípios por meio da ponderação, que consiste na forma específica de aplicação do princípio no caso concreto de acordo com a proporcionalidade. Quando só houver uma medida possível de cumprimento, a norma é classificada como regra; por sua vez, quando houver possibilidade de diferentes graus de cumprimento, a norma tem natureza de princípio (ALEXY, 1988).

Diante das dificuldades representadas pela aplicação da ponderação, muitos sistemas jurídicos buscam ficar livres desta (ALEXY, 2010). Assim, vejamos as possibilidades apresentadas por Alexy (2010) para construção dos direitos fundamentais e suas peculiaridades. Ao se construírem direitos fundamentais por meio de regras, depara-se com o problema da sua limitação ao que está ou não disposto em lei, o que inevitavelmente levará a uma necessidade de ponderação

entre regras em casos difíceis que envolvem a limitação de um direito fundamental para prevalência de outro no caso concreto (ALEXY, 2010).

De outro lado, quando a construção dos direitos fundamentais ocorre por meio de princípios, conectam-se automaticamente estes ao princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), tendo em vista que os princípios se traduzem em mandados de otimização (ALEXY, 2010). Entretanto, tal construção não está isenta de críticas, que perpassam questionamentos relacionados à possibilidade de entender a dogmática dos direitos fundamentais por meio da teoria da construção destes como princípios (ALEXY, 2010).

O primeiro grupo alcança as objeções de 'teoria das normas'. Elas tratam sobre perguntas tais como, se existem os princípios jurídicos, se e como se podem diferenciar os princípios das regras, se os princípios são normas e se a contraposição entre regras e princípio não deve fracassar ante a diversidade de normas. As objeções do segundo grupo podem ser designadas como de 'teoria da argumentação'. A pergunta central é, aqui, se a ponderação pode ser vista como uma justificação ou argumentação racional ou se deve ser enquadrada como um procedimento não racional ou irracional. As objeções do terceiro grupo se perguntam se a construção como princípios representa um perigo para os direitos fundamentais já que perdem sua validade estrita como regras. Aqui se pode falar das objeções da 'dogmática jusfundamental'. Enquanto as objeções da dogmática jusfundamental advertem sobre o perigo de uma proteção pequena dos direitos fundamentais, as objeções do quarto grupo falam da existência demasiada de direitos fundamentais. Alegam que a tese da otimização levaria a uma inflação dos direitos fundamentais que levaria, como consequência, a uma constitucionalização excessiva do sistema jurídico, o que institucionalmente resultaria na 'transição do Estado legislativo parlamentar ao Estado jurisdicional da justiça constitucional'. Aqui se pode falar de objeções 'institucionais'. A elas se acrescenta as objeções de teoria da interpretação como quinto grupo. Com elas a questão de se e de que forma a construção como princípio como interpretação de direitos fundamentais pode justificar um catálogo jurídico positivo de direitos. É possível justificar a validade universal da construção como princípios ou da construção de proporcionalidade ou resulta aplicável somente ocasionalmente? No sexto grupo, trata-se das objeções da teoria da validade. Estas objeções criticam a teoria dos princípios que coloque em tela o juízo de primazia da validade e da construção e da vinculação legislativa do executivo e do judicial. A estrutura hierárquica do direito entraria em colapso no turbilhão da ponderação. No sétimo grupo convergem as objeções da teoria das ciências. A teoria dos princípios consistiria em 'declarações que, em razão de

seus caracteres abstratos não dizem nada em absoluto', declarações que poderiam esclarecer toda decisão tomada, mas não teriam nenhuma 'dureza que direcionasse as decisões futuras'. Por esta razão, a teoria dos princípios não seria suficiente como dogmática dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2010, p. 179, tradução nossa)

Alexy (1988) destaca que o sistema principiológico proposto por Dworkin envolve sempre a existência de uma resposta correta para cada caso, tendo em vista os princípios jurídicos que compõem essencialmente o sistema jurídico. Isso advém da ponderação entre princípios que melhor correspondem ao que dispõe a Constituição, regras jurídicas e precedentes por meio de um *Juiz Hércules*, cuja decisão é ideal e deverá ser almejada sempre pelos juízes reais ao decidirem (ALEXY, 1988).

Diferentemente de Dworkin, Alexy (1988) critica a utilização exclusiva da teoria dos princípios, pois não consegue conferir sozinho respostas a todos os casos concretos. Falta a esta teoria racionalidade prática, o que Alexy (1988) buscará solucionar por uma teoria da argumentação jurídica, na qual refina a teoria dos princípios para que seja possível encontrar no caso concreto a única resposta correta.

As mais importantes críticas à teoria de construção de direitos fundamentais como princípios provêm da teoria da argumentação, pois a falta de racionalidade na adoção de tal construção irradiaria em críticas nos demais âmbitos e tornaria insustentável a adoção dos princípios (ALEXY, 2010). O problema de racionalidade foi ressaltado por Jürgen Habermas e Bernhard Schlink, que apontaram a inexistência de critérios racionais e objetivos para a ponderação, o que levaria à subjetividade das decisões (ALEXY, 2010).

Portanto, Alexy (2010) procura explicar a ponderação para testar as críticas a ela realizadas por meio do Ótimo de Pareto, com a hipótese de se avaliar as possibilidades fáticas de distribuição do ônus de carregar os custos proporcionalmente entre os direitos fundamentais. A lei da ponderação implica conferir maior importância a um princípio quando o outro tiver maior grau de

insatisfação ou restrição e houver justificação para racionalmente ponderar entre eles (ALEXY, 2010).

A interferência nos direitos fundamentais pode ocorrer de maneiras diferentes e graus diferentes, o que demonstra a possibilidade de se realizar a construção destes direitos como princípio por meio de um exame de proporcionalidade (ALEXY, 2010). Na tentativa de demonstrar a racionalidade que se pode encontrar na ponderação, Alexy (2010) demonstra que é possível conferir pesos para os princípios que estiverem colidindo no caso concreto, permitindo que seja medido também o grau de interferência a ser aplicado em cada situação. Sugere um modelo triádico, em que se considera o grau concreto de importância de cada princípio como leve, média e alta; que pode ser infinitamente refinada com o acréscimo de mais graus.

Toda colisão de princípios é também uma colisão entre valores, o que culmina num problema de hierarquia destes (ALEXY, 1988). Porém, não é possível encontrar uma ordem estrita de valores e princípios, pois suas intensidades não expressas em números, motivo pelo qual Alexy (1988) trata de uma ordem fraca de hierarquia composta por sistemas de condições de prioridade, estrutura de ponderação e prioridades *prima facie*.

O sistema de condições de prioridade implica na necessidade de ponderação entre princípios e valores no caso concreto por meio de relações de prioridade entre princípios para resolução gradual do caso em níveis (ALEXY, 1988). Desta maneira, permite-se um procedimento de argumentação jurídica que segue uma racionalidade a partir das prioridades (ALEXY, 1988).

Uma vez que os princípios devem ser realizados com o maior grau de cumprimento possível, em virtude de serem mandados de otimização, dependem da utilização do princípio da proporcionalidade (ALEXY, 1988). Por sua vez, o princípio da proporcionalidade implica na utilização de três facetas, ou seja, adequação, necessidade e proporcionalidade propriamente dita (ALEXY, 1988). Assim, a estrutura da ponderação perpassa estes três elementos estruturais, que levam à possibilidade de uma argumentação racional (ALEXY, 1988).

Por fim, o sistema de prioridades *prima facie* é composto por diferentes pesos para cada princípio a ser avaliado, ordenando o campo dos princípios a partir do peso dos fundamentos que consubstanciam a defesa de cada princípio (ALEXY, 1988). Percorrendo a tríade, Alexy (1988) vê a possibilidade de obtenção de uma resposta precisa para cada caso concreto, combinando um sistema de regras e princípios com a argumentação jurídica, permitindo que haja uma decisão fundamentada racionalmente.

O problema exposto por Alexy (1988) é que, para encontrar exclusivamente uma decisão correta para cada caso, seria necessário um cenário ideal em que não houvesse qualquer limitação temporal, informativa, linguística, nem preconceitos. Não obstante seja utópica a busca por uma única resposta correta, os juízes devem perquirir esta resposta para que a argumentação jurídica racional entre regras e princípios leve à resposta correta, nos casos em que possível for, ou à melhor resposta que possa ser encontrada (ALEXY, 1988).

Contrasta-se no presente estudo dois direitos construídos a partir de princípios, tendo em vista a possibilidade de aplicação com diferentes níveis, dependendo do caso concreto, quais sejam: o direito ao meio ambiente sadio e o direito à distribuição à energia elétrica. Estes direitos colidem no Recurso Extraordinário 627.189/SP, a ser analisado especificamente durante a exposição que se fará ao longo dessa dissertação, sendo imprescindível avaliar, primeiramente, se os direitos em colisão detêm *status* prioritário como direitos fundamentais. Após, será necessário descrever as características de cada um dos direitos para uma posterior avaliação de qual deve prevalecer no caso concreto, tendo em vista a argumentação e justificação para a solução mais justa.

## 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DESTAQUE

### 2.1 DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE SADIO

A degradação crescente dos elementos compositores do meio ambiente natural implicou em preocupações com a própria existência humana, seja por diminuição direta da qualidade de vida em virtude da alteração heterônoma dos elementos naturais, seja pela própria possibilidade de obstaculização à continuidade da vida humana (SILVA, 2003). Não obstante os seres vivos sempre tenham satisfeito suas necessidades básicas alterando o meio ambiente, antes da Revolução Industrial o faziam de maneira mais incipiente do que a situação que foi gerada na modernidade (SILVA, 2010).

O modelo capitalista industrial levou ao rápido crescimento econômico, que conferia lucros aos burgueses a partir da exploração de pessoas e elementos naturais (SEN, 1988). O lucro é, em geral, razão motivante para o trabalho e obtenção de cada vez mais lucros, pois os valores permitem que os indivíduos convertam a moeda propriamente dita em coisas às quais dão valor, o que ocorreu no caso em tela (SEN, 1988).

A tendência capitalista natural de extrair o máximo de lucro, explorando a mão de obra trabalhadora, consubstanciou-se na teoria do mais-valor, propugnando a produtividade incessante e desregrada durante a industrialização da sociedade (MARX, 2013). A utilização desregrada dos elementos naturais, em virtude do progresso econômico, atingiu patamar nunca antes experimentado, arriscando a continuidade da vida humana (SILVA, 2010).

O mais-valor absoluto (seção III) diz respeito à duração da jornada de trabalho. Marx explica que a classe capitalista inexoravelmente faz pressão para aumentar a duração da jornada de trabalho e que o objetivo da luta de classe operária, mais do que centenária, é conseguir uma redução da duração da jornada de trabalho, lutando contra esse aumento. (...). O mais-valor relativo (seção IV), cuja existência pode ser observada em segundo plano na questão das

horas extras, é sem dúvida a forma número 1 da exploração contemporânea. É uma forma muito mais sutil, porque é menos perceptível do que a extensão da duração do trabalho. Os proletários, entretanto, reagem por instinto, se não contra ele, ao menos, como veremos, contra seus efeitos. (MARX, 2013, p. 42).

Para Theodor Adorno e Max Horkheimer (1985), o materialismo dos indivíduos numa perspectiva capitalista adveio da utilização da razão instrumental. Por sua vez, é esta razão responsável pelo desencantamento do mundo e de seus mitos para dar lugar à crença na ciência, na compreensão de todas as verdades pelos indivíduos e na objetividade. Ocorre que o esclarecimento, para Adorno e Horkheimer (1985), é exatamente o que legitima regimes totalitários e opressores, como ocorreu no nacional socialismo.

Assim, a razão permitiu que a dominação do homem atingisse o próprio homem como um objeto da natureza a ser utilizada de maneira ordenada nas forças produtivas, por razões científicas e necessidade de homogeneidade e uniformização (ADORNO, HORKHEIMER, 1985). A objetividade tolhe a capacidade de reflexão dos indivíduos e questionamentos sobre questões subjetivas, misteriosas e éticas, facilitando a dominação por regimes totalitários e repressores pela falta de sua confrontação (ADORNO, HORKHEIMER, 1985).

Horkheimer (2003) critica o esclarecimento, pois, na busca pela liberdade e autonomia dos indivíduos, acabou por realizar o oposto e agravar as estruturas de dominação e a heteronomia, dando falsas esperanças à sociedade que acreditava estar conquistando maior liberdade. A razão que pretendia o aumento da liberdade, acabou por limita-la, continuando com os processos de alienação do homem, agora centralizados na dominação pelo mercado e necessidades de produção e obtenção de lucro (HORKHEIMER, 2003).

Diante de vários relatórios e artigos científicos <sup>1</sup> que previam a insustentabilidade do modelo de produção utilizado (SILVA, 2010), o homem adquiriu

---

<sup>1</sup> *Silent Spring* de Raquel Carson, que tratou dos danos ambientais causados pelo uso de pesticidas; *The Population Bomb* de Tom Erlich, que tratou da superpopulação tendente a danos; *The Tragedy of Commons* de Garret Hardin, que previu a destruição do meio ambiente e áreas de uso comum do povo em virtude da busca pelo lucro; *The Limits to growth* ou Relatório Meadows, do Clube de Roma, que previu a necessidade de frear o progresso econômico dentro de cem anos (SILVA, 2010, p. 12-13).

conhecimento de que teria graves consequências pela sua inércia, pois se insistisse em crescer economicamente a ponto de destruir o Planeta Terra, antes mesmo seria extinto (FREITAS, 2011).

Diante do potencial catastrófico da ação predatória humana ao meio ambiente, a tutela jurídica deste tornou-se imprescindível. Assim, a *consciência ecológica* atingiu o seu ápice, dando ensejo à produção normativa e preocupação formal exteriorizada pelas autoridades, que preconizava a compatibilização do progresso da economia com a qualidade de vida dos indivíduos integrantes da sociedade interna, mas também internacional, tendo em vista a natureza difusa dos elementos ambientais (SILVA, 2003).

Para Juarez Freitas (2011), a sustentabilidade homeostática precisa ser protegida como direito fundamental, cujos efeitos atingem horizontalmente os mais diversos temas jurídicos em projetos de médio a longo prazo, devendo-se ter em mente as consequências das ações hodiernas em todos os seres vivos e nas gerações que estão por vir.

Freitas (2011, p. 50-51) entende que

existe uma função homeostática dentro do direito à sustentabilidade, conforme dispõe: "(...) indispensável que o conceito inclua a homeostase como ação deliberada de reequilíbrio dinâmico a favor da vida, sem deixar de fazer as intervenções necessárias. Não faz sentido, por exemplo, conservar nada que possa ser destrutivo para a saúde humana, sob pena de conservacionismo simplista. Com tais acréscimos, é que se chegou ao conceito de sustentabilidade, que, convém reprimir: é o princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos. Sustentabilidade, assim, reúne facetas materiais e imateriais, que jamais podem ser negligenciadas. (...)."

Por sua vez, Paulo Affonso Leme Machado (2013) descreve o equilíbrio como um fim de todas as legislações, de modo que é objetivo comum dentro do campo do Direito, vejamos:



O conceito de 'equilíbrio' não é estranho ao Direito. Pelo contrário, a busca do equilíbrio nas relações pessoais e sociais tem sido um fim a atingir nas legislações. O equilíbrio pode ser conceituado como uma igualdade, absoluta ou aproximada, entre forças opostas. Para atingir uma situação de igualdade, ainda que aproximada, das forças em oposição, torna-se preciso que essas forças sejam identificadas e mensuradas. Saliencia Krebs que uma comunidade equilibrada ideal teria pontuação alta sobre todas as medidas de estabilidade. Tal comunidade tem interações bióticas envolvendo competição e predação, e estes processos iriam funcionar em uma densa e dependente maneira para regular a dimensão da população. O estado de equilíbrio não visa à obtenção de uma situação de estabilidade absoluta, em que nada se altere. É um desafio científico, social e político permanente aferir e decidir se as mudanças ou inovações são positivas ou negativas. (...). De outro lado, há de ponderar que a noção de 'estabilidade' é relativa, porque todo ecossistema é evolutivo em função das grandes flutuações climáticas, às quais a biosfera está sujeita, como indica Bernard Dussart.

O Planeta Terra está conectado por todos os seres que nele habitam, o que não é diferente com os seres humanos e os elementos naturais que o compõem (FREITAS, 2011). Assim, a sobrevivência dos seres está interconectada e depende do reconhecimento recíproco na sociedade, implicando na existência de uma pluridimensionalidade da sustentabilidade.

A hipótese de Gaia<sup>2</sup>, levantada por James Lovelock (2009) em conjunto com Lynn Margulis, alerta a humanidade para as alterações do Planeta. A imagem famosa da Terra vista do espaço pelos astronautas está ameaçada a deixar de ser azul e branca, em virtude do descongelamento das geleiras, desmatamento das florestas, poluição das águas e desertificação da superfície terrestre (LOVELOCK, 2009).

A Terra é um organismo vivo que se regula como por homeostática, seguindo um complexo padrão que se assemelha ao controle de temperatura natural dos seres vivos, no qual o conjunto de seres vivos que constituem a biosfera do Planeta atuam num ente único regulando as condições para se manter vivo (RUSE, 2013).

---

<sup>2</sup> Gaia é, na mitologia grega, a Deusa da Terra; é o termo utilizado pelos gregos para um grande ser comum, composto por todas as criaturas terrestres (RUSE, 2013, p. 32)

Enquanto que a atmosfera dos outros planetas não apresenta condições favoráveis para existência de vida em virtude de falta de harmonia dos gases que a compõem, a atmosfera terrestre se mantém hábil à existência e manutenção dos seres vivos, ainda que a reação química dos gases que a compõem não sejam quimicamente compatíveis e tendam à entropia, pela irreversibilidade e desequilíbrio da sua combinação (LOVELOCK, 2000).

Nossos resultados nos convenceram de que a única explicação plausível para a altamente improvável atmosfera terrestre é que ela foi manipulada diariamente da superfície, e que quem a manipulou foi sua própria vida. A significativa diminuição da entropia – ou, como um químico diria, o persistente estado de desequilíbrio entre os gases atmosféricos – era, por si só, prova da existência de vida. Veja, por exemplo, a presença simultânea de metano sempre presente no ar, ao menos 500 milhões de toneladas deste gás sendo introduzidos na atmosfera anualmente. Outrossim, dentro os meios possíveis para trocar o oxigênio utilizado na oxidação do metano, seria necessária a produção de ao menos duas vezes mais oxigênio que metano. A quantidade de ambos os gases necessários para manutenção da extraordinária mistura da atmosfera terrestre de maneira constante era improvável numa base não biológica em ao menos 100 ordens de magnitude. Aqui, num teste comparativo muito simples, encontrou-se evidência convincente de vida da Terra, ainda mais porque sua evidência poderia ser constatada por um telescópio infravermelho situado tão longe quanto em Marte. O mesmo argumento é aplicável a outros gases atmosféricos, especialmente o conjunto de gases inflamativos constituem a atmosfera como um todo. A presença de óxido nitroso e amônia é tão anormal quanto do metano na nossa atmosfera comburentes. Mesmo o estado gasoso do nitrogênio é anormal, pois deveríamos esperar encontrar este elemento na forma química natural de íons de nitrato dissolvidos no mar, tendo em vista a abundância e neutralidade dos oceanos situados na Terra.” (LOVELOCK, 2000, p. 6-7, tradução nossa)

Lovelock (2009) adverte da necessidade da humanidade reconhecer que sua existência é absolutamente dependente do Planeta Terra, como organismo vivo, e que não poderia sobreviver em um Planeta sem vida, como Marte, devendo aceitar esta realidade e cuidar da Terra para mantê-la habitável. Se os seres humanos olvidarem da importância de promover a sustentabilidade, as futuras gerações poderão sofrer com a maior tragédia da espécie humana (LOVELOCK, 2009).

O modo de vida atual implica em diversos prejuízos à humanidade; tendo em vista que a busca insaciável do progresso econômico, as cidades cresceram e a vida

no campo perdeu maior parte da sua importância, a industrialização acentuada implicou na poluição aérea e luminosa a ponto das pessoas sequer conseguirem enxergar as estrelas no céu à noite, ou mesmo antigas constelações estelares que guiavam os antepassados (LOVELOCK, 2009).

Lovelock (2009) avisa que a simples existência humana na atualidade implica na extrapolação de limites suportados pela Terra, pois a quantidade de seres humanos e seus animais de estimação por si só é altamente responsável pela emissão de gases do efeito estufa no Planeta. Ademais, o homem estaria prejudicando a vitalidade da Terra, ao depositar quantidades anormais de poluentes e suprimir elementos naturais que são indispensáveis à sua homeostase (LOVELOCK, 2000).

Assim, é necessário colaborar para harmonizar as relações e os hábitos humanos para manutenção da espécie na Terra, primando por um equilíbrio saudável e suportável pelo Planeta, configurando condições para que os seres vivos se desenvolvam (MACHADO, 2013). A busca pelo equilíbrio ecológico não pode ser entendida como estabilidade perene, tendo em vista que a contraposição de forças opostas não é estanque e sempre encontra perturbações (MACHADO, 2013). Ora, a estabilidade deve ser almejada de maneira que o ambiente reúna condições de sofrer abalos e superá-los, retornando à situação anterior de equilíbrio (MACHADO, 2013).

O Direito contemporâneo sente a necessidade de estabelecer normas que assegurem o equilíbrio ecológico. Charles J. Krebs afirma que o clássico equilíbrio ecológico da comunidade é uma abstração, e não será encontrado em estado puro nas comunidades naturais. Uma comunidade real será distribuída ao longo de um equilíbrio contínuo para um não equilíbrio. As comunidades equilibradas supostamente mostram estabilidade, e a estabilidade pode ser medida de várias maneiras diferentes. A estabilidade por ser medida pelo tempo que leva para uma comunidade se recuperar de uma perturbação. (MACHADO, 2013)

Manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado implica diretamente na qualidade de vida dos indivíduos que nele habitam, bem como na própria manutenção da vida humana no Planeta. Assim, o direito à vida está entrelaçado

com o equilíbrio ambiental. Por sua vez, não basta somente a vida, mas sua qualidade deve também ser almejada.

Ter uma vida sadia não envolve tão somente pela falta do diagnóstico de doenças no momento presente, mas sim pela manutenção de boas condições dos elementos naturais para que não ensejem em doenças ou perturbações à vida humana. Convencionou-se, portanto, a necessidade de promoção da qualidade de vida sadia para promoção do bem-estar e redução das desigualdades sociais (MACHADO, 2013).

Enquanto o conceito de desigualdade é relacional, demandando a existência de dois ou mais participantes para que seja possível qualquer avaliação de níveis de desigualdade; o conceito de bem-estar é individual e varia de acordo com os diferentes graus de valorização das coisas. O bem-estar, para Sen (2009), pode ser dividido em formal e real; o bem-estar formal constitui-se de capacitações que dizem respeito à liberdade para fruição, já o bem-estar real está nos funcionamentos, que demonstram o bem-estar concretamente atingido pelas pessoas.

Ambas as dimensões do bem-estar social devem levar em consideração interesses pessoais, sociais e difusos, para que o desenvolvimento da sociedade ocorra de maneira sustentável e possa ser mantido a longo prazo, o que é de interesse individual e generalizável de todos (SEN, 1988). Assim, o meio ambiente deve ser naturalmente preservado, mantendo-se os elementos naturais em boas condições para conferir boa qualidade de vida para as pessoas, além de permitir a continuidade das atividades econômicas, que se baseiam fundamentalmente nos elementos naturais (SEN, 1988).

Os danos ambientais devem ser prevenidos e remediados, para que se possa permear um ambiente limpo para todos os indivíduos, mesmo das gerações futuras, mantendo-se o equilíbrio ecológico com variados aspectos sociais e sem olvidar a necessidade de desenvolvimento e harmonia das sociedades, tendo em vista a unidade de Gaia.

Luhmann (1998), na sua teoria acerca dos sistemas sociais, contingencia os elementos presentes em cada sistema por meio de critérios de seletividade, visando reduzir as frustrações previstas em decorrência da crescente complexidade de

expectativas. Entretanto, os sistemas se autorreferenciam a partir da comunicação dentro do acoplamento estrutural, de modo que se consegue diminuir a complexidade social visando a previsão de expectativas que conduz à maior segurança jurídica (LUHMANN, 1998).

Ora, o acoplamento estrutural leva à comunicação entre os sistemas, sem que cada um perca seu fechamento no meio ambiente em que estão estabelecidos, possibilitando que cada sistema desenvolva sua comunicação externa utilizando-se de elementos alheios ao sistema (LUHMANN, 1998). A manutenção do conjunto de sistemas depende de uma relação duradoura de comunicação entre eles, tanto a simbiose quanto o fechamento total inviabilizam a continuidade dos sistemas.

Assim, em decorrência da teoria sistêmica de Luhmann, é possível ver a sustentabilidade como relação necessária entre os diversos sistemas sociais para que possam se desenvolver pela autopoiese e, a partir do acoplamento estrutural, tenham relações sustentáveis entre os sistemas com utilização recíproca de elementos externos necessários para questões internas.

Freitas (2011), por exemplo, sugere o desenvolvimento de empreendimentos que primem pela sustentabilidade, conhecidos como *greenbuilding*<sup>3</sup>, em detrimento de construções que impliquem a destruição ou prejuízos ambientais. A humanidade precisa aceitar que a culpa pela desestabilização do equilíbrio natural do meio ambiente advém dela, assumindo responsabilidade pelos seus atos, reconhecendo os retrocessos aos quais deu causa e criando novas maneiras de se relacionar com os ecossistemas, sob pena de ameaçar a própria existência humana e sua qualidade de vida (FREITAS, 2011).

---

<sup>3</sup> “Green building é um edifício ou qualquer espaço ou ambiente que é construído pensando na sustentabilidade social, ambiental e econômica, desde a sua concepção, construção e durante a toda a sua operação. No Brasil, esse tipo de construção é certificado pela organização não governamental [Green Building Council Brasil](#). De acordo com a GBCB, mais de mil construções já possuem certificação sustentável, o que deixa o Brasil na 4ª posição mundial. A certificação dada pela GBCB, chamada de LEED (*Leadership in Energy and Environmental Design*), avalia os investimentos e esforços sustentáveis que perpassam obras de eficiência energética e hídrica, gestão de resíduos, na qualidade ambiental de interiores e na inovação de processos. Para a GBCB, os benefícios de uma construção sustentável são inúmeros e percorrem valores econômicos, sociais e ambientais. Entre os ganhos econômicos, a ONG cita a diminuição dos custos operacionais, a diminuição dos riscos regulatórios, a valorização do imóvel, o aumento na velocidade de ocupação e retenção de ocupantes, a modernização e uma menor obsolescência da edificação.” (IMPrensa BRDE, 2016)

Ocorre que, na história da humanidade, a contribuição com a desestabilização do meio ambiente não ocorreu de maneira equânime. As sociedades tiveram distintas contribuições para a degradação ambiental, de modo que a comunidade internacional reconheceu uma dívida ecológica maior por parte dos Estados Desenvolvidos, em sua maioria situados no hemisfério norte (SILVA, 2010).

Não obstante tenham sido estipuladas obrigações comuns a todos os Estados, tendo em vista a natureza difusa dos bens envolvidos, os Estados Desenvolvidos assumiram obrigações mais rígidas nos tratados ambientais (SILVA, 2010).

Por sua vez, numa perspectiva infraestatal, também foram criadas obrigações comuns aos cidadãos, mas com políticas positivas para que se garanta um mínimo de qualidade de vida para os mais pobres (FREITAS, 2011).

Para Freitas (2011, p. 55-56) a sustentabilidade social implica em dizer que:

Logo, não pode haver, no novo paradigma, miserabilidade consentida ou imposta, remédios negligenciados ou consumo insuficiente de energias, assim como não se admite discriminação negativa de qualquer matiz, embora válidas as distinções, desde que voltadas a auxiliar os desfavorecidos, mediante ações positivas e compensações que permitam fazer frente a pobreza medida por padrões dignos de confiança, que levem em conta as questões ambientais. Precisamente, na dimensão social da sustentabilidade, avultam os direitos fundamentais sociais, com os correspondentes programas relacionadas à saúde, à educação e à segurança (serviços públicos, por excelência), que precisam obrigatoriamente ser universalizados com eficiência e eficácia, sob pena de o modelo de gestão (pública e privada) ser autofágico, ou seja insustentável.

Trata-se de desdobramento do princípio da igualdade, sendo necessária a cooperação de todos nos mais diversos âmbitos, para a efetivação da sustentabilidade (SILVA, 2010). Deve-se primar pela inclusão, tendo em mente a unidade do Planeta, que depende da harmonia dos seus integrantes e convivência pacífica (FREITAS, 2011).

O meio ambiente e a pobreza estão intimamente relacionados, de maneira que a degradação ambiental implica diretamente no aumento da pobreza e a falta de

erradicação desta influi também na acentuação daquela. Os bens e serviços ambientais são fonte de alimentação, cultivo, produção de energia; além de realizarem reciclagem de parte dos produtos descartados, serem matéria-prima de produtos de beleza e fonte de recreação para os seres humanos (UNPEI, 2011).

Um quinto das doenças nos Países em Desenvolvimento está associado com fatores de risco ambiental e muitas doenças infecciosas são oriundas das alterações dos ecossistemas (UNPEI, 2011). Os pobres, principalmente as mulheres e crianças, são os mais afetados pelos danos ambientais, como a falta de água potável e higiene sanitária, poluição do ar, exposição a vetores de doenças (UNPEI, 2011).

A Iniciativa Pobreza e Meio Ambiente (*Poverty-Environment Initiative – PEI*) do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (*United Nations Environment Programme – UNEP*) e do Programa Ambiental das Nações Unidas (*United Nations Environment Programme*) apontou que a questão do envenenamento por meio de pesticidas configura um grave problema para a saúde humana, sendo especialmente perigosa para os agricultores de baixas condições financeiras que cultivam sua lavoura em Países em desenvolvimento.

Ademais, a população de baixa renda é a que mais sofre em decorrência das consequências indiretas do uso de pesticidas em excesso, como, por exemplo, a partir do escoamento agrícola com agrotóxicos que implicam na contaminação da água e morte de estoques de peixes (UNPEI, 2011). Além disso, os próprios gêneros alimentícios cultivados são muitas vezes contaminados com resíduos de agrotóxicos, tornando-se um problema para a exportação, tendo em vista os níveis crescentes de exigências de que os produtos só possam ter reduzidas taxas de contaminação (UNPEI, 2011).

A vulnerabilidade dos pobres para se protegerem de eventos imprevisíveis e cuidarem de sua saúde, em virtude da baixa possibilidade financeira, deixa-lhes inseguros pela alta exposição aos agrotóxicos concomitantemente à baixa capacidade de têm de se recuperarem (UNPEI, 2011). Portanto, as pessoas de baixa renda estão potencialmente mais expostas aos riscos e às consequências

relacionados aos danos ambientais, pois têm maior dificuldade de readaptação posterior (UNPEI, 2011).

Entretanto, os desdobramentos óbvios entre os danos ambientais e pobreza não são os únicos. Há diversas consequências secundárias, tendo em vista que as pessoas mais pobres têm relação direta de utilização de recursos naturais (UNPEI, 2011). Más condições ambientais dificultam que os pobres tenham mais aptidão para conseguir oportunidades de crescimento financeiro, empoderamento social e político, para que tenham segurança e menos vulnerabilidade (UNPEI, 2011).

Ao passo que as populações têm a necessidade de explorar terras para delas retirarem alimentos, não há terras suficientes com destinação para a agricultura e os nutrientes tornam-se cada vez mais escassos com a produção agrícola, passando-se à utilização de fertilizantes, agrotóxicos e técnicas de superprodução (TAMBELLINI; MIRANDA, 2012).

No Brasil, considerando-se os dados do Sistema Nacional de Informações Tóxico Farmacológicas (SINITOX), é possível observar a importância dos efeitos diretos dos agrotóxicos sobre a população. Foram registrados no país, em 2008, 441 óbitos devido à intoxicação (por substâncias químicas em geral, plantas, animais peçonhentos, não peçonhentos e origem desconhecida) sendo que 150, ou seja, 34,01%, por agrotóxicos (BRASIL, 2008a), apesar do sub-registro do sistema. A importância dos agrotóxicos para o Brasil tem sido de tal magnitude que, além dos estudos científicos que corroboram a associação entre exposição e danos à saúde, há várias manifestações sobre o assunto, (...). A primeira parte do dossiê trata do uso intensivo e extensivo dos agrotóxicos na produção de alimentos no Brasil e apresenta as evidências científicas da ingestão dos alimentos contaminados, incluindo o leite materno, e os riscos à saúde humana. Estão também destacados, além da contaminação dos alimentos, os diferentes tipos de contaminação da água para consumo humano. (TAMBELLINI; MIRANDA, 2012, p. 23)

Estas práticas rompem com o equilíbrio natural, conforme discorrem Anamaria Testa Tambellini e Ary Carvalho de Miranda:

Com isso, promoveu-se a desconexão entre a agricultura e os ecossistemas naturais, substituindo parte importante do trabalho que a natureza desempenhava na regeneração da fertilidade dos agroecossistemas pelo emprego intensivo de agroquímicos e de motomecanização pesada. Se por um lado esta tecnologia permite



níveis de produtividade capazes de atender a uma demanda de consumo humano de alimentos cada vez mais crescente, por outro lado, seus impactos ambientais não são desprezíveis. Estima-se que mais da metade dos fertilizantes se perde nas águas das áreas agrícolas e circunvizinhas, contribuindo para a eutrofização de rios, lagos e mares, desestabilizando o suprimento de micronutrientes nestes locais. (TAMBELLINI; MIRANDA, 2012, p. 19-20)

A utilização desses elementos químicos contamina os ecossistemas e seres vivos dele dependentes que se espalham da terra para as águas que entram em contato com o solo. Os peixes são diretamente atingidos pela contaminação das águas, transmitindo doenças aos homens de modo incomensurável, visto que atinge todos os potenciais consumidores (TAMBELLINI e MIRANDA, 2012).

No Brasil, considerando-se os dados do Sistema Nacional de Informações Tóxico Farmacológicas (SINITOX), é possível observar a importância dos efeitos diretos dos agrotóxicos sobre a população. Foram registrados no país, em 2008, 441 óbitos devido à intoxicação (por substâncias químicas em geral, plantas, animais peçonhentos, não peçonhentos e origem desconhecida) sendo que 150, ou seja, 34,01%, por agrotóxicos (BRASIL, 2008a), apesar do sub-registro do sistema. A importância dos agrotóxicos para o Brasil tem sido de tal magnitude que, além dos estudos científicos que corroboram a associação entre exposição e danos à saúde, há várias manifestações sobre o assunto, (...). A primeira parte do dossiê trata do uso intensivo e extensivo dos agrotóxicos na produção de alimentos no Brasil e apresenta as evidências científicas da ingestão dos alimentos contaminados, incluindo o leite materno, e os riscos à saúde humana. Estão também destacados, além da contaminação dos alimentos, os diferentes tipos de contaminação da água para consumo humano. (TAMBELLINI; MIRANDA, 2012, p. 23)

Ademais, os efeitos da ingestão de agrotóxicos são extremamente prejudiciais à saúde e qualidade de vida humana, provocando variadas doenças<sup>4</sup>, insegurança da população, principalmente da mais carente, gerando disputas e desavenças sociais (TAMBELLINI e MIRANDA, 2012).

A degradação ambiental das águas, seja direta ou indiretamente, tem consequência da diminuição do saneamento ambiental da população, com efeitos de propagação de doenças e obstaculização do desenvolvimento (TAMBELLINI; MIRANDA, 2012).

---

<sup>4</sup> “Entre estas se encontram algumas formas de câncer, alergias, doenças respiratórias, renais, hepáticas, neurológicas, malformações congênitas, alterações cromossômicas, entre outras.” (TAMBELLINI; MIRANDA, 2012, p. 24)

No Brasil, segundo o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), do Ministério das Cidades, em 2008 (IBGE, 2010b), 81,2% da população tinha acesso a abastecimento de água e 43,2% dos domicílios tinham acesso à rede de esgoto. Seriam números razoáveis, se os dados não mostrassem também as disparidades regionais; enquanto no Sudeste a rede de esgoto atingia 72,1% das residências urbanas, no Norte, esse índice chegava somente a 7,0%. Dados da Associação Brasileira de Entidades do Meio Ambiente (ABEMA) mostram que cerca de 80% dos esgotos do País, inclusive os lençóis freáticos e expõe a população a seus efeitos (GEO BRASIL, 2002). No Brasil, segundo a Pesquisa Nacional de Saneamento Básico do IBGE, em 2008, 12 milhões de residências brasileiras não possuíam acesso à rede de abastecimento de água e 18% da população brasileira não possuem rede coletora de esgoto em suas residências. (...). Ademais de sua magnitude, as disparidades entre as regiões são reveladoras de nossas desigualdades: deste total de 34,8 milhões de pessoas que não têm acesso à rede coletora de esgotos no Brasil, 15,3 milhões estão na região nordeste e 8,8 milhões na região norte. (TAMBELLINI; MIRANDA, 2012, p. 35-36)

A industrialização acentuada implicou também na poluição dos ares, reduzindo a qualidade de vida humana, das plantas e dos animais, além dos prejuízos à atmosfera e proteção pela destruição da camada de Ozônio (TAMBELLINI; MIRANDA, 2012).

O uso de carvão como base energética, tanto através das indústrias, quanto do uso doméstico, trouxe consigo a contaminação do ar das cidades. Os derivados do petróleo, a partir da segunda metade do século XX, foram grande propulsor da contaminação do ar, tanto pelas emissões veiculares como pelas atividades industriais. (...). Uma das maiores fontes de poluição atmosférica atual são os veículos automotores. Em 1910, o número total de veículos em todo o mundo não chegava a 1 milhão, mas em 1930 tinha alcançado a casa dos 50 milhões; em 1955 superou 100 milhões; quarenta anos depois, quase 800 milhões de carros e, em 2010, chegamos à cifra de 1 bilhão de veículos automotores trafegando pelo mundo. A adição de chumbo à gasolina, com objetivo de melhorar o desempenho dos motores, fez com que este metal passasse a ser um dos principais poluidores no universo automotor. Esta constatação levou à proibição do uso do chumbo como aditivo da gasolina em vários países, inclusive no Brasil. Outro componente importante na poluição do ar são as queimadas, cujas emissões resultantes constituem-se principalmente de óxidos de carbono e material particulado, além de cinza, de granulometria variada. Resultam também dessa combustão compostos orgânicos simples e complexos, como os hidrocarbonetos policíclicos aromáticos, as dioxinas e os furanos policlorados, substâncias de grande interesse para a saúde pública, por suas características toxicológicas

(RIBEIRO; ASSUNÇÃO, 2002). No Brasil, as queimadas estão relacionadas principalmente ao comércio de madeira, à preparação de área de pastagem e de terras para cultivo de grãos, à colheita de cana-de-açúcar e à disputa pela terra. Segundo Aragão e Shimabukuro na perda anual de aproximadamente 1.576 km<sup>2</sup> de floresta, entre 1998 e 2007. Estima-se que isso resulta na liberação de 0,28 (0,17-0,49) Gt C para a atmosfera por ano, correspondendo a 24% das emissões mundiais. (TAMBELLINI; MIRANDA, 2012, p. 44-46)

Ademais, o crescimento acentuado da população e concentração nas cidades, favorece o surgimento de favelas em espaços inadequados e com precárias condições de vida, sem possibilidade de conferir um mínimo de segurança e saneamento aos moradores (TAMBELLINI; MIRANDA, 2012). A aglomeração de superpopulações nas áreas urbanas acima da capacidade originária destes locais, leva a grave desequilíbrio na prestação de serviços públicos essenciais aos cidadãos, por inexistência de condições práticas de atendimento a todos (TAMBELLINI; MIRANDA, 2012).

A grande concentração populacional urbana demanda um conjunto de serviços e muitas vezes não é atendida adequadamente, contribuindo, assim para os padrões da vida vigentes. Com relação ao sistema de transportes, especialmente nas metrópoles, evidencia-se um aumento constante do tempo de deslocamento da população e o crescimento da taxa de motorização, com a preponderância do transporte individual sobre o transporte coletivo. Por sua vez, a distribuição dos modais motorizados indica a destacada importância que assume o ônibus como transporte de massa, tendo em vista a suspensão ou insuficiência dos investimentos em ferrovias ou em metrô. Este modelo impõe importantes sacrifícios aos trabalhadores, pois, por residirem longe do local de trabalho, são obrigados a gastar boa parte do seu tempo no deslocamento de ida e volta, geralmente em situações bastante desconfortáveis. A proporção habitantes/veículo em São Paulo, por exemplo, passou de '6 para 1' para '2 para 1' em 20 anos (1922-1997). A velocidade média dos ônibus, em 10 anos, baixou de 22 para 15 quilômetros por hora. A taxa de motorização no país passou de 72 habitantes/automóvel em 1960, para 5,2 em 2010 (BRASIL, [200?]; IBGE, 2010a). Deste modo, somente considerando Rio de Janeiro e São Paulo, mais de 650.000 pessoas gastam mais de duas horas cada vez que se deslocam de suas casas ao trabalho, o que significa que diariamente gastam mais de quatro horas de deslocamento em função do emprego (IBGE, 2010). (TAMBELLINI; MIRANDA, 2012, p. 48-49)

É imprescindível que se faça atenção aos direitos sociais, fomentar a prestação de serviços essenciais de maneira generalizada e eficiente dentro da sociedade, para que se atinja o equilíbrio homeostático na dimensão social da sustentabilidade. Devem ser incluídos os grupos marginalizados e hipossuficientes almejando a equidade material a ser alcançada, se necessário, por ações positivas do Estado, o que resultará, ao final, na melhoria da qualidade de vida da sociedade em geral (FREITAS, 2011).

O meio ambiente não pode ser destinado unicamente à produção para moldar o crescimento econômico de Estado, é necessária uma regulação do mercado para que não seja prejudicada a natureza, buscando-se maneiras de desenvolvimento econômico equilibrado, tendo em mente as consequências imediatas e futuras (FREITAS, 2011).

Karl Marx já fazia previsões sobre o desequilíbrio atingido a partir da Economia Política, pois o trabalhador seria conduzido a níveis deploráveis em condições análogas à própria mercadoria, enquanto o capital ficaria aglomerado em monopólios. Isso teria se iniciado a partir da distinção feita da propriedade privada, a qual ocorreria sem que houvesse explicação hábil para tanto (MARX, 2008).

Haveria relação inversamente proporcional entre a valorização humana e valorização econômica dos objetos, o próprio trabalho humano seria transformado em objeto e o trabalhador seria privado dos direitos fundamentais e de sua própria dignidade, minando a vida interior deste e projetando os objetos advindos do seu trabalho para maior valorização que a dele próprio (MARX, 2008).

O trabalhador se torna tanto mais pobre quanto mais riqueza produz, quanto mais a sua produção aumenta em poder e extensão. O trabalhador se torna uma mercadoria tão mais barata quanto mais mercadorias cria. Com a valorização do mundo das coisas (Sachenwelt) aumenta em proporção direta a desvalorização do mundo dos homens (Menschenwelt). O trabalho não produz somente mercadorias; ele produz a si mesmo e ao trabalhador como uma mercadoria, e isto à medida que produz, de fato, mercadorias em geral. (MARX, 2008, p. 80)

Assim, para Marx (2008), o trabalhador viraria escravo do objeto e somente passaria a ser reconhecido subjetivamente caso se mantivesse trabalhando. Trata-se da alienação do trabalho, pois o trabalhador não mais trabalha por prazer, fazendo-o somente para conseguir satisfazer suas necessidades vitais de forma sacrificada e desprovida de boas conotações (MARX, 2008).

O trabalho alienado levaria, então, o homem a se desvincular da sua vida, racionalidade e convívio social, obrigando-lhe a seguir o padrão produtivo sem que tenha propriedade dos frutos de seu trabalho.

Quanto mais, portanto, o trabalhador se apropria do mundo externo, da natureza sensível, por meio de seu trabalho, tanto mais ele se priva dos meios de vida segundo um duplo sentido: primeiro, que sempre mais o mundo exterior sensível deixa de ser um objeto pertencente ao seu trabalho, um meio de vida do seu trabalho; segundo, que [o mundo exterior sensível] cessa, cada vez mais, de ser meio de vida no sentido imediato, meio para a subsistência física do trabalhador. (MARX, 2008, p. 81)

A busca desequilibrada por crescimento econômico leva à objetificação do trabalhador e mercantilização da força de trabalho, gerando uma dependência continuada daquele, tendo em vista que o homem se tornou objeto, mas, por ser dotado de vida, tem necessidades existenciais que obstaculizam a sua revolta pela mudança do status quo (MARX, 2008). “Igualmente, quando o trabalho estranhado reduz a auto-atividade, a atividade livre, a um meio, ele faz da vida genérica do homem um meio de sua existência física.” (MARX, 2008, p. 85)

Ressalta-se que a desocupação passou a ser vista como degradante na sociedade, porque o domínio da Economia insiste no reconhecimento subjetivo do indivíduo pelo seu trabalho, o que, por sua vez, dificulta ainda mais a valorização do homem como ser humano digno, mas sim como mercadoria dotada de utilidade para a produção de outras mercadorias (MARX, 2008).

A apropriação das forças essenciais humanas tornadas objetos, e objetos estranhos é, pois, primeiramente, apenas uma apropriação que se sucede na consciência, no puro pensar, isto é, na abstração, a apropriação desses objetos como pensamentos e movimentos do pensamento, razão pela qual, já na Fenomenologia – apesar do seu aspecto absolutamente negativo e crítico, e apesar da crítica efetivamente encerrada nela, crítica frequentemente antecipadora do

desenvolvimento ulterior, já está latente enquanto germen, enquanto potência, como um mistério, o positivismo acrítico e do mesmo modo o idealismo acrítico das obras hegelianas posteriores, essa dissolução filosófica e essa restauração da empiria existente. (MARX, 2008, p. 122)

Marx (2008) afirma que as distinções realizadas entre salários, propriedade privada, capital e trabalho é histórica, não havendo outra justificativa plausível para fazê-lo, porque não há haveria tais distinções na natureza de cada conceito. Outrora o trabalho na agricultura era realizado utilizando-se da escravidão dos trabalhadores, após a sua suposta libertação, passaram a trabalhar como assalariados, também sem qualquer autonomia, alienando-se de maneira cíclica e vendendo sua força de trabalho e sua dignidade como ser humano ao capitalista detentor das forças produtivas (MARX, 2008).

O mercantilismo e o liberalismo levaram à possibilidade de enriquecimento por meio do trabalho alheio dentro das estruturas da propriedade privada (MARX, 2008). Marx (2008) defende que a suposta liberdade que tais correntes pretendem fazer crer seja positiva é, em verdade, falaciosa e conduz o homem analogicamente a ser considerado como propriedade privada, porque sem autonomia.

O modo de desenvolvimento do trabalho, na visão de Marx (2008), era antes motivo de reconhecimento da independência do indivíduo e de satisfação pessoal, tendo a Economia Política tentado aparentar que os moldes de trabalho do proletariado levariam a esses fins.

Porém, o que ocorreu, na verdade foi a incorporação da propriedade privada ao trabalhador, alienando cada vez mais acentuadamente o trabalhador (MARX, 2008). A propriedade de terras, que fora a maneira como a propriedade privada surgiu e por muito se perpetuou, foi substituída pelas manufaturas, indústrias e linhas de produção; porém, a escravidão se perpetuou travestida de liberdade, como uma nova forma de propriedade privada da força produtiva, em que os trabalhadores são reféns dos empregadores tanto objetiva quanto subjetivamente (MARX, 2008).

A partir da corrente socialista, Marx (2008) entende que os homens poderão ver aflorar sua riqueza interior e afastar sua alienação, por meio de um sistema que não pretende torná-los dependentes de constantes sacrifícios para perpetuar sua

existência física. Ora, os produtos produzidos por meio do sistema alienante de produção somente conduzem a novas necessidades individualistas de maneira cíclica, implicando no aumento da produção porque os compradores sempre querem consumir mais, bem como os empregadores sempre querem lucrar mais (MARX, 2008).

Neste sentido, todos passam a se guiar pelos excessos, numa desumana competição de aparências que escraviza os trabalhadores tanto para produzirem, enquanto mão-de-obra, quanto para consumirem e se endividarem, enquanto compradores (MARX, 2008).

Quando neste estágio, os homens tentam satisfazer apetites vorazes e competir sem razoabilidade ou consciência com os demais, levando a um eterno aumento de necessidades capitalistas e, por conseguinte, do aumento da cobrança direta das forças produtivas, reduzindo os trabalhadores cada vez mais a condições desumanas e degradantes para que possa haver o aumento do lucro (MARX, 2008).

A visão do dinheiro como onipotente, leva a crer que seria possível de apropriação de quaisquer objetos, desde que haja valor suficiente para a aquisição. Portanto, o dinheiro torna-se o meio de subsistência humana para conseguir satisfazer suas necessidades (MARX, 2008).

A natureza do dinheiro faz o indivíduo sentir que possui capacidade de autodeterminação, para obter o que quiser a partir dele. Então, o homem passou a acreditar que não importavam suas características individuais subjetivas, pois o dinheiro seria suficiente para transpor todos eventuais obstáculos, que nada seria intransponível ao dinheiro, instigando a sede do ser humano pelo seu acúmulo (MARX, 2008).

O ser humano acreditou que o dinheiro é a melhor arma para se viver como quiser, conseguindo seus objetivos pessoais e conectando-se à sociedade a partir dele, unindo às pessoas (MARX, 2008).

Porém, o dinheiro implica também na divisão, na separação, na confusão do indivíduo, que passou a crer que suas características individuais seriam mascaradas pelo dinheiro, somente importando seu valor econômico de forma alienada e

esquecendo-se dos atributos subjetivos que orientam as relações pessoais e sociais (MARX, 2008).

Assim, evidenciou-se a força destrutiva do dinheiro, que torna as pessoas cegas à realidade, fazendo com que creiam ser ilusoriamente todas-poderosas, acabando por demolir os laços sociais e desumanizar os homens (MARX, 2008). Pensar unicamente no aumento do dinheiro não implica desenvolver uma sociedade, há muitos outros indicadores que em conjunto atuam no desenvolvimento equilibrado desta.

O Produto Interno Bruto (PIB) é a mais conhecida medida de atividade econômica. Há critérios internacionais para o seu cálculo, e muito se pesquisou para encontrar suas fórmulas e bases conceituais. Mas o PIB mede somente a produção do mercado, apesar de ser frequentemente tratado como se representada a medida econômica do bem-estar. A mistura dos dois pode levar a induzir a erros as indicações de quão bem estão as pessoas e levar às decisões políticas incorretas. (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008, p. 21, tradução nossa)

Para Joseph Stiglitz, Amartya Sen e Jean-Paul Fitoussi (2008), medir a performance econômica depende de muitas questões que superam a simples somatória de dinheiro pela Produto Interno Bruto (PIB). Uma das razões pelas quais a avaliação do desenvolvimento e crescimento sociais deu prioridade à avaliação monetária de bens e serviços é a facilitação da quantificação de coisas de naturezas diferentes (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008).

Entretanto, a economia não pode ser medida só monetariamente, pois há diversos fatores que não são expressos desta maneira para medir o crescimento de um Estado (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008). Isso ocorre principalmente porque nem todos os bens e serviços guardam expressão monetária exata, como seguros públicos de saúde; os valores de mercado estão sujeitos a flutuações, que desvia estes valores dos valores reais que deveriam ser contabilizados para fins de cálculo de desenvolvimento; bem como os prejuízos oriundos, por exemplo, de danos ambientais nos sistemas de produção e consumo, o que não se reflete no valores de mercado (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008).



Uma razão pela qual o dinheiro mede a performance econômica e os parâmetros mutáveis ganharam um papel tão importante na nossa sociedade que a avaliação monetária de bens e serviços porque torna fácil a soma de quantidades de coisas de naturezas muito diferentes. Quanto sabemos os preços de maçãs e aparelhos de DVD, podemos somar seus valores e fazer afirmações sobre produção e consumo num futuro. Mas os preços de mercado são mais complexos que uma simples soma. A teoria da economia nos diz quando os mercados estão funcionando corretamente, a razão de um mercado de valores para outro reflete a apreciação relativa de dois produtos por aqueles que os adquirem. Ademais, o PIB engloba todos os bens finais da economia, se eles são consumidos por famílias, empresas ou pelo governo. Avaliar eles pelos preços pareceria então ser uma boa maneira de, com um só número, perceber quão bem se encontra uma sociedade naquele dado momento. Além disso, manter os preços sem mudança enquanto observamos como as quantidades de bens e serviços que entram no PIB se alteram no decorrer do tempo pareceria uma maneira razoável de fazer uma assertiva sobre como a sociedade está se desenvolvendo em tempo real. Porém, acontece que as coisas são mais complicadas. Primeiramente, alguns bens e serviços não existem (...), surgindo a pergunta sobre como esses serviços deverão ser quantificados. Em segundo lugar, mesmo quando há preços de mercado, eles podem não corresponder à avaliação subjacente da sociedade. Especialmente, quando o consumo ou produção de determinados produtos afetar a sociedade como um todo, o preço que os indivíduos pagam por estes produtos diferir do valor estimado pela sociedade em geral. Os danos ambientais causados pela produção e consumo que não reflete os preço de mercado é um exemplo bem conhecido. (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008, p. 21, tradução nossa)

Ora, os bens e serviços estão sujeitos à flutuação de preços de acordo com as leis de mercado, a inflação altera também os seus valores, causando problemas no cálculo matemático do PIB. A avaliação de valores monetários não é suficiente para avaliar a qualidade de vida<sup>5</sup> dentro de uma sociedade, tampouco é suficiente

---

<sup>5</sup> “Qualidade de vida é um conceito mais amplo que produção econômica e parâmetros mutáveis. Isso inclui uma alta variedade de fatores que influenciam o que nós damos valor na vida, até mesmo além da vida material. Enquanto algumas extensões da contabilidade econômica (...) permite a inclusão de elementos que moldam a qualidade de vida de maneiras convencionais sobre o bem-estar econômico, todas as abordagens baseadas em recursos (ou comandos dos indivíduos acerca das mercadorias) continuam limitadas quanto a aspectos importantes. Em primeiro lugar, recursos são meios que são transformados em bem-estar de maneiras diferentes pelas pessoas: indivíduos com maiores capacidades para diversão ou maiores habilidades com o gerenciamento de recursos, podem se dar melhor mesmo se tiverem menos recursos financeiros. Em segundo lugar, muitos recursos não são mercantilizados, e mesmo quando o são, os preços divergem entre a valorização dada a eles pelos indivíduos, tornando problemático tentar comparar rendimentos entre as pessoas. Por fim, muitos dos fatores que determinam o bem-estar humano são aspectos circunstanciais da vida das pessoas: não podendo ser descritos como recursos com

para avaliar o desenvolvimento econômico de um Estado (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008).

Todas as considerações acima implicam que os indícios do preço devem ser interpretados com cuidado quanto ao tempo e ao espaço em que são comparados. Por um número de razões, eles não conferem uma maneira efetiva para agregação das quantidades. Isso não implica dizer que o número de mercados de valores que medem a performance econômica é sempre imperfeito. Porém, deve haver prudência, especialmente no que tange aos exageros em enfatizar somente do PIB. (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008, p. 22, tradução nossa)

Não se trata de necessidade de substituição dos indicadores econômicos, mas sim de complementar estas informações com novos dados que contêm aplicação mais prática do que puramente teórica, visto que se analisam diversos fatores subjetivos (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008).

A medição da qualidade de vida perpassa o nível de felicidade e satisfação dos indivíduos na sociedade quanto às suas vidas e condições pessoais, possibilidade efetiva de realização dos objetivos de cada pessoa em consonância com as suas capacidades e qualificações, nível de justiça social para consecução de direitos fundamentais, distribuição justa de bens, focando principalmente na avaliação real de bem-estar das pessoas pelas suas preferências e ações cotidianas (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008).

Por muito tempo, os economistas assumiram que seria suficiente olhar as escolhas das pessoas e daí derivar informações sobre seu bem-estar, e que essas escolhas levariam a uma série padrão de afirmativas. Nos últimos anos, entretanto, muitas pesquisas passaram a ser focadas no que as pessoas realmente valorizam e como elas agem na vida real, e isso enfatizou a grande discrepância entre presunções padronizadas da teoria econômica e do fenômeno do mundo real. Uma parte significativa das pesquisas foi realizado por psicólogos e economistas com base em dados subjetivos das experiências de bem-estar das pessoas. (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008, p. 43, tradução nossa)

---

preços mensuráveis, mesmo se as pessoas fizessem trocas entre elas. Estes argumentos, por si só, são suficientes para sugerir que a medida dos recursos é insuficiente para medir a qualidade de vida. Qual outra medida deveria ser utilizada para medida a qualidade devida dependerá da perspectiva filosófica adotada." (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008, p. 41, tradução nossa)

Acerca da perspectiva subjetiva da avaliação da qualidade de vida, afirmam Stiglitz, Sen e Fitoussi (2008) que as abordagens subjetivas fazem distinção entre os fatores objetivos que determinam a qualidade de vida, que envolvem muitas dimensões diferentes. Primeiramente, a qualidade de vida é a avaliação feita pelas próprias pessoas de sua vida nos mais variados aspectos, incluindo a família, o trabalho e as finanças (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008). Assim, cada indivíduo realiza um balanço de sua vida por meio de elementos aos quais dão valor, como o propósito que têm no mundo, realização de seus objetivos e reconhecimento de seus pares.

Outrossim, devem ser avaliados os sentimentos dos indivíduos, numa medida de sua felicidade, de modo que uma pesquisa que avalie o bem-estar subjetivo das pessoas deve distinguir entre sentimentos positivos e negativos (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008). Todas as nuances do bem-estar subjetivo devem ser medidas separadamente das demais, para se conseguir avaliar a qualidade de vida dos indivíduos (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008).

Necessário complementar as avaliações subjetivas de obtenção de bem-estar com as condições objetivas conferidas aos cidadãos para viverem de maneira digna, usufruindo de seus direitos fundamentais. Incluem-se, dentro dos elementos objetivos, boas condições de saúde, educação, atividades pessoais de lazer, participação efetiva dos cidadãos com voz política, sociabilidade, condições ambientais, segurança pessoal e condições econômicas, devendo as desigualdades das condições serem minimizadas numa análise mais completa da Economia, que dependem indiretamente destes fatores (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008).

É imprescindível que estas desigualdades avaliadas de maneira compreensiva, levando em consideração diferenças na qualidade de vida entre as pessoas, grupos e gerações. Ademais, como o povo pode ser classificado de acordo com diferentes critérios, cada um com certa relevância na vida das pessoas, as desigualdades devem ser medidas e documentadas para uma pluralidade de grupos. Pesquisas apropriadas deveriam ser desenvolvidas para avaliar as complementaridades entre os variados tipos de desigualdade e para identificar suas causas subjacentes. Cabe então à comunidade estatística regularmente alimentar suas avaliações com dados pertinentes. (STIGLITZ; SEN; FITOUSSI, 2008, p. 55, tradução nossa)

As políticas econômicas, seja em pequena, seja em grande escala, devem ser remodeladas em busca de uma homeostase, para que o mercado cresça sem desestabilizar os elementos naturais, dentro das limitações que tem capacidade de suportar (FREITAS, 2011). Destaque-se que a adoção de políticas econômicas equilibrada de acordo com as demais dimensões da sustentabilidade propulsiona o desenvolvimento econômico, à medida que os indivíduos se encontram satisfeitos com suas condições de vida e movimentam a economia com maiores objetivos pessoais e comuns.

Todas as dimensões da sustentabilidade estão interconectadas e se influenciam automaticamente, no que Freitas (2011) conclui por ser uma dialética da sustentabilidade. Para que haja evolução eficaz da humanidade, é necessário buscar o equilíbrio homeostático entre todas as dimensões, tendo em mente que o ser humano depende da natureza para perpetuação da espécie, mas sem que haja um desenvolvimento sustentável excludente.

Não se podem olvidar determinadas identidades em detrimento de outras predominantes, isso porque o *eu* só adquire relevância quando é realizado o contraste dele com o outro, visto que o constitucionalismo da modernidade está arraigado no paradoxo entre aquilo que tradição criou, com o que se postula pela pluralidade de outras opiniões (ROSENFELD, 2003).

A posição do sujeito constitucional precisa estar fundamentada no pluralismo, numa perspectiva de certa maneira metafísica, posto que deve ir além da identidade tradicionalmente imposta, equilibrando-se as várias concepções das identidades constitucionais (ROSENFELD, 2003).

A concepção da identidade do sujeito constitucional deve poder sofrer constante alteração, em virtude dos discursos pluralistas que permeiam sua interpretação, deve haver possibilidade de transformação contextual que seja a mais acertada em determinado momento histórico e circunstâncias (ROSENFELD, 2003).

Assim, nenhum sujeito será propriamente o sujeito de identidade constitucional, este será, em verdade, a soma dos sujeitos parciais nas suas mais variadas facetas, de forma a realizar efetivamente o pluralismo (ROSENFELD, 2003).

Devem sempre permear a interpretação da constituição os momentos de construção e reconstrução, pois a dupla dimensão de cada decisão implica em rico diálogo para formação do sujeito constitucional da maneira mais consentânea à justificação da decisão de acordo com as circunstâncias da época.

Por um lado, existe o grupo que pretende perpetuar a tradição identificando o sujeito constitucional com o constitucionalismo; por outro lado, existem os que sobrelevam as diferenças entre estes contrafactualmente, para demonstrar a existência de incongruências e contradições (ROSENFELD, 2003).

Primeiramente, por meio da dialética, realiza-se a negativa da negativa, com uma orientação hegeliana; após, na fase da análise metafórica, busca-se reconhecer o princípio da igualdade amplamente, constatando-se os pontos de congruência entre as diferentes correntes que englobam o pluralismo; por fim, quando da fase metonímica, buscam-se as diferenças a partir das circunstâncias de cada caso concreto, para que seja possível preencher o vazio que abrange o sujeito da identidade constitucional (ROSENFELD, 2003).

Assim sendo, a dialética da sustentabilidade deve ser operada por meio das três técnicas supramencionadas, de forma que se revele a identidade mais apta a dirimir eventual conflito sem olvidar diversas identidades, que se encontra no meio termo de equilíbrio homeostático para realização eficaz do desenvolvimento sustentável e perpetuação da vida humana dentro da capacidade de resiliência do meio ambiente.

Diante das colocações, necessário analisar se o meio ambiente sadio reveste-se das características precípua de um direito fundamental, de maneira a ganhar posição de maior relevância para o Direito. Para tal análise, levando-se em consideração que os direitos fundamentais são direitos humanos positivados na Constituição, primeiramente faz-se necessário avaliar se o direito preenche os requisitos para um direito humano, passando após à sua análise como direito fundamental. Na conceituação de Alexy, é necessário avaliar se o direito reveste-se de universalidade, fundamentabilidade, abstração, moralidade e prioridade para que possa ser considerado um direito humano.

A universalidade reside na questão de que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, tendo em vista a integração natural dos seus elementos (MACHADO, 2013). Todos os seres humanos compartilham do meio ambiente na satisfação de suas necessidades vitais, de modo que a preocupação é universal.

Por sua vez, a fundamentabilidade encontra-se como consequência da busca dos seres humanos, que não se limita somente à vida, mas à vida com qualidade e saúde. Assim, destaca-se a fundamentabilidade do direito ao meio ambiente, conforme Machado:

A saúde dos seres humanos não existe somente numa contraposição a não ter doenças diagnosticadas no presente. Leva-se em conta o estado dos elementos da Natureza - águas, solo, ar, flora, fauna e paisagem - para se aquilatar se esses elementos estão em estado de sanidade e de seu uso advenham saúde ou doenças e incômodos para os seres humanos. Essa ótica influenciou a maioria dos Países, e em suas Constituições passou a existir a afirmação do direito a um ambiente sadio. (MACHADO, 2013, p. 48)

Por fim, a abstração se faz presente na generalidade do direito ao meio ambiente sadio, que deve ser garantido a todos sem distinção; o direito se justifica a partir de valores morais como a necessidade de equidade entre os homens no presente e futuro para que possam ter boas condições de vida; e a prioridade é imprescindível frente a outros direitos, para que a vida humana possa se perpetuar e para que os homens vivam com qualidade, dignidade e saúde.

Assim, o direito ao meio ambiente sadio é naturalmente um direito humano, passando-se então à verificação acerca da sua positivação como direito fundamental. No Preâmbulo da Constituição Federal já se esclarecem os objetivos almejados pela Assembleia Nacional Constituinte, dentre os quais se destacam o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e justiça com fraternidade, pluralidade e harmonia para a pacificação social interna e internacionalmente.

Ademais, dentro dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, no inciso III do artigo 1º da Constituição, está a dignidade da pessoa humana; como objetivos fundamentais da República Brasileira no artigo 3º estão “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem todos” nos incisos I e IV, respectivamente (BRASIL, 1988).

Tendo em vista a universalidade do direito ao meio ambiente equilibrado, também é importante destacar os princípios pelos quais o Brasil deve se orientar internacionalmente, conforme o artigo 4º da Constituição, onde se encontram a “prevalência dos direitos humanos” (inciso II), a “defesa da paz” (inciso VI) e a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (inciso IX) (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal (1988) positivou o direito humano ao meio ambiente equilibrado, de forma que passou a ser considerado um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, dentro do Título que trata dos direitos sociais na Constituição Federal, reservou-se um Capítulo inteiro para tratar do meio ambiente, destacando-se o *caput* do artigo 225 que determina a todos o direito ao meio ambiente equilibrado como bem de uso comum de todos e reconhecido como bem essencial para a sadia qualidade de vida.

Assim, o artigo demonstra a preocupação em equilibrar a vida humana e os elementos naturais, esclarecendo que a realização deste objetivo é imprescindível para que os homens tenham uma vida sadia e de qualidade. Há três elementos principais no conceito trazido pelo artigo supramencionado, quais sejam: (i) equilíbrio do meio ambiente, (ii) bem de uso comum do povo, e (iii) bem essencial à sadia qualidade de vida.

Retomam-se, portanto, os conceitos apresentados no Capítulo Um quanto à sustentabilidade homeostática, que implica na necessidade de equilibrar o meio ambiente para que se permita o seu desenvolvimento consciente; às consequências para todos os indivíduos, tendo em vista que o meio ambiente é um bem compartilhado por todos e as ações que o atingem não ficam limitadas ao local nem ao tempo em que ocorreram; bem como às implicações na vida humana, pois o homem depende dos recursos naturais para que sobreviva e para que viva de maneira digna, por maior tempo, com qualidade.

Frisa-se aqui a concepção de direito ao meio ambiente para garantir a sadia qualidade de vida, que foi inovadora na Constituição Federal de 1988, tendo em vista que o direito ao meio ambiente sadio tem repercussão direta na vida humana e na sua qualidade. Para Machado (2013), uma vida sadia somente pode ser

alcançada se houver equilíbrio do meio ambiente, se ele não for poluído, de modo que a Constituição atrelou o direito ao meio ambiente expressamente com a qualidade de vida.

Ao invés de criarem somente um direito ao meio ambiente sadio, os legisladores constituintes foram além e, em decorrência da dignidade da pessoa humana, trouxeram o direito à sadia qualidade de vida, conectando-o à inexistência de doenças e outros elementos subjetivos da felicidade (MACHADO, 2013).

Por fim, o artigo 225 da Constituição Federal determina que o Poder Público e a coletividade deverão defender e preservar o meio ambiente para as gerações atuais, bem como para as futuras. Portanto, a Constituição determinou que todos os Poderes atuem com esta missão, tanto sozinhos, como por meio de políticas coordenadas entre eles. O próprio artigo 194, do mesmo diploma, explicita que a seguridade social fica ao encargo dos Poderes Públicos e da sociedade de modo a garantir direitos relacionados à saúde.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I – universalidade da cobertura e do atendimento; II – uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III – seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV – irredutibilidade do valor dos benefícios; V – equidade na forma de participação no custeio; VI – diversidade da base de financiamento; VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988)

Não deve restar inerte também a coletividade, que é chamada pela Constituição para agir na defesa do meio ambiente. O que, porém, difere a atuação pública da privada é, respectivamente, a obrigação e a faculdade de promoção da sustentabilidade nos termos do art. 225 supramencionado. Não obstante não haja obrigatoriedade da coletividade na defesa do meio ambiente, a sua atuação é imprescindível para que haja eficiência na realização do referido direito, cujo grau de prioridade é altíssimo.



Assim, surge um grande impasse entre as atitudes a serem tomadas pela coletividade, pois se divide entre defensores do meio ambiente e defensores do crescimento econômico, como se fossem inconciliáveis. Entretanto, o paradoxo entre ambos os direitos é aparente, pois, na verdade, a efetividade máxima do crescimento econômico só pode ser alcançada se for houver harmonia com o meio ambiente.

Machado (2013) explica que a relação entre meio ambiente equilibrado e desenvolvimento não reverte positivamente somente para o bem ambiental, sendo necessário visualizar que os atos contrários ao meio ambiente implicam por consequência lógica no fracasso dos seres humanos, a qual, senão imediatamente, ocorrerá a médio ou a longo prazo.

A própria Constituição Federal, no Título da Ordem Econômica e Financeira, esclarece a necessidade de se primar também pela defesa do meio ambiente na perspectiva econômica, conforme artigo 170, VI (BRASIL, 1988). Assim, os interesses das empresas não poderiam olvidar do aspecto ambiental atrelado ao seu crescimento sustentável.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV - livre concorrência; V – defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdade regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.” (BRASIL, 1988)

Para análise acerca de qual lado a prioridade deverá restar no caso concreto, em virtude da existência de mandados de otimização, é necessário contrastar o direito fundamental ao meio ambiente sadio com outros direitos fundamentais. Assim, na análise de caso a ser realizada ao final do presente estudo, este direito será contrastado com o direito à distribuição de energia elétrica, a partir da discussão travado no Recurso Extraordinário 627.189/SP.

## 2.2 DO DIREITO À DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

Os elementos extra econômicos exercem também influência sobre o desenvolvimento econômico do País e a falta de correspondência entre os setores implica no desequilíbrio que se percebe no Direito. Gomes (1961) traz os conceitos de superestrutura e infraestrutura com o escopo de dividir setores da sociedade, colocando o Direito como fenômeno que faz parte da superestrutura, que possui um déficit para refletir o que ocorre na infraestrutura.

A incongruência entre superestrutura e infraestrutura ambas pode ser constatada quando da análise de princípios que estão presentes nas estruturas capitalistas que objetivam primordialmente o crescimento econômico desregrado (GOMES, 1961). Enfrenta-se atualmente uma crise devido à forma de crescimento econômico pela qual passou o Brasil, destacando-se que os fatores que contribuíram para este são mais amplos do que a economia propriamente dita (GOMES, 1961).

Como explanado no item anterior, a teoria de Luhmann implica na necessidade de acoplamento estrutural dos sistemas para comunicações inter-sistêmicas que possam conecta-los. Assim, o crescimento insustentável com fechamento do sistema econômico sem a operação com alguns sentidos que deveriam ser buscados em elementos externos, como a justiça, os cuidados ecológicos e preocupações sociais, não poderiam ter outro efeito senão o de uma crise generalizada.

O crescimento econômico do Brasil encontra-se inacabado e segue o movimento de crescimento dos Países subdesenvolvidos, que apresentam um processo tardio de crescimento em virtude, principalmente, do colonialismo e exploração dos Países desenvolvidos sobre aqueles (GOMES, 1961). Houve transformações na mentalidade do povo brasileiro, em virtude do incentivo e busca do desenvolvimento do País, com a adoção de novos valores, ações e normas (GOMES, 1961).

Ora, o sistema jurídico exerce influência primordial sobre o processo de desenvolvimento de uma sociedade, tendo em vista que molda o comportamento

social a partir dos novos valores que se pretende inserir na comunidade a partir da institucionalização (GOMES, 1961).

Gomes (1961) aponta que um dos elementos mais importantes para o desenvolvimento econômico é a institucionalização das modificações vistas na sociedade para que a nova cultura adquirida seja refletida no Direito, conforme se confere:

As transformações determinam inevitável mudança de mentalidade. Um povo que está se desenvolvendo passa a adotar novos valores como fins da ação social e busca, para a sua consecução, normas que estimulem o processo do desenvolvimento. Em suma, as transformações tendem a se institucionalizarem. O processo social procura sua disciplina em um novo sistema de normas. O ordenamento jurídico, porque regular a conduta dos homens na sociedade, constitui, sob o ponto de vista institucional, o principal fator de influência no processo do desenvolvimento, visto que o sistema legal pode favorecer-lo, ou dificultá-lo. É claro que outras formas institucionais interferem nesse processo e que as instituições jurídicas se orientam por valores que se modificam, sem perda da essência, conforme a mentalidade dominante na época. (...) o Direito não é simples coordenação de normas, mas um fato social em constante transformação, que se expressa tecnicamente sob forma de regras. Não cabe aqui discutir se os valores a que está referido o ordenamento jurídico das relações sociais surgem espontaneamente da vida social, se consubstanciam ideias objetivamente existentes na consciência coletiva, ou se representam apenas a racionalização de interesses econômicos e políticos próprios de determinada estrutura econômica. Há que admitir que, numa análise do processo evolutivo do Direito num país que está se desenvolvendo economicamente, não é possível desprezar valores adquiridos através da própria experiência histórica do país. Postos em dúvida ou menosprezados pelos que adquirem a nova mentalidade, tais valores vão sendo substituídos, de sorte que as instituições começam a sofrer um processo de transformação que tem como ponto de partida essa experiência. Mas no curso do desenvolvimento, as transformações tendem à institucionalização, e no setor do ordenamento jurídico velhos institutos remodelam-se ao lado de novos, que acabam por se impor. Preside essa institucionalização a generalização de um novo método de pensamento jurídico. (p. 19-21)

Com a institucionalização destes valores, reestrutura-se a comunidade atingida com a mudança de mentalidade e comportamento, o que, entretanto, não ocorre no mesmo ritmo que o desenvolvimento econômico, pois exige uma mudança de tradições arraigadas em diferentes níveis na cultura (GOMES, 1961).

O Brasil, como País que passa por esta fase de desenvolvimento econômico, encontra dificuldades na diferente repercussão cultural dos novos valores e concepções nos grupos sociais, pois alguns aderem e buscam a inovação que coaduna com a visão progressista espelhada nos Países desenvolvidos, enquanto outros resistem às mudanças na tradição e não confiam na modernização das técnicas produtivas (GOMES, 1961).

Gera-se, portanto, um clima de tensão social, em que resta ao Estado a promoção da pacificação social e orientação da sociedade especialmente por meio de alterações legislativas, para direcionar as transformações sociais para ampliação das liberdades e das ações voltadas diminuir o atraso econômico e incentivar a industrialização (GOMES, 1961).

A necessidade de o Estado impulsionar a industrialização acaba por colocá-lo em posição interventora, em que se torna agente dos setores básicos, como a produção e distribuição de energia elétrica, para que não fique à mercê dos agentes privados e conduza à aceleração da industrialização (GOMES, 1961).

Diferentemente dos Países desenvolvidos, aqueles em desenvolvimento requerem maior intervenção do Estado no seu processo de transformação e industrialização, como esclarece Gomes (1961): “O impulso para essa industrialização é estimulado pelo Estado. Esta é uma das particularidades do desenvolvimento que se processa no segundo quartel deste século. Por força de causas conhecidas, o Estado deixou de ser o espectador inerte da vida econômica. Mesmo nos países que a fundamentam na livre-iniciativa a interferência estatal se faz sentir numa dimensão nova. O Estado transforma-se no grande promotor do desenvolvimento. Não se limita a ampliar os serviços públicos e a ordenar as instituições econômicas. Influencia por todos os modos, do estímulo ao controle, as atividades produtivas. Ele próprio põe-se à frente do esforço desenvolvimentista, tornando-se empresário naqueles setores básicos em que seria prejudicial esperar pela iniciativa privada, como tem acontecido, entre nós, com a exploração do petróleo, a produção de energia elétrica e a própria indústria siderúrgica. Ademais, concorre decisivamente para a implantação de indústrias importantes ao desenvolvimento global, como se vem verificando em relação à indústria automobilística. São formas de ação que, dentre outras, concorrem para favorecer o desenvolvimento, além das medidas políticas de defesa da produção nacional e de controle da atividade econômica. Evidentemente, o crescimento do país nesse período realiza-se de modo diferente, com a vantagem de poder aproveitar a experiência dos povos que o realizam na fase ascendente do

capitalismo para evitar a incidência nos erros cometidos e orientá-lo para rumos diferentes, quer no seu objetivo imediato, que passou a ser a melhor distribuição de riqueza, quer no sentido da expansão, que não pode ser mais a criação de impérios coloniais ou a conquista de mercados para a colocação de produtos industriais. Embora, pois, o esforço para o desenvolvimento se realize através do sistema capitalista de produção, o fato de se cumprir numa época em que o capitalismo modifica as suas bases e diretrizes. Não mais se verifica sob a inspiração e a filosofia do liberalismo econômico, no qual era quase nula a influência direta do Estado sobre a vida econômica. Por isso a sua ordenação jurídica pelo Estado assume considerável importância nos países que iniciaram contemporaneamente o seu processo de desenvolvimento. O fator jurídico no desenvolvimento econômico ganha, com efeito extraordinário relevo. (p.29-31)

No caso brasileiro, o Estado passou a intervir na economia, atuar como empresário, regulador e fiscal, passou a incentivar a industrialização e a iniciativa privada, almejando seu desenvolvimento (GOMES, 1961). Assim, buscando eliminar as divergências e conciliar os interesses econômicos diversos para promover o desenvolvimento, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) passou a refletir os objetivos da ordem econômica.

Assim, no art. 170 da Constituição, restou elencando que a ordem econômica deve almejar a realização da dignidade da pessoa humana, bem como a justiça social, inclusive apontando, no inciso IV, a necessidade de proteção ao meio ambiente para redução dos impactos ambientais causados pelos bens e serviços e, no inciso VII, o dever de reduzir as desigualdades sociais.

A ordem econômica deve, então, garantir que todos os indivíduos tenham uma vida digna, promovendo a igualdade material na sociedade, o que ratifica o preâmbulo da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que busca assegurar os direitos sociais, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça; bem como o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que consta do seu artigo 1º.

O artigo 3º da Constituição (BRASIL, 1988) coloca como objetivos fundamentais da República Brasileira a necessidade de construção de uma sociedade que tenha liberdade, justiça e solidariedade; a garantia do desenvolvimento do País; os compromissos para redução de desigualdades sociais e regionais, com erradicação da pobreza e da marginalização, objetivando-se o bem de todas as pessoas.

Por fim, o artigo 5º, em seu parágrafo segundo determina que: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988). Assim, há uma cláusula aberta permitindo que outros direitos fundamentais que não estão elencados expressamente na Constituição sejam considerados como tais quando decorrerem dos princípios que restaram constitucionalmente expressos.

Michel Rosenfeld (2003) afirmou que a identidade constitucional presente no texto da Constituição não é singular e é dificilmente definida, tendo em vista que ela se altera com o decurso do tempo e que as relações que devem ser representadas constitucionalmente são complexas e muitas vezes paradoxais. A incompletude do texto constitucional é necessária para que permita a representação das variadas identidades dos jurisdicionados, pertencentes a grupos com afinidades diferentes, bem como a solução de casos concretos que nunca poderão ser previstos taxativamente na sua totalidade (ROSENFELD, 2003).

Rosenfeld (2003) discorre sobre a necessidade de que a Constituição se mantenha aberta para permitir variadas interpretações:

Para se estabelecer a identidade constitucional através dos tempos é necessário fabricar a tessitura de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e ainda com o futuro das gerações vindouras. O problema, no entanto, é que tanto o passado quanto o futuro são incertos e abertos a possibilidades de reconstrução conflitantes, tornando assim imensamente complexa a tarefa de se revelar linhas de continuidade. Ainda que a real intenção dos constituintes fosse plena e claramente acessível, permaneceria em discussão o quanto e em qual medida e extensão ela deveria ser relevante ou vinculante para uma determinada geração subsequente. E, dado que a intenção dos constituintes sempre poderá ser apreendida em diversos níveis de abstração, sempre haverá a possibilidade de a identidade constitucional ser reinterpretada e reconstruída. Pelo menos no que toca às constituições escritas a identidade constitucional é necessariamente problemática em termos da relação da Constituição com ela mesma. Um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis. Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe. Mais ainda,

precisamente em razão da incompletude do texto constitucional, as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis. (p. 17-19)

As identidades relevantes dentro da sociedade precisam estar devidamente representadas na identidade constitucional para seja viável e aceita; assim, esta precisa ser genérica e, ao mesmo tempo, detalhada com características que representem aquelas (ROSENFELD, 2003). Assim é que a Constituição pode acompanhar as alterações sociais da sociedade moderna dentro da sua complexidade e constante mutação, que é o que Rosenfeld (2003) chama de constituição viva.

A abertura do conceito trazido pelo parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição reflete a intenção do legislador em construir uma identidade constitucional negativa para que haja dinamicidade no conceito de direitos fundamentais que possa coadunar com as transformações sociais.

Como já se destacou acima, o princípio da dignidade da pessoa humana restou consagrado na Constituição, dele decorre a necessidade de garantia de um mínimo existencial de direitos a serem garantidos para proporcionar uma vida digna aos jurisdicionados, devendo ser proporcionados pelo Estado em virtude de serem serviços públicos essenciais. Para Sarlet (2012), a dignidade é uma característica inata do homem que não pode ser renunciada nem alienada, que define o próprio homem como tal.

O Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) esclarece a preocupação com a dignidade da pessoa humana e necessidade de melhorar as condições de vida para todos os seres humanos “considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; (...).”

Por sua vez, o artigo primeiro da Declaração dispõe que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de

consciência, devem agir uns com os outros em espírito de fraternidade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Assim, o Estado tem uma função positiva prestacional de garantir a dignidade das pessoas, bem como negativa de se manter suficientemente distante para que as pessoas tenham autonomia e possam agir com liberdade, permitindo que o homem seja efetivamente sujeito de direitos (SARLET, 2012).

Acerca da perspectiva positiva do Estado na garantia da dignidade, Sarlet (2012) discorre:

Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guia as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo portanto dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade), constatação esta que remete a uma conexão com o princípio da subsidiariedade, que assume uma função relevante também neste contexto. (p.50)

A perspectiva negativa tem o objetivo de frear o Estado para proteger os indivíduos de eventual subjetivismo e interferência indevida daquele nas suas esferas de liberdade (SARLET, 2012). Portanto, a dignidade da pessoa humana se conceitua como uma qualidade que distingue os homens para que sejam reciprocamente tratados com respeito e valorizados pelo Estado e a sociedade (SARLET, 2012).

A dignidade da pessoa humana incorpora, por conseguinte, um conjunto de vários direitos fundamentais e deveres para que não sofra nenhum ato desumano ou degradante, que devem propiciar aos homens um mínimo existencial para que tenha qualidade de vida e saúde, com condições de autodeterminação limitada ao respeito à dignidade dos demais (SARLET, 2012).

Questiona-se, então, quais seriam os direitos que compõem o mínimo existencial, o que deve ser avaliado de acordo com a perspectiva histórico-cultural da sociedade a ser analisada. Assim, o mínimo existencial é composto por prestações do Estado que possibilitem aos seres humanos membros de determinada



sociedade existam com qualidade, principalmente satisfazendo as suas necessidades básicas a partir da garantia dos direitos fundamentais chamados sociais (SARLET, 2012).

Nas palavras de Sarlet (2012):

Os direitos sociais de cunho prestacional (direitos a prestações fáticas e jurídica) encontram-se, por sua vez, a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade, constata-se esta que, em linhas gerais, tem servido para fundamentar um direito fundamental (mesmo não expressamente positivado, como já demonstrou a experiência constitucional estrangeira) a um mínimo existencial, compreendido aqui – de modo a guardar sintonia com o conceito de dignidade proposto nesta obra – não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital) mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável como deflui do conceito de dignidade adotado nesta obra, ou mesmo daquilo que tem sido designado de uma vida boa. (p. 142)

A Constituição Federal previu expressamente alguns direitos sociais no artigo 6<sup>o</sup> e seguintes que integram o Capítulo Dos Direitos Sociais; porém, reitera-se que o parágrafo segundo do artigo 5<sup>o</sup> foi construído como cláusula aberta que reconhece outros direitos fundamentais além dos expressamente previstos no texto constitucional.

Não obstante a inexistência de previsão constitucional ou lei especial que defina a distribuição de energia elétrica como parte do mínimo existencial, é possível concluir pela necessidade de inclusão deste direito como serviço público essencial por consequência do que dispôs a Lei de Greve (BRASIL, 1989), conforme se confere:

Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais: I – tratamento e abastecimento de águas; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; (...).

Art. 11. (...). Parágrafo único. São necessidade inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo

---

<sup>6</sup> “Art. 6<sup>o</sup> São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.  
(BRASIL, 1989)

Os serviços públicos essenciais são, portanto, aqueles que o Estado presta para garantir que os jurisdicionados tenham suas necessidades essenciais satisfeitas, permitindo que tenham uma vida com dignidade. A Constituição não traz expressamente todos os serviços públicos em rol taxativo; porém, indica todos os critérios para identificação e caracterização de tais atividades, que, quando não expressas, podem ser logicamente deduzidas do texto constitucional (GRAU, 2010).

As atividades econômicas passam a ser classificadas como serviços públicos essenciais quando houver interesse social para motivar a ação positiva estatal, seja direta, seja indireta (GRAU, 2010). Diante da característica programática da Constituição Federal Brasileira, o Estado ganha relevância, visto que deve atuar positivamente para prover tais serviços sem os quais a comunidade não pode viver de maneira digna (GRAU, 2010).

Grau (2010) busca determinar o que é serviço público a partir de uma noção, conforme discorre:

Esta, a noção de serviço público, há de ser construída sobre as idéias de coesão e de interdependência social (...). Por isso, porque assume o caráter de serviço público, deve ser prestada à sociedade pelo Estado (ou por outra pessoa administrativa, direta ou indiretamente). Pois bem: a identificação dos casos nos quais a realização e o desenvolvimento da coesão e da interdependência social reclamam a prestação de determinada atividade pelo Estado (= casos nos quais essa atividade assume caráter existencial em relação à sociedade) é conformada pela Constituição. (...) Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (...). (GRAU, 2010, p. 134-135)

Conforme supramencionado, a distribuição de energia foi classificada como serviço público pela Lei de Greve. Reafirma-se esta classificação a partir dos elementos da *coesão* e da *interdependência social*, tendo em vista que a energia elétrica é necessária para uma vida digna no presente momento histórico, do contrário a população não terá acesso a luz, preparação e refrigeração de alimentos,

além da economia não poder se desenvolver sem que haja energia elétrica disponível, por exemplo.

Na conceituação de Alexy, podemos avaliar que o direito à distribuição elétrica é imprescindível para a existência humana, visto que preenche os requisitos para seu reconhecimento como direito humano, tendo em vista que se reveste de universalidade, fundamentabilidade, abstração, moralidade e prioridade. Assim, constatando-se que se trata de direito humano, resta analisar se foi positivado na Constituição para que seja considerado como direito fundamental.

Ora, todos os seres humanos devem usufruir de tal direito, de modo a conseguir viver com dignidade e mínimas condições de vida com qualidade e saúde; devendo ser garantido a todos abstratamente e sem distinção; o que coaduna com os valores morais compartilhados pelos homens, principalmente para que possam usufruir das ferramentas desenvolvidas na história da humanidade para maior qualidade de vida, permitindo aos homens a acesso à luz, à água quente, possibilidade de armazenar alimentos por maior tempo com geladeiras e congeladores, além de proporcionar o lazer, como a partir do uso de televisões, e o trabalho, com iluminação, máquinas elétricas, computadores entre outros utensílios movidos por energia elétrica.

Outrossim, é questão prioritária entre os direitos a garantia da distribuição de energia elétrica para que possa buscar sua felicidade com uma vida boa e digna, o que a Constituição Federal reconheceu implicitamente na necessidade de busca da dignidade humana, redução de desigualdade com a prestação de serviços públicos essenciais pelo Estado e promoção do desenvolvimento.

Assim, diante da colisão entre os dois direitos analisados, quais sejam: direito ao meio ambiente sadio e direito à distribuição de energia elétrica, frente a um caso concreto, é necessário sopesar argumentos razoáveis de maneira cautelosa para obter a solução mais justa e adequada, tendo em vista que se trata de dois direitos humanos reconhecidos como fundamentais na Constituição Federal, o que se buscará realizar no capítulo seguinte.

### 3 JUSTIÇA E DESENVOLVIMENTO EM AMARTYA SEN

A justiça é questão de difícil conceituação, buscando-se a utilização de argumentos racionais para encontrar uma solução universalizável, a qual deve ser consentida por todos aqueles participantes do discurso, para que haja aproximação ao máximo com a solução correta para cada caso (ALEXY, 2013). Kant (2004) recorria aos imperativos categóricos como alternativas racionais para indicação do comportamento ético adequado e justo.

A representação de um princípio objetivo, enquanto obrigante para uma vontade, chama-se um mandamento (da razão), e a fórmula do mandamento chama-se Imperativo. Todos os imperativos se exprimem pelo verbo dever (sollen), e mostram assim a relação de uma lei objectiva da razão para uma vontade que segundo a sua constituição subjectiva não é por ela necessariamente determinada (uma obrigação). Eles dizem que seria bom praticar ou deixar de praticar qualquer coisa, mas // dizem-no a uma vontade que nem sempre faz qualquer coisa só porque lhe é representado que seria bom fazê-la. Praticamente bom é porém aquilo que determina a vontade por meio de representações da razão, por conseguinte não por causas subjectivas, mas objectivamente, quer dizer por princípios que são válidos para todo o ser racional como tal. (...). Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética- ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma acção possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. (...). Há por fim um imperativo que, sem se basear como condição em qualquer outra intenção a atingir por um certo comportamento, ordena imediatamente este comportamento. Este imperativo é categórico. Não se relaciona com a matéria da acção e com o que dela deve resultar, mas com a forma e o princípio de que ela mesma deriva; e o essencialmente bom na acção reside na disposição (Gesinnung), seja qual for o resultado. Este imperativo pode-se chamar o imperativo da moralidade.” (ALEXY, 2013, p. 48-52)

Para Sen (2009) não é possível encontrar a justiça perfeita; porém, a argumentação racional permite diminuir as injustiças ajudando no crescimento das sociedades. Ocorre que existem diferentes razões de justiça, tendo em vista que as pessoas pensam de maneiras distintas (SEN, 2009). Alexy (2013) aponta que as pessoas, quando se expressam por meio de juízos de valor, estão, geralmente,

imbuídas de razões que lhes conduzem àquela forma de pensamento, conforme afirma:

Quem expressa um juízo de valor ou de dever está via de regra preparado para, quando solicitado, mencionar suas razões. Ele vai ser criticado se recusar-se a fazê-lo ou pelo menos se não mencionar as razões de sua recusa. O que pode acontecer na discussão de juízos de valor e de dever não é, pelo menos, completamente arbitrário. Assim, não se pode mencionar como razão a favor de um juízo de valor uma proposição que o contradiga nem contra um juízo de valor uma proposição que o implique.

Por isso há fortes razões para não considerar juízos de valor e dever como meras expressões e/ou descrições de sentimentos, e/ou atitudes, e/ou como meio para sua criação, como ocorre nas teorias meramente emotivistas. (ALEXY, 2013, p.64/65)

Destaca-se que as normas morais obtidas a partir da ética do discurso não podem ser impostas a todos, mas sim aceitas pela livre vontade de cada um (ALEXY, 2013). Daí surge a dificuldade da realização da teoria do discurso prático, tendo em vista que quanto mais força utilizada para seu cumprimento, menor a chance de sua aceitação pela sociedade (ALEXY, 2013).

Alexy discorre sobre a questão, destacando que:

A medida do controle aumenta com a força das regras e formas. Um sistema de regras e forma S1 é um sentido comum mais forte que um sistema S2 quando S1 também exclui todos os atos de fala que S2 exclui e adicionalmente exclui pelo menos um ato que S2 não exclui. O dilema de toda teoria do discurso prático consiste no fato de sua significância decisória e com isso sua utilidade aumentarem com a medida de sua força, mas suas chances de ser em geral aceita diminuirão com isso. Quem exige por exemplo somente a observância das regras da lógica, a verdade das premissas empíricas empregadas e talvez ainda a consideração das consequências pode rapidamente encontrar ampla concordância em relação a essas exigências, mas tem que pagar por isso com a fraqueza dos critérios oferecidos. (p.69)

Para Sen (2009), uma teoria da justiça deve estar conectada às razões que motivam a escolha de determinada resposta, não podendo deslocar as justificativas somente para o aspecto teórico-abstrato, mas sim contabilizando as questões práticas envolvidas, sob pena de inviabilizar a efetividade de resposta futura e macular a correção.

O discurso, por sua vez, é um aperfeiçoamento da ação comunicativa que problematiza as pretensões, testando as verdades e correções racionalmente, buscando um meio termo que fuja a radicalismos (ALEXY, 2013). Para tanto, Alexy descreve as regras que orientem a argumentação do discurso prático racional, as quais se dividiriam em fundamentações: (i) técnica, (ii) empírica, (iii) definitiva e (iv) pragmática-universal (ALEXY, 2013).

A fundamentação técnica consistiria na justificação de regras por meio de objetivos e fins a serem atingidas a partir delas, são regras técnicas com justificação teleológica (ALEXY, 2013). Destaca-se uma objeção para a regra técnica, tendo em vista que o fim pode ser atingido por uma gama muito divergente de regras, o que leva à conclusão de que a fundamentação técnica não pode ser utilizada sozinha para justificação de regras, mas serve como uma das partes da sua fundamentação:

Para outra objeção um fim que pudesse fundamentar todas as regras do discurso, ou seja, o sistema das regras do discurso, seria tão geral que normas incompatíveis entre si poderiam ser propostas com meio para atingi-lo – o que valor por exemplo para fins como a felicidade ou a dignidade humana, ou então o estado distinguido como fim já é definido através da observância dessas normas. Esse seria por exemplo o caso quando se compreende o fim da solução pacífica de conflitos não como um estado de pacificação, (...), mas sim como um estado em que os conflitos são solucionados racionalmente. Isso não significa que a forma de fundamentação técnica não tenha nenhum valor. Na verdade ela é inútil para uma fundamentação completa de todas as regras, mas para a fundamentação de regras concretas através de fins limitados que devem contudo ser justificados de acordo com outras formas de fundamentação ela parece não só absolutamente adequada, como também indispensável. (p. 70-71)

Na perspectiva de Sen (2009), estas regras teóricas devem ser trazidas para a perspectiva real, de modo a serem comparadas e a conduzirem a respostas que possam ser efetivadas. Isso porque as justificativas idealizadas contam com dois problemas principais, quais sejam: (i) imprevisibilidade quanto à possibilidade de haver congruência entre concepções transcendentais distintas para encontrar a resposta correta; e (ii) impossibilidade de encontrar uma resposta perfeita, devendo-se avaliar entre as melhores respostas viáveis (SEN, 2009).

Por sua vez, a fundamentação empírica envolve a demonstração da validade de regras de fato, que podem ser verificadas por meio de convicções racionais empíricas até quando elas resistirem às críticas (ALEXY, 2013).

O problema fundamental da forma de fundamentação empírica consiste na passagem da constatação de que uma regra de fato vale ou correspondente a convicções faticamente existentes à constatação de que sua observância leva a resultados corretos ou verdadeiros, ou seja, que ela é, nesse sentido, racional. (...). Essa premissa certamente não é completamente despropositada. Todavia a existência de determinada prática prova que ela é, em geral, possível. A existência de uma prática, como a existência de determinadas convicções normativas, mostra também que contra ela ainda não foram expostas razões tão convincentes a ponto de levar todos os participantes da prática ou titulares dos convencimentos a abandoná-la. Se for levado em consideração que nem sempre, porém frequentemente, existe a possibilidade de sua crítica, então não se poderá negar a ela uma razoabilidade limitada, pelo menos à medida que ela resistir a críticas. (...). Uma fundamentação empírica no sentido indicado é por isso sempre somente temporária em vista das correções através de outras formas de fundamentação. (p. 71-72)

De todo modo, Sen (2009) enxerga dificuldades na identificação imparcial de qual seria a melhor resposta, tendo em vista que as convicções racionais podem motivar soluções diferentes com argumentos sérios e utilizados e essenciais, impondo a impossibilidade de decidir sem que haja ao final uma decisão movida por arbitrariedade na escolha.

Quanto à fundamentação definitiva, resume-se à criação de sistemas de regras que definem práticas a serem tomadas (ALEXY, 2013).

Um caminho que frequentemente se cruza com outras formas de fundamentação torna aquele que define, analisa, apresenta e propõe para aceitação um sistema de regras definidor de uma prática construída faticamente existente ou meramente possível (inclusive aqueles princípios que possivelmente servem de base para um tal sistema de regras). Importante para essa forma de fundamentação é somente o fato de que a apresentação de um sistema definidor de uma prática como uma resolução de aceitação é considerada motivante. (...). A forma de fundamentação definitiva possui uma fraqueza que se mostra problemática até o ponto de se perguntar se, no caso dela, trata-se na verdade de uma forma de fundamentação. Para o sistema de regras a ser fundamentado não são introduzidas outras razões adicionais; ele é simplesmente explicitado e apresentado. Isso deve ser suficiente como motivo ou razão. Assim, a forma de fundamentação definitiva inclui uma certa medida de

decisão ou de arbítrio. Todavia não se poderá dispensá-la, considerando-a sem sentido. Faz diferença se se decide por um sistema de regras explicitamente formulado e completamente apresentado ou se se escolhe algo sem esse êxito analítico-conceitual. No que diz respeito ainda a um outro aspecto a forma de fundamentação definitiva pode ser vantajosa. Ela permite a construção de sistemas de regras inteiramente novos. (ALEXY, 2013, p. 72/73)

Assim, para evitar o problema reconhecido por Sen (2009) quando há variados argumentos racionais sérios que justifiquem o caso concreto, a escolha da resposta correta passa a ser realizada pela utilização de regras e procedimentos anteriormente validados por meio do discurso, o que legitima a escolha final para evitar a arbitrariedade.

Por fim, a fundamentação pragmática-universal consiste em proposições universalizáveis e inevitáveis no procedimento do discurso, encontradas a partir da comunicação entre os indivíduos com base em comportamentos característicos e exclusivos dos seres humanos como tais (ALEXY, 2013).

Um quarto caminho consiste que se mostre que a validade de determinadas regras é a condição de possibilidade da comunicação linguística. (...). Uma variante fraca dessa forma de fundamentação consiste em se mostrar que (1) a validade de determinadas regras é constitutiva da possibilidade de determinados atos de fala e que (2) nós não podemos abdicar desses atos de fala sem renunciar a formas de comportamento que nós consideramos especificamente humanas. (...). Deve ser apenas notado que os fronts dessa disputa não são mais, de modo algum, claros. Ainda assim pode se insistir que quando se pode mostrar que determinadas regras são em geral e necessariamente pressupostas na comunicação linguística ou são constitutivas para formas de comportamento especificamente humanas, pode-se perfeitamente falar em uma fundamentação dessas regras. Uma tal fundamentação parece entretanto ser possível somente para um número relativamente menor de regras fundamentais. (ALEXY, 2013, p. 74-75)

Não obstante seja impossível encontrar o critério perfeito sobre a justiça, o estabelecimento de parâmetros dentro da sociedade facilita aos indivíduos para que optem por agir da maneira mais justa que se apresentar viável (SEN, 2009). Enquanto o critério de universalizabilidade pode guiar os argumentos numa perspectiva do que é justo para todos, é mais difícil encontrar a resposta correta



quando o justo envolver o bom para alguns, e não para todos, quando se faz necessária a justiça distributiva (SEN, 2009).

Sen (2009) aponta problemas nos sistemas de justiça fechados e pretensamente completos, pois leva a um sistema utópico e imperfeito. Por sua vez, propõe um sistema de regras orientadas por argumentos racionais que permitam a otimização da busca pela justiça, consistindo numa tópica a partir de um conjunto de regras incompleto (SEN, 2009). A abertura do sistema acaba por permitir que ele se adapte melhor à complexidade e organicidade dos valores morais dentro da sociedade (SEN, 2009).

Para que todos os tipos de fundamentação possam ser utilizados no discurso, é necessário estabelecer um discurso sobre as próprias regras do discurso, conforme discorre Alexy (2013):

Esse resultado deixa claro que um discurso sobre regras do discurso faz também sentido. Um tal discurso pode ser denominado *discurso teórico-discursivo*. Como as quatro formas de fundamentação do discurso teórico-discursivo que acabamos de esboçar devem ser aplicadas é algo que deve ser deixado aos participantes do discurso. Na discussão no contexto dessas quatro formas de fundamentação já serão também observadas regras. Trata-se, no caso dessas regras, em parte de regras faticamente válidas no grupo do falante, em parte de regras já temporariamente fundamentadas. O fato de se proceder não só de acordo com regras fundamentadas não é irracional. Como esse proceder só de acordo com regras fundamentadas não é possível e como é racional dar início ao discurso, é racional começar primeiramente com base em regras não fundamentadas. (ALEXY, 2013, p. 75)

As regras são, portanto, de fulcral importância para o discurso prático geral, garantindo-lhe maior grau de aceitação (ALEXY, 2013). Porém, a correção das respostas busca pela institucionalização dos discursos, viabilizando discussões que não se prolonguem indefinidamente, bem como para a segurança jurídica a partir da estabilização de comportamentos pela previsão específica de regras, com possíveis sanções e com poder coercitivo (ALEXY, 2013).

Ademais, o papel das instituições para realização da justiça é crucial, à medida que permite que haja debates públicos acerca das proposições, por meio de mecanismos democráticos (SEN, 2009). A teoria procedimental do sistema jurídico,

para Alexy (2013), permite que haja uma maneira de validar o discurso prático a partir de uma série de regras que, devidamente seguidas, denotam a sua correção e justeza.

Assim, as normas que passam no teste procedimental são representativas do consenso social sobre as questões mais fracas, que possam ser universalizadas, e paradoxalmente mais fortes, pois podem ser consideradas racionais. Para que o discurso prático seja transformado em jurídico, os procedimentos devem seguir regras específicas (ALEXY, 2013).

Porém, quais seriam as regras procedimentais para o estabelecimento de uma ética do discurso? Como o procedimento legitima as regras como válidas, a argumentação do discurso deve seguir critérios específicos a serem seguidos e a conferirem a força necessária para o reconhecimento das normas (ALEXY, 2013). Portanto, destacam-se algumas regras para o discurso prático geral e para os argumentos dele deduzidos, separando-se em (i) regras fundamentais, (ii) regras da razão, (iii) regras do ônus da argumentação, (iv) formas de argumento, (v) regras de fundamentação e (vi) regras de transição (ALEXY, 2013).

Para que um discurso possa ser considerado como válido, há algumas regras básicas para o discurso, que são as regras fundamentais, que determinam que ninguém poderá se contradizer (ALEXY, 2013). Assim, as pessoas não podem defender concepções nas quais não acreditam, bem como as concepções defendidas devem ser aplicadas sempre com as mesmas definições, pois os sentidos diferentes implicam em viciar o procedimento por incongruência de sentidos (ALEXY, 2013).

Assim, as regras fundamentais decorrem da lógica, impedindo que haja incompatibilidade no discurso a partir dos argumentos apresentados; da necessidade de que o discurso seja empregado de maneira honesta pelos envolvidos, refletindo as crenças da pessoa de maneira fidedigna; bem como os conceitos empregados pelas partes devem ter os mesmos significados para que se consiga chegar a um denominador comum (ALEXY, 2013).

Quanto às regras da razão, os argumentos apresentados pelas pessoas em um discurso precisam ser fundamentáveis de maneira racional, havendo um substrato que embasa o fundamento apresentado (ALEXY, 2013). Assim, Alexy (2013) entende que todos devem justificar o que quer que defendam quando forem requisitados, salvo se puderem fundamentar razoavelmente uma recusa específica de fundamentação.

A despeito de ser natural o posicionamento de ideias de acordo com os interesses pessoais, a razão permite que os indivíduos aumentem seu campo de visão, conduzindo-lhes a maior imparcialidade, o que Sen (2009) chama *imparcialidade aberta*. Este conceito amplia as preocupações dos indivíduos para aceitarem suas responsabilidades com base na ética, indo além dos interesses individuais (SEN, 2009).

Os falantes deverão participar dos discursos, podendo problematizar as questões colocadas, fazer afirmações, expressar seu posicionamento e opinião livremente, vedando-se o impedimento de sua expressão por coação (ALEXY, 2013).

Ao passo que as regras da razão levam à problematização de proposições indefinidamente, as regras do ônus da argumentação têm o condão de limitar os argumentos, demonstrando a sua possibilidade de abstração e generalização, bem como impõe a necessidade de fundamentar desvios da regra geral:

(3.1) Quem quer tratar uma pessoa *A* de modo diferente de uma pessoa *B* está obrigado a fundamentar isso. (...). (3.2) Quem ataca um enunciado ou norma que não é objeto da discussão deve indicar uma razão para isso. (...). (3.3) Quem apresentou um argumento está obrigado, somente quando um contra-argumento for apresentado, a apresentar novos argumentos. (...). (3.4) Quem introduz no discurso uma afirmação ou um comentário sobre suas opiniões, desejos e necessidades, que não se relaciona, como argumento, a um comentário prévio, tem, quando solicitado, que fundamentar o que o levou a introduzir essa afirmação ou esse comentário. (ALEXY, 2013, p. 82-83)

Já as formas de argumento distinguem a maneira como são expostas proposições normativas do discurso prático geral, podendo ocorrer meio de fundamentação numa regra já pressuposta como válida ou pela indicação das

consequências que os comportamentos implicarão no estabelecimento das regras (ALEXY, 2013).

Entre esses dois tipos de fundamentação, existe um importante parentesco estrutural. Quem, em uma fundamentação, apoia-se em uma regra, pressupõe pelo menos que as condições de aplicação dessa regra foram cumpridas. Essas condições de aplicação podem tratar das qualidades de uma pessoa, de uma ação ou de um objeto, da existência de um determinado estado ou da ocorrência de um evento determinado. Isso significa que aquele que afirma uma regra pressupõe como verdadeira um enunciado (T) que descreve tais qualidades, estados ou ocorrências. Por outro lado, aquele que apresenta como razão para N uma afirmação sobre consequências pressupõe uma regra de conteúdo, que determina que alcançar essas consequências é comandado ou bom.” (ALEXY, 2013, p. 86-87)

As regras de fundamentação decorrem da universalidade das regras aceitas, que devem valer e ser cumpridas por todos, devido à fundamentação racional que restar apresentada no discurso (ALEXY, 2013). Assim, todas as pessoas devem potencialmente ter condições de aceitação dos efeitos das regras propostas por uma delas, de modo que o falante que propõe a afirmação deve hipoteticamente prever tal aceitação por todos (ALEXY, 2013).

Outrossim, as regras devem ser poder ser ensinadas para todos, devem poder resistir às críticas a partir de concepções morais no momento histórico e cultural da sociedade (ALEXY, 2013). Desta maneira, uma regra moral se torna ultrapassada quando não tem mais condições de justificação a partir do decurso do tempo, aumento da complexidade social e alteração das justificações que motivaram as regras quando de sua elaboração (ALEXY, 2013).

Por fim, as regras de transição permitem que do discurso prático geral se conduza a outros sistemas discursivos, especialmente quando a argumentação prática não for suficiente para encontrar soluções corretas para os casos concretos (ALEXY, 2013). Portanto, é necessário que se permita a todo falante que possa, a qualquer tempo, passar a um discurso teórico, linguístico-analítico ou teórico discursivo (ALEXY, 2013).

Não obstante as regras do discurso não levem a respostas definitivas e imutáveis, tendo em vista a complexidade social e alterações normativas de cada contexto histórico-cultural, elas permitem a obtenção de resultados com maior segurança (ALEXY, 2013). A maior segurança possível pode ser atingida se houver a institucionalização do discurso com a criação legislativa, o que, por sua vez, implica na exclusão de algumas identidades sociais em prol da segurança dos resultados (ALEXY, 2013).

A institucionalização do discurso para criação de um ordenamento jurídico torna-se altamente importante para a sociedade, tendo em vista a complexidade das interações que torna impraticável ingressar em um novo discurso a cada caso concreto a ser resolvido (ALEXY, 2013). Assim, a estabilização gerada a partir de um ordenamento jurídico é fulcral para o alcance dos objetivos almejados pelos indivíduos e coletividade, pois as regras e o discurso jurídicos são limitadores das possibilidades ilimitadas do discurso prático geral (ALEXY, 2013).

“A ideia do discurso é compatível não só com uma organização de discursos limitadora da liberdade dos participantes do discurso. Ela também não contradiz qualquer exercício de coação. Assim, não pode ser excluído que em um discurso se consiga um acordo sobre uma regra de convivência que estabelece certos limites para a persecução de interesses dos indivíduos, regra essa que porém não será observada por todos. Nessas circunstâncias ninguém pode prever a observância dessa regra. A coação com fim de cumprimento dessa regra já é necessária para que os discursos não permaneçam inobservados. Ante a condição da possibilidade de divergência sobre regras discursivamente fundamentadas a noção do discurso implica já a noção de ordenamento jurídico. Um ordenamento jurídico é necessário ainda a partir de uma série de outras razões. Assim, em vista da extensão da necessidade decisória em uma sociedade moderna não é possível decidir toda questão prática atacada com base em uma nova discussão a ser realizada. Devem ser criadas e mantidas regras para a decisão de casos. Regras jurídicas são desse modo uma grande contribuição para aliviar o discurso prático. Seja ainda acentuado que regras jurídicas possuem também a significativa função de assegurar faticamente a possibilidade de modo algum óbvia de conduzir discursos. O fato de as regras jurídicas poderem assegurar a possibilidade de se conduzirem discursos certamente não significa que elas não sejam acessíveis a uma justificação discursiva nem carentes de tal justificação. Sobre a possibilidade fundamentalmente existente de se institucionalizar discursos no sentido mencionado é possível talvez produzir-se um acordo. Prevalecem disputas sobretudo sobre o

âmbito no qual as questões práticas podem estar sujeitas à formulação discursiva de objetivos e sobre a medida de liberdade e de imediatismo dessa formulação de objetivos. A resposta a essas perguntas não depende por fim de quão otimista ou quão pessimista é a antropologia defendida explícita ou implicitamente por aquele que as responde. Assim, a questão poderia ser uma questão que não se pode decidir. Retirar daqui uma conclusão de que não se poderia fazer nada para a institucionalização do discurso e com isso da razão, e que não se poderia por exemplo formar conscientemente nas escolas a habilidade para a discussão prática racional, mereceria com razão o nome não tão bonito de 'falácia pessimista'." (ALEXY, 2013, p . 96/97)

Para Alexy (2013), a correção da regra depende dela resultar de um procedimento pré-determinado pelo discurso racional. Um dos problemas do discurso prático geral é que os argumentos considerados partem de pessoais reais com problemas reais a serem discutidos em busca de uma resposta correta, ao passo de no sistema jurídico, o discurso ocorre primeiramente em abstrato, buscando regras generalizáveis no decurso do tempo para as possíveis situações (ALEXY, 2013).

O método de Alexy (2013) compõe-se gradualmente de um argumento pragmático-transcendente, na máxima utilidade para cada indivíduo e no empirismo. Assim, os indivíduos precisam aceitar a existência de contradições dentro do sistema jurídico, de modo que a correção depende do processo, ampliando as possibilidades de regras contraditórias serem consideradas corretas e englobadas ao sistema jurídico (ALEXY, 2013).

Alexy (2013) aproxima o discurso moral do discurso prático geral, de modo que, diante de um problema prático, o indivíduo buscará encontrar sua solução ao questionar se será adequado, se está de acordo com o bem e, por fim, se reflete a justiça.

Resta a tentativa de harmonizar estas fases do discurso por meio de uma gradação, havendo prioridade do discurso moral sobre o ético, no sentido do justo sobre o bom, quando se fala de problemas básicos envolvendo direitos fundamentais (ALEXY, 2013). Porém, as concepções de justiça são variáveis e se modificam em diferentes comunidades, por diferente educação oferecida aos

indivíduos (ALEXY, 2013). Portanto, o discurso prático geral tem difícil papel de conciliar sistematicamente os discursos por meio da racionalidade (ALEXY, 2013).

Diante das diferenças que naturalmente orientarão o procedimento do discurso é que as normas e decisões tentam corrigir os desvios por meio de argumentos racionais, retirando quaisquer arbitrariedades ou subjetivismo. Não obstante Alexy (2013) não entenda ser possível que as decisões sejam completamente imunes às impressões pessoais dos magistrados, o procedimento para fundamentação deve ser feito de acordo com o ordenamento jurídico almejando a solução mais próxima possível do critério idealizado pelas normas.

As Constituições devem conter uma pretensão de correção, de modo a efetivar a justiça a despeito de falhas dos constituintes (ALEXY, 2013). A decisão precisa ter uma pretensão de correção para realização da justiça, de forma que não implique na realização de subjetivismos, mas sim que objetivamente seja realizada a justiça, da maneira mais objetiva possível, do contrário não se pode falar em um ordenamento jurídico (ALEXY, 2013).

A pretensão de correção presente nas argumentações jurídicas configura o caso especial (ALEXY, 2013). Assim, o que a separa da correção do discurso prático geral é que a correção do discurso jurídico tem que ser justificada pela razão, e não por impressões individuais subjetivas, enquanto a recíproca não é verdadeira (ALEXY, 2013).

As limitações que se colocam sobre o discurso jurídico são maiores que no discurso prático, isso porque num processo as partes são, em geral, representadas pelos seus advogados, e não pessoalmente, bem como há inúmeras regras processuais intermediando a relação discursiva de maneira artificial, diferente do que ocorreria no discurso prático geral (ALEXY, 2013).

Ademais, o discurso jurídico das partes envolvidas num processo é parcial e visa o bem pessoal acima do bem comum e da correção da decisão; ao invés de buscarem a solução que mais se aproxime da justiça, as partes pretendem ganhar, sem se preocuparem com a moralidade da sua eventual vitória (ALEXY, 2013).

Veja-se, entretanto, que esta busca pela sua própria vitória não exclui a intenção de correção do discurso jurídico, pois a argumentação de cada um dos litigantes é feita racionalmente, buscando convencer o magistrado por parâmetros objetivos, motivando uma discussão fundamentada que leve à melhor solução (ALEXY, 2013). Outrossim, o juízo deve avaliar a fundamentação de todos os litigantes e apresentar justificação imparcial e racional para que sua decisão possa ser tida como acertada, diminuindo as pretensões recursais, bem como as chances de reforma em sede recursal, além de serem aceitas pela sociedade, ratificando a credibilidade do Judiciário (ALEXY, 2013).

Por fim, resta a dificuldade da existência de inúmeras normas que podem ser consideradas injustas (ALEXY, 2013). Veja-se que a correção perpassa a necessidade de uma justificação certa da decisão por meio do ordenamento jurídico vigente e que este seja considerado válido quando for justo e racional (ALEXY, 2013). Ora, na eventualidade de uma decisão judicial acabar por precisar se justificar em uma lei de seja injusta não implica na justeza da lei, que se mantém com o mesmo *status* de validade, assim como a decisão será também válida, apesar da violação de valores morais (ALEXY, 2013).

Assim, a decisão estaria devidamente justificada a partir do ordenamento jurídico vigente, atendendo à pretensão de correção; porém, não atenderia ao segundo aspecto da pretensão de correção, que envolveria a utilização de justificativas justas e racionais, porque a lei que embasa a decisão seria irracional (ALEXY, 2013). Não obstante leis irracionais impliquem na diminuição da possibilidade de estabelecimento de um discurso jurídico, elas se tornam alvos da racionalidade que envolve este discurso para a constatação da sua irracionalidade e injustiça (ALEXY, 2013).

A pretensão de correção conecta, por conseguinte, o discurso jurídico com o discurso prático geral, caracterizando-se como um caso especial que liga o Direito e a moral; o discurso leva à necessidade de justificações razoáveis de decisões por argumentos universalizáveis e correção, o que imbuí no Direito valores morais generalizáveis, estreitando os laços entre Direito e moral (ALEXY, 2013).



Uma crítica realizada entre a conexão de Direito e moral exposta por Alexy, reside na questão de que o discurso jurídico levaria uma pretensão moral universalizável, a teoria do caso especial levaria à conclusão lógica de que haveria uma conexão entre todos os sistemas jurídicos de todos os Estados em todos os momentos históricos, à medida que a moralidade deveria ser a mesma em todos eles, com justificação num discurso ético.

Não obstante os sistemas jurídicos não compartilhem da mesma moralidade, esta não tem uma concepção única e imutável, pelo contrário, a moralidade só pode ser considerada correta quando ela se baseia numa concepção moral fundamentada, podendo a moralidade englobar diferentes morais, desde que razoáveis e generalizáveis (ALEXY, 2013). Ademais, a concepção moral é idealizada, funcionando como objetivo em abstrato almejado para solução dos casos concretos, de modo a orientar uma resposta mais correta possível, o que se aproxima do Direito, à medida que busca a fundamentação racional das decisões para busca melhor resposta, em termos de correção e justiça (ALEXY, 2013).

Surge, então, a indagação sobre de que maneira chegar à resposta correta. No discurso prático geral não se vê a possibilidade de encontrar uma solução correta para cada questão e de não haver imposição para que todos cumpram com o que restar estabelecido, o que dependeria da disposição pessoal de cada um; assim, o mecanismo do Direito consegue solucionar os entraves do discurso prático geral para encontrar uma solução correta e impor o seu cumprimento devido a sua coerção e adoção de sanções para aqueles que pretenderem descumprir as regras adotadas por meio do discurso jurídico e do processo judicial (ALEXY, 2013).

Diante da criação de normas pelo Estado é possível a estabilização de expectativas pela padronização de comportamentos esperados dos indivíduos (ALEXY, 2013). As normas, porém, não cobrem a complexidade das situações que surgem no cotidiano, tendo em vista que a linguagem jurídica precisa ser abstrata, logicamente deixando de prever todos os casos possíveis da vida real (ALEXY, 2013). A partir das normas previstas, o discurso jurídico restringe as respostas possíveis, que são somente aquelas racionalmente argumentadas; por fim, o processo judicial estreita as respostas a somente uma (ALEXY, 2013).

Assim, têm-se os quatro procedimentos para encontrar a resposta correta, passando pelo discurso prático geral, as leis criadas pelo Estado, a argumentação do discurso jurídico e o procedimento judicial (ALEXY, 2013). A institucionalização a partir da criação legislativa e do processo judicial é imprescindível para colocar fim a debates que se prolongariam indefinidamente com a exposição de argumentos sem uma decisão final concreta (ALEXY, 2013).

No caminho que se percorre do discurso prático geral à produção do direito pelo Estado, deve-se manter ativo o princípio discursivo no procedimento parlamentar de produção legislativa para que as regras jurídicas produzidas sejam legitimadas e aceitas pela sociedade (ALEXY, 2013). Por sua vez, a teoria discursiva leva à introdução dos direitos fundamentais na legislação, por se tratarem de proposições generalizáveis almejadas dos indivíduos consensualmente (ALEXY, 2013).

Ademais, o legislador precisa seguir a teoria do discurso e empregar fundamentos racionais na discussão que leva à produção legislativa, pois a sua produção de maneira subjetiva ou imposta possuirá aceitação dos indivíduos da sociedade e viola as regras da teoria do discurso, que devem considerar somente proposições que possam ser racionalmente fundamentadas e cuja conclusão seja possível a partir do procedimento propriamente dito (ALEXY, 2013).

Em virtude de suas vinculações, a insegurança de resultados do discurso jurídico é consideravelmente menor que a do discurso prático geral. A tese do caso especial implica porém que, apesar dessas vinculações, não se pode alcançar um ponto de segurança geral de resultados. Isso constitui uma razão essencial para a necessidade do quarto procedimento, o do processo judicial (Pg). O processo judicial é, assim como o procedimento legislativo, um procedimento institucionalizado. Suas regras são feitas de tal modo que depois da conclusão do procedimento há sempre somente uma possibilidade. Não só argumenta-se; além disso decide-se. A decisão não implica porém um abandono da razão. Tanto as regras do processo judicial quanto sua execução e seus resultados podem ser justificados e criticados racionalmente à luz dos três procedimentos prévios. (ALEXY, 2013, p. 124)

A passagem de uma fase para a outra deve atentar para o discurso e suas pretensões ideais, guiando o procedimento; porém, com as limitações necessárias para a correção da resposta final, com atenção à lei, aos precedentes e às verdades provisoriamente estabelecidas de acordo com o momento histórico (ALEXY, 2013).

O que se percebe, portanto, é a conexão entre o discurso prático geral e o discurso jurídico, em que o Direito institucionaliza a razão prática e se complementa por aquele quando as regras jurídicas específicas não são suficientes para encontrar a solução correta, levando à constatação de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral (ALEXY, 2013).

O discurso jurídico se distingue do discurso prático geral através de seus vínculos. Nele não se pergunta qual é a solução absolutamente mais racional, mas qual é a solução mais racional no sistema jurídico. Eu gostaria de renunciar aqui a analisar mais de perto o conceito de solução mais racional no sistema jurídico e simplesmente dizer que ela é aquela que pode ser fundamentada da melhor maneira possível considerando-se o vínculo com as normas jurídicas válidas, os precedentes e a dogmática elaborada pela ciência do direito. Esses três fatores vinculantes, a lei, os precedentes e a dogmática, na verdade estipulam muito, mas também deixam muitas coisas em aberto, o que constitui uma das várias explicações para o enorme número de questões jurídicas polêmicas. Nesses casos trata-se sempre, no final das contas, daquilo que é comandado, proibido ou permitido, ou seja, de questões práticas. Quando não se pode encontrar uma resposta para essas questões somente com a ajuda do instrumentário especificamente jurídico, resta somente o retorno ao discurso prático geral. Isso significa porém que o procedimento do discurso jurídico, se em seu caso se deve tratar de soluções racionais, deve ser definido através de dois sistemas de regras: por um lado através de regras específicas do discurso jurídico, que expressem a vinculação com a lei, com os precedentes e com a dogmática, e, por outro lado, através das regras do discurso prático que levem em consideração a pretensão de que os julgamentos jurídicos sejam fundamentáveis racionalmente no contexto do ordenamento jurídico. Isso constitui uma razão a favor da tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, caracterizado por determinadas vinculações. A fundamentação da vinculação à lei emerge da fundamentação da necessidade do segundo procedimento. Renunciar-se-á aqui à fundamentação da exigência de consideração do precedente e da dogmática. (ALEXY, 2013, p.123-124)

Assim, Alexy (2013) explica os motivos da teoria do caso especial, que coloca o discurso jurídico como um caso especial oriundo do discurso prático geral. Isso acontece porque o discurso jurídico trata de questões práticas que são permitidas ou proibidas e porque há a necessidade de correção em ambos dos discursos (ALEXY, 2013).

Entretanto, a pretensão de correção não é igual, pois no discurso prático geral a correção envolve encontrar a resposta correta em todos os âmbitos, enquanto no discurso jurídico a correção está restrita ao âmbito jurídico e às normas validadas dentro do sistema jurídico (ALEXY, 2013). Veja-se que a argumentação jurídica está, por conseguinte, atrelada ao que dispõem as leis e os precedentes, sendo limitada a estes elementos e devendo concordar com o todo do sistema (ALEXY, 2013).

A tese do caso especial transita entre o real e o ideal, buscando um meio termo que seja a melhor solução possível, para que não implique na prevalência do legalismo exacerbado, bem como também não leve à sobreposição dos princípios nas decisões em detrimento da legislação (ALEXY, 2013).

O discurso jurídico não pode, entretanto, triunfar sem a utilização de argumentos práticos generalizáveis, que intervirão no discurso por meio de três teorias diferentes, a depender da situação em concreto, quais sejam: subordinação, suplementação e integração (ALEXY, 2013). A partir da subordinação, em situações onde não for possível obter uma resposta correta deduzida diretamente da legislação, o discurso jurídico se confunde com o discurso prático geral aplicado à decisão judicial (ALEXY, 2013).

Por sua vez, de acordo com a teoria da suplementação, os fundamentos jurídicos conduzem a um caminho incompleto, necessitando de outros argumentos para busca da resposta correta, o que ocorre por meio da utilização do discurso prático geral (ALEXY, 2013). Por fim, na teoria da integração, que é teoria sugerida por Alexy (2013), os argumentos de ambas as dimensões dos discursos devem harmonizados de todas as maneiras para a aplicação conjunta, mas os argumentos

práticos só devem ser utilizados no discurso jurídico em condições especiais delimitadas pelos elementos institucionalizados das leis e do procedimento judicial.

A integração permite que a argumentação prática generalizável complemente as lacunas que o discurso jurídico por si só não é capaz de solucionar, quando as normas, sejam construídas por normas, sejam por princípios, não são suficientes para encontrar a resposta correta; mas também durante toda a argumentação, e não somente nas hipóteses em que o sistema jurídico não puder conduzir a uma resposta (ALEXY, 2013).

Sen (2009) reconhece que o uso do discurso facilita que se consiga alcançar a justiça por meio de argumentos racionais; porém, tais argumentos são variáveis a depender das peculiaridades das diferentes ideias de justiça. Importante, portanto, destacar a falibilidade das interpretações da legislação, o que leva à mudança dos argumentos no decurso do tempo, como reflexo das transformações sociais e valores morais (ALEXY, 2013). Por conseguinte, podem ser encontradas diferentes respostas corretas em diferentes situações, devido à provisoriedade das interpretações pelo dinamismo do Direito (ALEXY, 2013). Porém, o dinamismo pode levar à incerteza jurídica, gerando segurança indesejável no sistema jurídico, justificando a sua estabilização a partir de limites, destacando-se a dogmática jurídica (ALEXY, 2013).

A dogmática jurídica fixa alguns pontos chave para que o discurso argumentativo seja iniciado a partir deles, e não do início, facilitando e otimizando as discussões; ao mesmo tempo em que as proposições da dogmática jurídica levam a presunções de veracidade, elas não são imutáveis, podendo ser refutadas por fundamentação forte que leve à ruptura e estabelecimento de nova proposição em seu lugar (ALEXY, 2013). Isso porque a racionalidade não conduz à certeza, mas sim à maior aproximação possível dela, tendo em vista as possibilidades no momento do discurso (ALEXY, 2013).

Portanto, a teoria do caso especial demonstra que o Direito não pode se fechar para outras matérias, devendo harmonizar-se com estas para realizar concretamente a justiça na sua melhor forma sem se esquecer da perspectiva moral

(ALEXY, 2013). Tendo em vista que o processo legislativo deve observar o princípio do discurso por meio de argumentações dotadas de razão, também a argumentação jurídica precisa estar de acordo com esta (ALEXY, 2013).

O discurso prático geral envolve fundamentos morais, éticos e pragmáticos, os quais devem se coordenar para permitirem o alcance de uma solução correta, a qual muitas vezes sequer se consegue encontrar, tendo em vista a complexidade dos problemas práticos (ALEXY, 2013). Não necessariamente aquilo que é bom para todos, sendo considerado justo, é suficiente para alcançar uma solução prática, sendo importante uma avaliação ética acerca de quais valores são mais convenientes de acordo com o caso concreto.

O discurso prático geral deve obedecer a critérios de conveniência, pois os problemas práticos que surgem necessitam de uma consideração teleológica, verificando-se a congruência dos meios e fins, assim como os objetivos almejados a partir de uma resposta (ALEXY, 2013). Nem sempre a justiça e a conveniência conseguem decidir sobre questões práticas, de modo que se torna imprescindível a observância da ética para atribuição racional de diferentes pesos para questões que estejam em conflito (ALEXY, 2013).

Em geral, o que é bom prevalece sobre o conveniente, pois mesmo a conveniência é avaliada por meio de valores que implicarão em um fim atraente e desejado (ALEXY, 2013). Por sua vez, entre o bom e o justo há maior dificuldade em estabelecer a precedência; enquanto o bom pode ser individual ou geral, o justo é o bom para todos, representando a moral universal (ALEXY, 2013). Há a prevalência do justo quando a moral é indispensável para todos os seres humanos, mas não quando alguns indivíduos têm necessidades diferentes dos demais (ALEXY, 2013).

Porém, a distinção entre cada elemento não é claramente definida, suscitando dúvida quanto à prevalência nas questões práticas (ALEXY, 2013). De toda maneira, o justo sempre depende do bom, seja universal, seja relativo, e as concepções de justiça dependem da concepção do que é bom de acordo com a tradição sociocultural (ALEXY, 2013). Portanto, o discurso jurídico é tido como caso

especial do discurso prático geral, já que a resposta justa depende de uma avaliação de argumentos práticos sobre o que é bom (ALEXY, 2013).

Por meio da utilização do discurso, realiza-se a imparcialidade aberta, que Sen (2009) conceitua como instrumento para discussão aberta a todos os argumentos sérios que permitem a tomada de decisões imparciais oriundas. Assim, a obtenção da melhor resposta a partir da imparcialidade aberta leva à necessidade de consideração de todos os tipos de argumentos seriamente expostos no debate, com ênfase inclusive numa perspectiva ética (SEN, 2009).

A despeito de ser natural o posicionamento de ideias de acordo com os interesses pessoais, a razão permite que os indivíduos aumentem seu campo de visão, conduzindo-lhes a maior imparcialidade, o que Sen (2009) chama *imparcialidade aberta*. Este conceito amplia as preocupações dos indivíduos para aceitarem suas responsabilidades com base na ética, indo além dos interesses individuais (SEN, 2009).

Reside aí a teoria de Sen (2009) sobre a alteração do foco da economia no mundo moderno, pois a preferência pela promoção do autointeresse não leva ao melhor uso da razão, assim como a cooperação entre indivíduos em virtude da maximização dos interesses pessoais não é o cerne para o desenvolvimento econômico. O desenvolvimento econômico, portanto, não pode ser atingido a partir da simples soma de elementos estanques, mas sim pela articulação de uma pluralidade de elementos que permeiam uma escolha ética racional (SEN, 2009).

A teoria econômica tradicional almeja uma vida boa para os indivíduos, o que define como sendo a vida com *renda, riqueza e recursos* (SEN, 2009). Por sua vez, Sen (2009) conecta a vida boa à necessidade de realização da justiça, pois o bem pessoal dos indivíduos depende da sua possibilidade de agir com autonomia e liberdade. Para torna o agir autônomo possível, parte-se de um sistema jurídico construído a partir do discurso racional, que limita as pessoas até onde as liberdades contrastam com as dos demais, permitindo assim que haja a própria liberdade (SEN, 2009).

É por meio da garantia de liberdade dos indivíduos que as pessoas podem perseguir uma multiplicidade de objetivos, e não somente um padrão mensurável de comportamento, mas devem fazê-lo por meio da argumentação racional pública numa perspectiva de moralidade e justiça (SEN, 2009). Os direitos fundamentais têm posição de grande importância, pois são aquelas proposições que, mesmo após o diálogo com argumentos de uma pluralidade de posições, constituem um núcleo comum universal que se consegue enxergar a partir da imparcialidade aberta (SEN, 2009).

A economia deve observar os valores morais que levam às proposições consistentes nos direitos fundamentais, para permitir que os homens tenham garantia de suas liberdades universalmente, reforçando a relação com a justiça social (SEN, 2009). A maior parte das teorias econômicas distingue os objetivos de desenvolvimento e de melhoria do bem-estar social, inclusive enxergando a democracia como inimiga do desenvolvimento (SEN, 2009).

A maioria dos defensores da democracia foi bastante reticente em sugerir que a democracia promoveria o desenvolvimento e a melhoria do bem-estar social, tendendo a vê-los como objetivos bons, mas claramente distintos e em grande parte independentes. Os detratores da democracia, por outro lado, pareciam bastante dispostos a expressar seu diagnóstico do que viam como graves tensões entre a democracia e o desenvolvimento. Os teóricos da disjunção prática ‘Decida-se: você quer a democracia ou, ao contrário, o desenvolvimento?’ vinham com frequência, pelo menos no começo, de países do Leste asiático, e sua voz cresceu em influência enquanto vários desses países eram muito bem-sucedidos – nos anos 1970 e 1980, e posteriormente também – na promoção do crescimento econômico sem buscar a democracia. A observação de alguns desses exemplos levou rapidamente a uma espécie de teoria geral: na promoção do desenvolvimento, as democracias são muito ruins, em comparação com o que os regimes autoritários podem conseguir. Coreia do Sul, Cingapura, Taiwan e Hong Kong não conseguiram surpreendentemente alcançar um rápido progresso econômico sem cumprir, pelo menos no começo, os requisitos básicos do governo democrático? E, após as reformas econômicas em 1979, a China autoritária não se saiu muito melhor, com relação ao crescimento econômico, do que a Índia democrática? (SEN, 2009, p. 284)



Para Sen (2009), é preciso enxergar o desenvolvimento de maneira mais ampla, não importando para a sua avaliação somente números, como o aumento do Produto Interno Bruto ou do grau de industrialização:

A avaliação do desenvolvimento não pode ser dissociada da vida que as pessoas podem levar e da verdadeira liberdade de que desfrutam. O desenvolvimento dificilmente pode ser visto apenas com relação ao melhoramento de objetos inanimados de conveniência, como um aumento do PIB (ou da renda pessoal) ou a industrialização – apesar da importância que possam ter como meios para fins reais. Seu valor precisa depender do impacto que eles têm nas vidas e liberdades das pessoas envolvidas, que necessita ser central para a ideia de desenvolvimento. (SEN, 2009, p. 284)

Surge, então, a necessidade de conectar as ideias de desenvolvimento e democracia, pois os graus de liberdade das pessoas e de direitos democráticos devem também ser contabilizados para auferir o nível de desenvolvimento social da sociedade (SEN, 2009). A pobreza econômica também é um elemento importante, pois indica que a situação da média da população para adquirir bens necessários à sobrevivência e à vida digna (SEN, 2009).

Assim, não se pode olvidar uma perspectiva da justiça social distributiva, para prover àqueles na linha de pobreza alimentos, saúde, escolas e serviços que impliquem na melhoria da qualidade de vida da população (SEN, 2009). A utilização da receita pública para um desenvolvimento com maior equidade deve ser almejada como objetivos do Estado (SEN, 2009).

A avaliação do crescimento econômico exclusivamente pelas linhas de crescimento dos Produtos Nacional e Interno Brutos por pessoa é importante para se obter um rápido panorama entre o crescimento e a diminuição da pobreza (SEN, 2009). O aumento da renda tende a aumentar a receita pública para investimentos sociais em educação, saúde e variados serviços públicos que beneficiem diretamente a população (SEN, 2009).

Assim, Sen (2009) aponta que o crescimento econômico da Índia e aumento da receita do País, permitiu maiores possibilidades de para que o governo investisse internamente na redução das desigualdades sociais. O problema está na utilização real que os governos realizam com o aumento da receita, pois muitas vezes o

destino dado a esta não é feito com vias de aumentar a qualidade de vida da população, mas sim para outros interesses dos que estão no poder, motivo pelo qual não se pode presumir logicamente o desenvolvimento de uma sociedade com base no bem-estar somente pela avaliação do aumento da receita pública (SEN, 2009).

Veja-se que a liberdade dos indivíduos envolve sua autonomia para tomar decisões motivada pelo pensamento racional, sem que os instintos naturais prevaleçam sobre os homens, o que só se configura possível quando estes possuem condições mínimas para uma vida digna. Portanto, a melhoria da situação econômica e da qualidade de vida dos indivíduos de maneira mais equitativa leva-os à saída do estado primitivista, contribuindo para o desenvolvimento da sociedade (SEN, 2009).

O tão ostentado ceticismo sobre a compatibilidade entre democracia e rápido crescimento econômico estava baseado em algumas comparações entre países, centrando-se particularmente nas economias em rápido crescimento do Leste asiático, por um lado, e na Índia, por outro, com sua longa história de modesto crescimento do PIB de 3% ao ano. No entanto, comparações internacionais mais completas, para o que importam (e não podem valer menos do que a prática prevalente de basear uma grande conclusão em alguns contrastes seletos entre países), não apresentaram nenhuma sustentação empírica para a crença de que democracia é inimiga do crescimento econômico. E, se a Índia costumava ser citada como prova viva de que os países democráticos estão destinados a crescer muito mais lentamente do que os autoritários, agora que seu crescimento econômico acelerou notavelmente (isso começou na década de 1980, mas foi firmemente consolidado com as reformas econômicas dos anos 1990 e tem continuado desde então a um ritmo rápido) torna-se difícil usar a Índia como o exemplo por excelência da lentidão do progresso econômico sob um governo democrático. No entanto, a Índia hoje não é menos democrática do que era na década de 1960 ou 1970. Na verdade, existem evidências esmagadoras de que o crescimento é estimulado pelo respaldo de um clima econômico amistoso e não pela hostilidade de um sistema político implacável. (SEN, 2009, p. 285-286)

Para que um Estado promova a justiça social, Sen (2009) aponta a necessidade de uma democracia que promova o debate público por meio de discursos, de modo que as pessoas podem argumentar racionalmente pela necessidade de mudança de suas condições para melhor.

Neste sentido, os problemas de igualdade nas sociedades e de mudanças que coadunem com a complexidade social é reflexo de um processo de discurso deficitário, pois as pressões sociais com fundamentos racionais é que têm o condão de alterar as soluções tomadas pelo governo para que se aproximem da maior correção possível, o que também depende dos indivíduos terem o maior grau de liberdade para que possam manifestar seus argumentos (SEN, 2009).

Assim, Sen vê a necessidade de que haja engajamento político dos cidadãos:

A liberdade democrática pode certamente ser usada para promover a justiça social e favorecer uma política melhor e mais justa. O processo, entretanto, não é automático e exige um ativismo por parte dos cidadãos politicamente engajados. Embora as lições das experiências empíricas estudadas aqui venham sobretudo da Ásia, especificamente da Índia e da China, lições semelhantes podem ser tiradas para outras regiões, incluindo os Estados Unidos e países europeus. (SEN, 2009, p. 288)

A democracia, para se realizar validamente, precisa de mais que sua mera institucionalização, pois a argumentação racional é imprescindível para gerar mudanças, especialmente para realização dos direitos das minorias, reforçando a busca pela justiça concreta (SEN, 2009).

Se a utilização de valores morais para realização de justiça nas sociedades pode influenciar no desenvolvimento econômico é uma pergunta feita por Sen (2009), ao que responde que a economia deve procurar mais que renda e riquezas, pois a felicidade dos homens com a garantia de uma vida digna leva ao crescimento sustentável da sociedade com resultados concretos a serem sentidos a médio e longo prazo pela economia e desenvolvimento do Estado (SEN, 2009).

#### **4 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 627.189/SP**

Houve o ajuizamento de duas ações civis públicas, as quais tramitaram perante a 20ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP sob os números 583.00.2001.019177-9 e 583.00.2001.019178-0, pela Sociedade de Amigos do Bairro City Boaçava e pela Sociedade Amigos do Alto de Pinheiros em face da Eletropaulo Metropolitana Eletricidade de São Paulo/SP. Para análise do que se passou no referido caso, faz-se necessário percorrer os autos do processo para angariar informações acerca do caso, que se elucida abaixo.

Em primeira instância, a Eletropaulo foi condenada a reduzir o campo eletromagnético de linhas de transmissão de energia elétrica, vedando-se o aumento do referido campo, sob pena de multa, bem como a abstenção da instalação de novas linhas que aumentem o campo eletromagnético que restou permitido em sentença.

Ademais, deveria a Eletropaulo custear engenheiro da Universidade de São Paulo para apresentação de relatório mensal das medições do campo eletromagnético gerado pelas linhas de distribuição e transmissão atuais e futuramente instaladas.

Portanto, constatou-se a prevalência do direito ao meio ambiente sadio para garantir a qualidade de vida da população local, face a direito à distribuição de energia elétrica. Ora, a busca pela qualidade de vida implica na necessidade de preservação do meio ambiente para que permita aos cidadãos a efetivação de seu bem-estar, com igualdade de condições dos demais cidadãos para Machado (2013), sendo que o restante da sociedade não está sujeito aos campos eletromagnéticos diretamente, o que lhes confere melhor qualidade de vida que deve também ser garantida para os habitantes locais.

A Eletropaulo interpôs apelação aduzindo a impossibilidade de utilização de Ação Civil Pública para suprimento de omissão legislativa, de uso de lei estrangeira para reger situações que se passam no Brasil para colmatação por analogia, bem

como a nulidade da sentença, litisconsórcio passivo necessário e decisão *extra petita*.

Aduziu também a inexistência de lei que imponha a obrigação à qual foi condenada a Eletropaulo, inexistência de escorço probatório suficiente para consubstanciar a sentença de procedência, adoção do princípio da precaução sem observância à economicidade, falta de viabilidade das soluções sugeridas, impossibilidade de cumprimento da condenação dentro do lapso temporal estipulado, necessidade de reversão de multa a fundo de defesa de direitos difusos, além da impossibilidade de condenação no custeio de relatórios mensais pela USP para medição do campo eletromagnético.

Enquanto a economia tradicional busca o crescimento de riquezas, essa maneira de desenvolvimento não é sustentável se levada em consideração numa perspectiva de durabilidade (SEN, 2009). Assim os argumentos de economicidade puramente pelos gastos de menores valores não resistem à argumentação racional em que se inclui uma perspectiva ética aos comportamentos considerados corretos.

Não obstante os indivíduos sejam livres para buscar a realização de diferentes objetivos, a sua realização deve ser previamente testada por meio do debate e utilização racional de argumentos sérios com base na moralidade e na justiça (SEN, 2009). Assim, também os interesses econômicos devem observar valores morais e objetivar a qualidade de vida das pessoas exatamente para que não reste impedido o crescimento da sociedade por um problema de legitimidade democrática (SEN, 2009).

No julgamento da Apelação, esclareceu-se a impossibilidade de ajuizamento de ação civil pública para aplicação quando houver omissão legislativa e da aplicação de legislação estrangeira para julgamento do caso em tela. Enunciou-se o art. 225, da Constituição Federal como suficiente para invocar o princípio da precaução, com garantia da sadia qualidade de vida em ambiente ecologicamente equilibrado. Ademais, afirmaram que a adoção do campo eletromagnético em um micro tesla seria tão somente de ordem técnica e não haveria adoção de legislação estrangeira para aceitação de tal padrão no presente caso.

O acórdão baseou-se também na inexistência de sentença *extra petita*, pois o Juízo *a quo* teria utilizado seu poder geral de cautela ao determinar a redução do nível de radiação do campo eletromagnético para níveis aceitáveis à saúde humana e sem interrupção na distribuição de energia ao Município.

No que tange ao mérito, os fundamentos do acórdão merecem ser por ora destacados: “Tudo, neste autos, milita contra os interesses da apelante. Lembrem Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux e Fernando Netto Boiteux, em sua elucidativa obra ‘Poluição Eletromagnética e Meio Ambiente – O Princípio da Precaução’, ser muito problemática a questão: ‘O estado atual de ciência revela controvérsia sobre os efeitos da radiação eletromagnética de baixa frequência, mas já permite afirmar que a possibilidade de ocorrência de danos não é meramente hipotética. O dano à saúde já deixou de ser considerado um evento aleatório, passando a ser examinado como um risco para a população’. Risco maior do que a mera e longínqua potencialidade de dano. Pois tanto os estudos ofertados pelas autoras como os laudos produzidos pelos peritos judiciais atestam o perigo iminente a ameaçar vasta parcela da população paulistana.

Na constatação dos juristas especializados, ‘a exposição de pessoas a campos eletromagnéticos de frequências extremamente baixas provém, na sua maior parte, da geração, transmissão e utilização de energia elétrica. Isso ocorre porque a energia elétrica é distribuída a partir de estações geradoras até os núcleos urbanos mediante linhas de transmissão de alta voltagem. Para ligá-las às linhas de distribuição das residências, a voltagem precisa ser reduzida, o que é feito através de transformadores, localizados nas Estações de Transformação e Distribuição (ETDs)’. Há danos conhecidos e reconhecidos e há danos sobre os quais há controvérsia. Mas, se não há unanimidade em relação a isso, a mera potencialidade justifica incidência do princípio da precaução. E o resultado dos laudos legitima essa conclusão judicial.

(...).

Os estudos são contundentes. Ainda que não se tenha demonstrado o mecanismo relacional entre a ocorrência do câncer em seres humanos e o campo eletromagnético, sabe-se que inofensivo este não é.

(...).

Cabe àquele que pratica a atividade de risco comprovar a inocuidade dos procedimentos ao meio ambiente, além de indicar que tomou medidas de precaução específicas. E desde que do ônus probatório, cuja inversão foi determinada pelo saneador, não se desincumbiu a ré, outro não poderia ser o teor da sentença.

A documentação produzida pela ELETROPAULO, bem como o parecer de seu assistente técnico, tão-somente demonstraram a inegável controvérsia na comunidade científica. Não afastaram a existência de risco dos campos eletromagnéticos para a saúde das pessoas.

O princípio da precaução é corolário da diretiva constitucional que impõe a preservação do meio ambiente, que por sua vez está indissociavelmente ligada à proteção da vida. Como pontua o relatório do 5º Programa da Comunidade Européia de política e ação em matéria de ambiente e desenvolvimento sustentável, que ora se reitera de forma expressa: 'não podemos dar-nos ao luxo de esperar... E estarmos errados!'

(...).

Frise-se: o que está em jogo é a própria vida humana. Os estudos colacionados aos autos demonstram que a radiação não-ionizante decorrente das linhas de transmissão de energia elétrica está ligada direta ou indiretamente à incidência de algumas doenças, principalmente o câncer. A obrigação da apelante decorre diretamente dos arts. 5º e 225 ambos da Constituição Federal, pelo que não há se falar em afronta ao princípio da legalidade.

Diante desse quadro, despiciendo o argumento de que a ré obteve dispensa do estudo de impacto ambiental da obra embargada. Competente ou não para concessão do licenciamento, a Secretaria Municipal do Meio Ambiente do Município fundamentou a dispensa em parecer elaborado por engenheiro; profissional, à toda evidência, sem a habilitação necessária para a emissão de considerações sobre saúde humana. Inservível o parecer técnico, inócua a dispensa para os fins tratados nestes autos.

E pretender a ré equiparar a radiação gerada pelo sistema de transmissão à radiação gerada por eletrodomésticos é argumentar de forma reducionista e mesmo pueril. A utilização de utensílios é voluntária e não submete as pessoas a efeitos permanentes.

Assim sendo, o acórdão concluiu pela correção da sentença no que tange à necessidade de redução do campo eletromagnético de distribuição e transmissão, tendo em vista o princípio da precaução e necessidade de garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da sadia qualidade de vida. Tão somente foi dado parcial provimento à apelação para alteração do prazo de cumprimento da decisão de redução do campo e da destinação da multa ao fundo de defesa de direitos difusos, e não aos autores.

Restou vencido o Exmo. Sr. Desembargador Antonio Celso Aguilar Cortez, que votou pelo provimento da apelação para julgamento de improcedência das ações civis públicas<sup>7</sup>, uma vez que há laudos que atestam a existência de risco

---

<sup>7</sup> As provas produzidas mostram que a linha existia há setenta anos, mas as obras novas de aumento da capacidade alarmaram a vizinhança e os interesses aqui defendidos pela autora não são individuais. Quanto ao efetivo risco para a saúde, as divergências entre as partes não autorizam substituir a precaução da Administração Pública pela do Poder Judiciário. Não há dúvida quanto a ser a saúde direito fundamental e bem mais importante, sobre o qual não pode prevalecer o interesse financeiro, porém não há prova cabal de nexos com doenças tumorais e em trabalhadores ou câncer infantil.

somente potencial, que as linhas de energia existem há mais de 70 (setenta) anos e que as obras novas alarmaram as associações autoras, que a divergência quanto à existência de risco à saúde impediria a utilização do princípio da precaução, devendo prevalecer o interesse econômico pela falta de prova da implicação cancerígena.

A Eletropaulo opôs Embargos de Declaração do acórdão que julgou a apelação, tendo em vista a omissão quanto ao princípio 15 da Declaração do Rio 92, que determina que, com o objetivo de proteger o meio ambiente, os Estados levem em consideração o princípio da precaução de acordo com as diferentes capacidades de cada Estado. Porém, o mesmo princípio dispõe que a falta de certeza absoluta quanto a consequências de danos graves e irreversíveis não devem servir para postergar a tomada de medidas para evitar a degradação ambiental.

Entretanto, continuou a Eletropaulo argumentado que deveria ter sido levado em consideração que o princípio da precaução deve ser observado pelos Estados de acordo com as suas capacidades. Assim, não seria possível observar os níveis de campo eletromagnético sugeridos em outros Países, o que não condiz com a realidade brasileira.

Afirmou que não haveria justificção alguma para adotar o padrão suíço de um micro tesla, pois há grande divergência na situação da Suíça e do Brasil, o qual possui vasto território e está ainda em desenvolvimento, precisando priorizar a distribuição de energia elétrica para a maior quantidade possível de pessoas. Assim, são diferentes os níveis que devem ser adotados em cada País, a depender de seus contextos socioeconômicos.

Ademais, atestam que a Eletropaulo teve licenciamento permitido conforme Resolução do CONAMA 237/97, o que não é inservível para o fim dos autos. A despeito do acórdão aduzir que o parecer fora elaborado por engenheiro sem a devida habilitação para considerações sobre a saúde humana, a Eletropaulo afirma que o Juízo de segunda instância incorreu em erro de fato, pois os estudos técnicos submetidos teriam sido elaborados tanto por engenheiro como por profissional da



área de saúde. Por fim, a assessoria jurídica teria opinado pela concessão da licença por atendimento aos pressupostos necessários apontados pelo CONAMA.

Por sua vez, quanto à obrigação de custeamento dos relatórios mensais para aferição do campo eletromagnético e sua redução, a Eletropaulo fundamentou nos Embargos de Declaração que não houve menção de qualquer lei que respaldasse a obrigação estabelecida na sentença, devendo ser sanada tal omissão. Entretanto, restaram rejeitados os Embargos de Declaração pela Colenda Câmara Especial do Meio Ambiente do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Diante do cenário exposto, a Eletropaulo interpôs Recurso Extraordinário afirmando pela existência de repercussão geral, à medida que: (i) economicamente, está em jogo serviço público fundamental de distribuição de energia elétrica em contrapartida de obra que desequilibra o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão; (ii) socialmente, quanto aos efeitos nocivos à saúde de parte da população paulista; (iii) juridicamente, quanto à aplicação do princípio da precaução ambiental e consequências no preço da energia elétrica no País.

Apontou-se a violação ao princípio da precaução, especificamente no que tange aos arts. 5º e 225, da Constituição Federal. Aduziu a Eletropaulo a necessidade de observância do princípio da precaução para novas tecnologias, o que não seria aplicável *in casu*, tendo em vista que a tecnologia fora implementada 70 (setenta) anos atrás e cujos riscos já teriam sido mensurados pelos órgãos competentes. Atestou que somente haveria motivo justificável para aplicação do princípio da precaução caso houvessem sido comprovados danos em provas contundentes, tendo em vista que o pedido de redução do campo eletromagnético foi realizado em momento posterior à implementação da atividade.

Da maneira que restou definido em sentença confirmada por acórdão que somente deu parcial provimento à Apelação da Eletropaulo, não foi levada em consideração a necessidade de promover o progresso humano sem prejudicar a prestação de serviço público essencial, qual seja a energia elétrica. Afirma que a adoção de padrão de muito inferior aos patamares de segurança pela Suíça não

implica de forma alguma na necessidade de adoção de padrões similares pelo Brasil, tendo em vista a divergência na realidade econômico-social de ambos.

Atestou a Eletropaulo que a decisão que foi recorrida levaria à conclusão de que a precaução da Administração seria menos importante, devendo prevalecer a precaução conforme entendido pelo Judiciário. Ademais, afirma que esta situação seria uma invasão da dimensão administrativa sem que tivesse havido qualquer irregularidade ou ilegalidade que justificasse a revisão da dispensa de licenciamento ambiental que restou permitida por ato administrativo do órgão municipal.

Pugna que o princípio da precaução não seja utilizado de forma irrazoável, devendo ser mantida a decisão do poder público competente que permitiu a dispensa do licenciamento ambiental após os estudos realizados, de forma que o excesso de precaução não paralise o progresso do País.

Além disso, a Eletropaulo destacou no Recurso Extraordinário a falta de observância ao princípio da legalidade quando do julgamento por sentença e apelação, pois aduz que esta se pauta em lei estrangeira para chegar ao índice limite de um micro tesla de campo eletromagnético contido em lei suíça, mas nunca contido em legislação brasileira. O Recurso Extraordinário foi inadmitido por inexistência de permissivo constitucional para seu recebimento, bem como menção a ofensa tão somente reflexo do texto constitucional.

Houve interposição de Agravo pugnando pela admissão do Recurso Extraordinário repisando os fundamentos de enquadramento da situação como questão de repercussão geral, bem como existência de afronta direta aos arts. 5º e 225 da Constituição Federal, tendo em vista entendimento de que a aplicação dos princípios da legalidade e da precaução levariam a outra conclusão lógica, qual seja o julgamento de improcedência das Ações Civas Públicas contra a Eletropaulo.

As Autoras apresentaram contraminuta na qual alegaram a existência de suposta violação unicamente infraconstitucional, tendo em vista que a Eletropaulo pugna pela adoção de orientações contidas na Lei nº 11.934/2009 e na dispensa do licenciamento ambiental por decisão do poder público.

O Agravo foi distribuído no Egrégio Supremo Tribunal Federal sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli, o qual fundamentou que a matéria em discussão não fora ainda objeto de análise perante a Corte, o que justificaria a importância de uma análise mais detida do caso, de modo a dar provimento ao Agravo para convertê-lo em Recurso Extraordinário.

Opinou, seguidamente, pela existência de repercussão geral, conforme se confere:

No apelo extremo, a recorrente sustenta haver repercussão geral da matéria versada no feito, dada a importante discussão que se trava entre a delimitação de dois relevantes interesses jurídicos contrapostos, a saber: a necessidade de distribuição de energia elétrica ao mercado consumidor e a preservação da saúde daqueles que residem em locais próximos às linhas pelas quais se efetua essa transmissão.

Assevera que a decisão recorrida implicou violação do comando constitucional dos princípios da legalidade e da precaução (arts. 5º, caput e inciso II, e 225 da Constituição Federal), ao exigir que a recorrente se submeta a padrões alienígenas de segurança, a despeito de não existir norma legal pátria que assim disponha.

A matéria suscitada no recurso extraordinário acerca da efetiva aplicação do princípio da precaução a hipóteses como essa ora em discussão, bem como sobre a possibilidade de que determinadas concessionárias de serviços públicos sejam obrigadas a adotar padrões internacionais de segurança, é de índole eminentemente constitucional, pois diz respeito à correta aplicação, em tais casos, do princípio da legalidade.

A questão posta apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo relevante para todas as concessionárias que se dedicam à prestação do mesmo serviço público de que aqui se trata (distribuição de energia elétrica), que podem deparar-se, tal como a recorrente, com demandas pela redução do campo eletromagnético de suas linhas de transmissão.

Por essa razão, a discussão que se trava neste feito tem o potencial de repetir-se em inúmeros processos, sendo certo que, em cada um desses, estarão em pauta os interesses de milhares de consumidores do serviço em questão, bem como os dos inúmeros moradores das áreas próximas às linhas de transmissão.

Manifesto-me, portanto, pela existência de repercussão geral da matéria.

Diante do acompanhamento do entendimento pela existência de repercussão geral, o Ministro Relator convocou a realização de audiência pública para tratar das linhas de transmissão de energia elétrica e as consequências da

radiação eletromagnética para a saúde e seus efeitos na redução do campo eletromagnético sobre o fornecimento de energia.

Para convocar tal audiência, fundamenta o Ministro Dias Toffoli que: A questão posta apresenta relevância jurídica e social e envolve valiosos interesses jurídicos, como o da imprescindibilidade do serviço público de distribuição de energia elétrica e o da preservação do meio ambiente e da saúde pública, especialmente daqueles que residem em locais próximos às linhas pelas quais se efetua essa transmissão.

Por sua vez, o debate reclama análise que ultrapassa os limites do estritamente jurídico, porquanto demanda abordagem técnica e estritamente jurídico, porquanto demanda abordagem técnica e interdisciplinar acerca da controvérsia, em seus variados aspectos, o que implica discutir, entre outras coisas: i) quais são os efeitos da radiação eletromagnética de baixa frequência sobre o meio ambiente e a saúde pública; ii) que investimentos e tecnologias são necessários para se reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão; e iii) quais são as repercussões práticas e econômicas de uma tal redução sobre o fornecimento de energia elétrica.

No recurso são questionados, também, aspectos do arcabouço legal, notadamente o marco regulatório aplicável à distribuição de energia elétrica, a adoção de padrões internacionais de segurança e a aplicação do princípio da precaução a hipóteses como esta.

A realização da audiência pública propõe-se à oitiva de especialistas, entidades reguladoras e representantes da sociedade civil, visando obter informações técnicas e fáticas acerca da questão debatida, de modo a subsidiar a Corte com o conhecimento especializado necessário para o deslinde da causa em juízo.

Os esclarecimentos que se buscaram na audiência foram principalmente os efeitos da radiação eletromagnética de baixa frequência sobre o meio ambiente e a saúde pública, os investimentos e tecnologias que seriam necessárias para redução do campo eletromagnético das linhas de transmissão, bem como as repercussões práticas e econômicas da redução sobre o fornecimento de energia elétrica.

Conforme destacou o Ministério Público Federal em parecer, a audiência pública teria ratificado a incerteza sobre os malefícios à saúde pela proximidade do campo eletromagnético oriundo de linhas de distribuição e transmissão de energia elétrica. Veja-se explicação da Ubirani Barros Otero, do Instituto Nacional do Câncer/MS, aponta que os campos eletromagnéticos de baixa frequência, como os do caso em tela, são possivelmente cancerígenos, que não há unanimidade dos

estudos para encontrar correlação entre os campos e o desenvolvimento de câncer. Nas palavras de Otero:

Seguimos, no Brasil, os parâmetros estabelecidos pela Agência Internacional de Pesquisa em Câncer (IARC), que classifica os campos eletromagnéticos de baixa frequência no grupo 2B, ou seja, possivelmente cancerígeno para seres humanos. (...). A classificação 2B significa que nem todos os estudos foram unânimes em achar resultados positivos, associação entre exposição e doença. Alguns encontraram associação, mas ora não foi significativa, a associação é muito fraca e possivelmente atrelada a viés ou confundimento (...).

Continua em seu parecer enunciando acerca da proporcionalidade e razoabilidade que deve ser levada em conta no confronto de interesses com o princípio da precaução. Aduz que a audiência pública mostrou que, para o cumprimento da sentença integrada por acórdão que julgou a Apelação, o custo seria desproporcional em relação a outros interesses.

Os participantes da Audiência Pública assinalaram a impossibilidade de adequação das redes elétricas, a curto prazo, sem prejuízo ao fornecimento de energia aos consumidores; referiram o alto custo de adequação do sistema de transmissão; noticiaram a necessidade que surgiria de repassar os novos custos ao consumidor, bem como a possível redução do acesso à energia por parte da população de baixa renda, em função dos preços mais elevados; alertaram, ainda, para o elevado custo da extensão do critério pretendido pelas autoras para todas as redes do sistema interligado nacional, já existentes ou em planejamento. Salientaram, por outro lado, que as redes atuais, mesmo não correspondendo ao ideal buscado pelas demandantes, obedecem, à risca, os padrões de segurança definidos pelas Organização Mundial da Saúde/ICNIRP.

No outro pólo do conflito de interesses em exame, as manifestações registradas na Audiência Pública revelaram consideráveis variações de entendimento, no âmbito científico, sobre a potencialidade danosa à saúde da adstrição do sistema de transmissão de energia aos parâmetros impugnados na ação civil. Pesquisadores afirmaram que a exposição aos campos magnéticos aumentam o risco de males como o câncer em crianças, Alzheimer, câncer de mama, doenças cardiovasculares, diabetes, suicídio e obesidade. Por outro lado, pesquisa desenvolvida pela Faculdade de Medicina da USP, especificamente na região metropolitana de São Paulo, não encontrou evidência significativa da correlação da leucemia em crianças com a proximidade de campos magnéticos gerados pelas redes de transmissão de energia. (...).

Relatórios mais recentes de entidades internacionais reafirmam não serem justificáveis precauções adicionais com relação a exposição de longo prazo, ante a fragilidade empírica dos argumentos que o preconizam.

(...).

Por isso, a Organização Mundial da Saúde, no sítio de Internet dedicado ao projeto de pesquisa sobre campos eletromagnéticos, recomenda, como suficiente, a observação dos limites fixados pelo ICNIRP, nestes termos:

‘Os limites de exposição a campos eletromagnéticos estabelecidos pela Comissão Internacional de Proteção a Radiação Não Ionizante – ICNIRP – uma organização não governamental formalmente reconhecida pela Organização Mundial da Saúde –, foram implementados a partir da revisão da literatura científica, incluindo os efeitos térmicos e não-térmicos. Os padrões são baseados em avaliações dos efeitos biológicos que reconhecidamente geram consequências para a saúde. A principal conclusão da revisão da Organização Mundial da Saúde é a de que a exposição a campos eletromagnéticos, abaixo dos limites previstos no guia do ICNIRP, não parece gerar nenhuma consequência conhecida para a saúde.’

(...).

Ressalte-se que estudo desenvolvido pelo Instituto Nacional de Saúde Pública e Ambiente da Holanda, demonstra que a maior parte dos países pesquisados, entre eles França, Alemanha, Portugal e Grécia, adota o limite de 100 uT para a exposição do público em geral ao campo magnético de 50 Hz. A Itália, por sua vez, estabeleceu o limite de 3 uT para novas redes próximas a casas, escolas e playgrounds; 10 uT para as redes já existentes próximas a esses locais; e o padrão europeu para os demais locais. A Suíça – cujo parâmetro foi utilizado como referência pelo julgado, objeto do recurso extraordinário –, estabeleceu o limite de 1 uT para as novas redes em locais sensíveis (prédios com estadia de pessoas por longos períodos e playgrounds). Para as redes antigas, adotou o padrão europeu (100 uT), embora com a obrigação de otimização de fases nas redes próximas aos locais sensíveis. Repare-se que, segundo se lê no acórdão (fl. 140), as medições realizadas ao longo da linha de transmissão relevante para a causa resultaram em marcação de 7,5 uT.

Na audiência pública, os participantes apontaram que não seria possível realizar em curto prazo a adequação dos campos eletromagnéticos a partir da modificação da localização das redes elétricas sem que restasse prejudicada a distribuição de energia para os consumidores. Restou informado também que haveria a necessidade de repasse de maiores custos aos cidadãos, o que implicaria na diminuição da possibilidade de acesso à energia elétrica pelos pobres, em virtude do aumento do valor para consumo de energia.

Por outro lado, reconheceu-se a existência considerável de entendimentos divergentes entre os cientistas, tendo sido informado por pesquisadores que a exposição aos campos eletromagnéticos leva ao aumento do risco de doenças, especialmente do "câncer em criança, Alzheimer, câncer de mama, doenças cardiovasculares, diabetes, suicídio e obesidade". Por outro lado, houve pesquisa que não concluiu por significativa evidência de correlação da exposição aos campos com o câncer infantil.

Ademais, a Comissão Internacional de Proteção a Radiação Não Ionizante já se manifestou no sentido de não haver evidências de que a exposição aos campos dentro de seus limites aparentemente não gera consequências para a saúde das pessoas frequentemente expostas à radiação.

O MPF, em seu parecer, finalizou enfatizando que após o ajuizamento das Ações Cíveis Públicas, houve edição da Lei nº 11.934/2009, que adota os limites de exposição a campos eletromagnéticos nas proporções sugeridas pela Organização Mundial de Saúde e pela Comissão Internacional de Proteção Contra Radiação Não Ionizante. Assim, partiria democraticamente da vontade do povo, a partir da representação indireta democrática, os limites a serem permitidos, não cabendo ao Judiciário tomar outra solução que daquela divirja, opinando pelo provimento do Recurso Extraordinário.

Após, houve o julgamento do Recurso Extraordinário pelo seu provimento, sob fundamento de que o estágio atual de conhecimentos científicos demonstra incerteza quanto às consequências danosas à saúde das pessoas expostas aos campos, afirmando que a rede elétrica da Eletropaulo estaria de acordo com os limites sugeridos pela Organização Mundial de Saúde e a Lei nº 11.934/2009.

Restou estabelecido 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 (OMS), conforme estabelece a Lei 11.934/2009. Discutia-se a possibilidade de se impor obrigação de fazer a concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica, para que reduza o campo

eletromagnético em suas linhas de transmissão, de acordo com padrões internacionais, tendo em conta o princípio da precaução e os eventuais efeitos nocivos à saúde da população. O Tribunal reafirmou que a proteção do meio ambiente e da saúde pública com desenvolvimento sustentável é obrigação constitucional comum a todos os entes da Federação. Tal dever inclui, também, aqueles que exercem atividade econômica e que prestam serviços públicos, a exemplo das companhias de distribuição de energia elétrica. Segundo o princípio da precaução, a evolução científica pode trazer riscos, muitas vezes imprevisíveis ou imensuráveis, a exigir a reformulação das práticas e dos procedimentos tradicionalmente adotados na respectiva área da ciência. Desse modo, o princípio em questão deve considerar outros elementos essenciais para a adequada decisão estatal, a serem observados sempre que estiver envolvida a gestão de riscos: a) a proporcionalidade entre as medidas adotadas e o nível de proteção escolhido; b) a não discriminação na aplicação das medidas; e c) a coerência das medidas que se pretende tomar com as já adotadas em situações similares ou que utilizem abordagens semelhantes. Portanto, na aplicação do princípio da precaução, a existência de riscos decorrentes de incertezas científicas não deve produzir uma paralisia estatal ou da sociedade e, tampouco, gerar como resultados temores infundados. Logo, em face de relevantes elementos de convicção sobre os riscos, o Estado deve agir de forma proporcional. No que se refere aos limites à exposição humana a campos eletromagnéticos originários de instalações de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica do caso concreto, a Corte apontou que os níveis colhidos pela prova pericial produzida nos autos demonstrou a adequação aos parâmetros exigidos pelo ordenamento jurídico infraconstitucional. A Lei 11.934/2009, que dispõe sobre os limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, foi posteriormente regulamentada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) na Resolução Normativa 398/2010. A citada resolução estabelece os limites e os procedimentos referentes à exposição por parte do público em geral e dos trabalhadores aos campos elétricos e magnéticos a ser adotado em todo o território nacional, de acordo com os limites estabelecidos pela Comissão Internacional de Proteção Contra Radiação Não Ionizante (ICNIRP) em respeito às recomendações da OMS. No entanto, o tribunal de origem determinou, embora não tenha havido ofensa aos parâmetros legais estabelecidos pela ICNIRP, a adoção de parâmetro suíço, abaixo do fixado na legislação pátria. Além disso, o Plenário registrou fato novo surgido após o processamento do recurso extraordinário, constante da edição da Resolução Normativa 616/2004, da ANEEL. Essa norma, no que se refere aos limites à exposição humana a campos elétricos e magnéticos originários de instalações de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica, elevou o limite máximo e permanente de exposição a campos elétricos e magnéticos. Estudos desenvolvidos pela OMS teriam demonstrado não haver evidências científicas convincentes de que a exposição humana a valores de campos eletromagnéticos acima dos limites estabelecidos cause efeitos adversos à saúde. A própria OMS ao elaborar seu modelo de



legislação para a proteção efetiva aos campos eletromagnéticos indicou a utilização das balizas fixadas pela ICNIRP. Assim, o Estado brasileiro teria adotado as necessárias cautelas, pautadas pelo princípio constitucional da precaução. E, considerando que o regime jurídico brasileiro está orientado de acordo com os parâmetros de segurança reconhecidos internacionalmente, não há razão suficiente a justificar a manutenção da decisão atacada. Dever-se-ia impugnar a decisão política que concluiu pela edição da norma nos termos estabelecidos, uma vez que, no âmbito da competência do Poder Judiciário, os limites da legalidade não foram violados. Além disso, as normas de organização e de procedimento na proteção dos direitos fundamentais referidos foram observadas, assim como os pressupostos da motivação e da proporcionalidade.”

O Recurso Extraordinário foi, portanto, provido pelo Egrégio Supremo Tribunal de Justiça, sob os fundamentos de que haveria violação aos arts. 5º, *caput* e II, e 225 da Constituição Federal, tendo em vista que os parâmetros estabelecidos na sentença não teriam qualquer substrato legal, bem como o princípio da precaução deveria ser utilizado com parâmetros de proporcionalidade, o que implicaria na necessidade de observância dos outros interesses em jogo para realização eficaz da condenação.

Os principais direitos em colisão no presente caso são o direito ao meio ambiente sadio e o direito à distribuição de energia elétrica, os quais, conforme analisado no Capítulo 1, são considerados direitos humanos e foram positivados na Constituição Federal direta e indiretamente, respectivamente, o que os torna direitos fundamentais. Diante da construção de ambos como princípios, é possível utilizá-los em graus diversos a depender do caso concreto, conforme Alexy (1988) reconhece os mandados de otimização.

Cumprido, no primeiro momento, por conseguinte, analisar o que dispõem os dispositivos que foram apontados como violados nas Ações Cíveis Públicas, conforme restou apontado quando do julgamento do Recurso Extraordinário, quais sejam os artigos 5º, *caput* e II e 225 da Constituição Federal.

O princípio da legalidade visa impedir que os Poderes atuem arbitrariamente, limitando-se cada um num sistema de freios e contrapesos para minimizar

comportamento antidemocrático e primar pela segurança jurídica a partir da previsibilidade das normas e sua aplicação.

A segurança jurídica, porém, não deve ser a única prioridade da legislação, pois é impossível criar um sistema perfeito e completo (SEN, 2009). É, inclusive, na incompletude do sistema que se torna possível sua melhor adequação para realização da justiça no caso concreto, quando se depara com a complexidade da sociedade moderna (SEN, 2009).

Assim, o sistema jurídico deve ser construído por meio do discurso e, após, também aprimorado por este, tendo em vista a falibilidade das regras pelas alterações dos valores morais no decurso do tempo e das situações. Diante da elaboração do sistema jurídico por meio de discurso que tenha seguido as regras procedimentais, considera-se válido e passa a produzir efeitos no mundo real, aumentando o grau de segurança jurídica dos indivíduos devido à institucionalização do discurso.

Assim, devem ser respeitadas as regras que forem elaboradas de acordo com o processo democrático legislativo, pois implicam na vontade direta da maioria do povo. Porém, a conclusão pela resposta correta deve ser testada pelo discurso jurídico almejando alcançar a justiça.

Por sua vez, com base no art. 225, da Constituição Federal, o Poder Público e a coletividade devem defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida para as presente e futuras gerações. Veja-se que as associações Autoras enquadram-se na qualidade de coletividade buscando defender o meio ambiente e a sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, tendo em vista estudos que indicam que os campos eletromagnéticos oriundos das linhas de distribuição e transmissão de energia elétrica aumentam a probabilidade de câncer nos indivíduos que residirem na área.

Assim, buscou-se por meio das ações civis públicas reduzir o campo eletromagnético, bem como impedir que sejam instaladas novas linhas que aumentem o campo e prejudiquem ainda mais as gerações futuras, com base no

princípio da precaução, tendo em vista os indicativos de problemas cancerígenos a partir do campo eletromagnético.

Aqui a colisão entre os direitos fundamentais ao meio ambiente sadio e à distribuição de energia elétrica devem ser avaliados, dentro das suas possibilidades de otimização, para encontrar a solução sobre qual direito deveria prevalecer no caso exposto no RE 627.189/SP. Alexy (1988) sugere uma avaliação a partir da proporcionalidade dos direitos em colisão por meio dos eles da (i) adequação, (ii) necessidade e (iii) proporcionalidade propriamente dita.

No caso de prevalência do direito ao meio ambiente sadio no presente caso, o meio para sua realização seria desviar os campos de distribuição de energia elétricas existentes no local e construir os demais distantes para reduzir o campo eletromagnético, que possui indicativos de causar e agravar doenças na população residente. Por sua vez, a prevalência pelo direito à distribuição de energia elétrica no caso paradigma levou à conclusão de manutenção dos campos atuais e aumento da rede local, tendo em vista os altos custos de alteração e do preço final.

Enquanto a primeira opção permite uma harmonia entre ambos os direitos, há as consequências econômicas de altos custos para o deslocamento das redes de transmissão e repasse ao destinatário e ao governo; a segunda opção não consegue harmonizar ambos os direitos, pois a manutenção das redes no local tem consequências no meio ambiente sadio, devendo os moradores mudarem de cidade, abandonarem propriedade, família e emprego para não serem atingidos pelo campo eletromagnético. Assim, a solução que prioriza o meio ambiente é mais adequada, pois consegue efetivar ambos os direitos fundamentais envolvidos.

O elemento da necessidade envolve uma comparação entre os direitos fundamentais em jogo e, na hipótese de restringirem-se reciprocamente, deve-se buscar alternativas para evitar a colisão. Conforme supramencionado, a opção pela prevalência do direito ao meio ambiente sadio tem a alternativa de deslocamento da rede de distribuição para os arredores da comunidade, quando seria possível realizar ambos os direitos evitando sua restrição, com consequências exclusivamente financeiras para realização da alteração.

Por outro lado, se mantida a rede no local atual, haverá consequências na saúde dos moradores. Conforme demonstraram os pareceres técnicos, não é possível mensurar todas as consequências da exposição ao campo eletromagnético, mas restou comprovado que há o aumento dos problemas de saúde. Portanto, a medida alternativa para as pessoas com a manutenção dos campos eletromagnéticos é a mudança da população de cidade, o que é inviável.

Por fim, o direito ao meio ambiente sadio restou expressamente reconhecido como fundamental pela Constituição Federal e decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa e do direito à vida, posto que sem um meio ambiente sadio ela resta impossibilitada. Por sua vez, o direito à distribuição de energia elétrica decorre implicitamente dos direitos sociais, a partir também da necessidade de dignidade da pessoa humana, porém em grau ligeiramente menor de importância, pois sua ausência não ameaça diretamente a vida, apesar de retirar-lhe confortos.

Para testar o argumento da proporcionalidade, importante percorrer as regras do discurso prático guiadas pela racionalidade, as quais Alexy (2013) divide em: (i) técnica, (ii) empírica, (iii) definitiva e (iv) pragmática-universal.

A justificação teleológica do fundamento de prevalência do direito ao meio ambiente sadio está nos pareceres sobre o tema. Já o direito à distribuição de energia elétrica está pautado na falta de certeza dos efeitos da exposição aos campos eletromagnéticos à saúde.

A alegação de que a rede foi inicialmente instalada há mais de 70 (setenta) anos e que à época foram tomadas todas as providências necessárias para não causarem danos não deve subsistir, pois desde a data inicial até a presente claramente houve alteração fulcral nas tecnologias e conhecimentos sobre a potencialidade de seus danos.

Ora, as experiências demonstraram que os danos ao meio ambiente geram problemas à saúde humana, de modo que se fez inclusive necessária a positivação de um tal direito. Ademais, os estudos colacionados aos autos do processo demonstram que há incerteza quanto à amplitude das consequências da exposição

aos campos eletromagnéticos, mas concordam que há efeitos prejudiciais em fazê-lo, restando determinar o nível de prejuízo.

O princípio da precaução está implícito e é facilmente deduzido do art. 225, da Constituição Federal, de modo que uma avaliação a partir do interpretacionismo poderá facilmente concluir pela existência do princípio na Constituição. A doutrina e os tratados demonstram que o conceito do princípio da precaução é determinado a partir da possibilidade de existência de danos ao meio ambiente quando não há certeza no meio científico sobre os efeitos de determinados atos humanos (MACHADO, 2012).

Assim, o perigo dos danos deve ser evitado, pois o desconhecimento do alcance de seus efeitos justifica a dúvida sobre determinada atividade, para evitar problemas posteriores que serão dificilmente revertidos pela humanidade no futuro (MACHADO, 2012).

Claramente, a incerteza acerca dos danos ambientais deverá levar à precaução, de modo que as pessoas não restem prejudicadas por problemas de saúde oriundos da exposição aos campos eletromagnéticos tão somente por decorrência dos custos financeiros que virão agregados.

A regra geral definida para analisar a proporcionalidade entre os direitos colidentes está inserida no princípio da precaução, o qual envolve a necessidade de se antecipar a danos ambientais evitando-os para preservar o meio ambiente quando há incerteza acerca das ações potencialmente lesivas. Destaca-se que o mesmo princípio também deve ser utilizado quando, já havendo o dano, desenvolvam-se ações para minorar ou acabar com suas consequências.

Há grande complicação na implantação da precaução ambiental nos Estados modernos, tendo em vista a resistência destes em manter uma definição tradicional de economia e crescimento econômico. Conforme apontado por Sen (2009) e explanado no Capítulo Três, o desenvolvimento engloba uma pluralidade de elementos que vai muito além da somatória de critérios de renda e riqueza.

O desenvolvimento deve primar pelas garantias das liberdades humanas, sua autonomia e a observância de valores morais generalizáveis, permitindo um crescimento sustentado por todas as facetas da sustentabilidade apontadas no Capítulo Dois, o que promove o desenvolvimento duradouro e de maneira justa.

Portanto, os seres humanos como tais devem promover os argumentos racionais a partir do discurso, chegando à resposta mais correta possível, que, no caso, aponta para a prevalência do direito ao meio ambiente sadio, porque conciliável com o direito à distribuição de energia elétrica, conforme explanado, visando a equidade, para que os indivíduos atingidos possam ter garantidos os direitos à vida, à saúde e à dignidade.

A justiça perfeita, a despeito de não ser alcançável, deve ser almejada, para que por meio de argumentação racional seja possível diminuir as desigualdades sociais e injustiças levando ao desenvolvimento da sociedade como um todo (SEN, 2009). A economia deve levar em consideração valores morais reconhecidos nos direitos fundamentais para garantir a realização da justiça social e o desenvolvimento sustentável (SEN, 2009).

O desenvolvimento sustentável não é inimigo do crescimento econômico, pelo contrário, somente com cuidados com os diversos subsistemas que compõem o sistema social autopoético é possível que haja o crescimento conjunto de maneira durável. A argumentação racional permite que haja a obtenção das respostas mais próximas possíveis da correção e com legitimidade democrática, tendo em vista a sua construção democrática (SEN, 2009).

Não se deve olvidar, a todo tempo, os valores morais para que haja a congruência dos sistemas para um desenvolvimento sustentável que envolve tanto a economia tradicional em busca de renda e riquezas, como também a observância de direitos fundamentais, especialmente ao meio ambiente sadio, para permitir que o crescimento perdure e seja eficaz.

## CONCLUSÃO

A ideia de justiça trazida por Amartya Sen deve utilizar o discurso, de maneira que os argumentos possam ser utilizados nas decisões judiciais em busca da correção (SEN, 2009). O discurso jurídico, conforme (ALEXY, 2013), pode ser ter seus fundamentos justificados a partir das teorias da subordinação, da suplementação ou da integração.

No que tange à subordinação, a Constituição Federal prevê a necessidade de proteção ao meio ambiente sadio expressamente, assim como tratados, e implicitamente o direito à distribuição de energia elétrica, conforme narrado no Capítulo Dois. Entretanto, o julgamento do Recurso Extraordinário 627.189/SP teve foco na Lei nº 11.934/2009, a qual traz limitações para o campo eletromagnético que se enquadra no utilizado pela Eletropaulo.

Não obstante hoje as comunidades atingidas sejam minoritárias, com a ampliação das linhas de distribuição e transmissão, toda a população será potencialmente atingida pelos mesmos problemas, com o agravamento de suas condições de saúde pela exposição prolongada aos campos eletromagnéticos. Porém, somente um estudo prospectivo voltado especificamente para a avaliação científica das redes eletromagnéticas poderá vislumbrar os reais efeitos da exposição aos campos eletromagnéticos.

Assim, o julgamento de improcedência das ações civis públicas, implica na edição de perigoso precedente que descarta a incerteza científica acerca dos danos e prioriza os interesses econômicos. Questiona-se, portanto, como será utilizado o precedente em casos que estejam por vir e que exijam a aplicação do princípio da precaução.

Conforme explicado no Capítulo Quatro, a ideia de justiça de Amartya Sen leva à conclusão pela necessidade de prevalência do direito ao meio ambiente sadio, tendo em vista a sustentabilidade almeja para o desenvolvimento durável.

Ora, o julgamento pela improcedência das Ações Civis Públicas, por todo exposto, não implica na melhor resposta para os interesses da população em abstrato e das gerações futuras, que poderão ser atingidas pelo aumento das linhas de transmissão e campos eletromagnéticos em todo o País. Pela utilização da teoria da integração, deve-se utilizar do princípio da precaução ambiental por meio do Judiciário e seu poder para ceifar as injustiças a partir da correção almejada pelo discurso jurídico, em virtude dos desvios políticos que advenham de problemas de representatividade.

A minoria que hoje é atingida pelos campos eletromagnéticos deveria ter protegido seus direitos à vida e à sua sadia qualidade, não se pretendendo aqui sobrepor-lhes ao direito à distribuição de energia elétrica por interesse da população e da empresa, sugerindo-se a alteração do local dos campos para os arredores da cidade, que, apesar de gerar maiores gastos para a empresa, levará ao desenvolvimento de maneira sustentável.

Assim, tutela-se o direito fundamental à vida e sua sadia qualidade para impedir que as linhas de transmissão e distribuição continuem sendo implementadas de maneira tal que condene toda a população no futuro próximo e distante, devendo ser desviadas para efetivação da solução mais justa possível.

Os direitos fundamentais implicam no agir de maneira universalizável, visando proporcionar o bem na sociedade, tanto individual quanto coletivamente (FREITAS, 2011, p. 58). Os elementos naturais devem suprir as necessidades de todos os seres vivos, sendo necessária a manutenção do equilíbrio homeostático do Planeta, rememorando a Hipótese de Gaia. Portanto, os recursos naturais devem ser utilizados pelos homens com medida de justiça, prezando pela igualdade nos aspectos intra e intergeracionais, além dos demais seres e da Terra como um todo.

Para Machado (2013), o desenvolvimento de maneira sustentável deve estar no cerne das preocupações humanas para exatamente conservar a vida humana, o que depende da sua harmonia com os elementos naturais e demais seres vivos.



Assim, a utilização ou falta dela quanto aos recursos naturais precisa de regulamentação para que ocorra de maneira justa, conferindo condições igualitárias aos indivíduos que compõem as sociedades, tanto interna como internacionalmente, tanto no presente quanto para as gerações futuras.

Veja-se que as ações civis públicas foram ajuizadas por associações representativas de uma coletividade pequena atingida por radiação de campos eletromagnéticos oriundos de linhas de distribuição e transmissão de energia elétrica por poderosa empresa concessionária de serviço público. Assim, está-se diante de situação em que há evidente desequilíbrio entre as partes envolvidas, na busca pela sadia qualidade de vida oriunda de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto do outro lado constam primordialmente interesses econômicos, devendo ser realizada a justiça social no caso.

Não se pode olvidar a necessidade de conectar a economia à ética para realização da justiça, pois o distanciamento entre aquelas impede a realização desta. Portanto, optar pela prevalência dos interesses puramente financeiros, sem sua consideração ética, implica na impossibilidade de realização efetiva da justiça, bem como da própria economia moderna no sentido amplo e com perspectivas para o futuro (SEN, 2009).

A falta de considerações éticas implica no empobrecimento da teoria da economia para Amartya Sen (1988), pois a ela é mais produtiva quanto maior for abordagem ética. Ora, os seres humanos são racionais e se pautam em sua racionalidade para tomar atitudes no seu cotidiano; entretanto, a racionalidade não está presente em todos os momentos, tendo em vista que há muitos outros elementos que influem nas escolhas humanas fugindo a qualquer objetividade.

Muitas vezes, o comportamento humano não está pautado na escolha mais racional no sentido econômico de lucro, mas sim nos valores éticos, o que gera alterações nas previsões puramente racionais influenciando na economia. Sen (1988) sugere uma economia do bem-estar, que não é puramente utilitarista, mas sim relacionada às concepções éticas das pessoas e seu grau de satisfação com determinados bens.

Para Sen (1988), a economia do bem-estar precisa avaliar as condições de desigualdade humanas e sua qualidade de vida, depende, portanto, da valoração de cada indivíduo, das liberdades substantivas que cada tem a capacidade de obter em sociedade para promover seus objetivos.

O desenvolvimento não pode ser pautado exclusivamente por interesses econômico-financeiros, mas sim pela melhoria da qualidade de vida dos indivíduos e capacidade de desfrutar de liberdades dentro da sociedade (SEN, 1988). A economia moderna reduziu-se ao individualismo e egoísmo de maneira tal que por vezes os interesses econômicos são entendidos como puramente racionais e utilitaristas, quando a Economia é, na verdade, influenciada por muito mais fatores (SEN, 1988).

O autointeresse nem sempre é trará o máximo de satisfação para alguém, quando às vezes uma ação cooperativa da coletividade pode começar trazendo insatisfação, mas servir após para a maior satisfação (SEN, 1988).

Assim, primeiramente, parece desinteressante a adoção de medidas para redução de campos eletromagnéticos, porque envolveria altos custos de obras para adequação das linhas de transmissão e aumentaria o valor da energia elétrica, tendo em vista o repasse dos custos ao consumidor. Porém, os estudos esclarecem que exposição prolongada ao campo eletromagnético gera problemas de saúde aos indivíduos.

A incerteza científica reside na constatação se tal situação aumenta os riscos cancerígenos da comunidade exposta ou não e em que grau. Além desta certeza somente poder ser conhecida quando da realização de pesquisas científicas mais detidas sobre o tema em específico, os interesses econômicos não devem ser puramente financeiros, conforme leciona Sen (1988), devendo haver uma avaliação ética da continuidade e proporção dos campos eletromagnéticos, o que futuramente implicará na diminuição da sadia qualidade de vida dos indivíduos expostos.

É o caso em que a adoção de medidas para alteração do local dos campos eletromagnéticos implica em algum desconforto no preço das reformas para a empresa Eletropaulo e no reflexo do valor final da energia para o consumidor; porém, o resultado final implica na máxima satisfação da população, tendo em vista

que restará garantida a sadia qualidade de vida não só das comunidades ora expostas aos campos eletromagnéticos, como impedirá a expansão das linhas em altos percentuais de radiação, promovendo o desenvolvimento e a economia de bem-estar social ao beneficiar a saúde e evitar futuros gastos ainda mais vultuosos em virtude dos problemas de saúde que serão causados aos atingidos.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *A Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

ALEXY, Robert. *La Construcción de los Derechos Fundamentales*. Buenos Aires: AdHoc, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Sistema Jurídico, Principios Jurídicos y Razón Práctica*. San Sebastián: IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas, 1988.

ASSEMBLEIA NACIONAL DA FRANÇA. *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789*. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar\\_dir\\_homem\\_cidadao.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf)>. Acesso em: 05 jan. 2017.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradutor Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao Futuro*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GOMES, Orlando. *Direito e Desenvolvimento*. Salvador: Universidade da Bahia, 1961.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. *Debates sobre el Liberalismo Político*. Tradução de Gerard Vilar Roca. Barcelona: I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1998.

\_\_\_\_\_. *Pensamento Pós-Metafísico: estudos filosóficos*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HORKHEIMER, Max. *Teoría Crítica*. 1ª ed. 3ª reimp. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2003.

IMPRESA BRDE. *O Que É Green Building – E O Que Ele Pode Fazer Por você*. Disponível em: <<http://www.brde.com.br/blogs/o-que-e-green-building-e-o-que-ela-pode-fazer-por-voce/>>. Acesso em: 23 de jul. 2016.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Brasil, 2004. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/razaopratica.html>>. Acesso em: 18 de jul. 2016.

\_\_\_\_\_. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

\_\_\_\_\_. *Para a Paz Perpétua*. Tradução de Bárbara Kristensen. Galiza: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

LOVELOCK, James. *Gaia, A New Look At Life On Earth*. Oxford, Orforx University Press, 2000.

\_\_\_\_\_. *The Vanishing Face of Gaia*. Nova Iorque: Basic Books, 2009.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y Modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madrid: Trotta, 1998.

\_\_\_\_\_. *Sociologia do Direito 1*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MARX, Karl. *Manuscritos Econômico-Filosóficos*. Tradução de Jesus Ranieri. São Paulo, Boitempo, 2008.

\_\_\_\_\_. *O Capitalista*. Tradução de Rubens Enderle. V. 1. São Paulo: Boitempo, 2013.

MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. Londres: Verso, 2000.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direitos Humanos*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Paris, 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/Dcouments/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/Dcouments/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 06 jan. 2017.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Atica, 2000.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. 116 p.

RUSE, Michael. *The Gaia Hypothesis*. Chicago: The University of Chicago Press, 2013.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Ley, Principios, Derechos*. Madrid: Dykinson, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHMITT, Carl. *Legality and Legitimacy*. Tradução Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2004.

SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

\_\_\_\_\_. *On Ethics and Economics*. Malden: Blackwell Publishing, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Solange Teles da. *O Direito Ambiental Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STIGLITZ, Joseph E.; SEN, Amartya; FITOUSSI, Jean-Paul. *Report by the Commission on the Measurement of Economic Performance and Social Progress*. 2008. Disponível em <[http://www.insee.fr/fr/publications-et-services/dossiers\\_web/stiglitz/doc-commission/RAPPORT\\_anglais.pdf](http://www.insee.fr/fr/publications-et-services/dossiers_web/stiglitz/doc-commission/RAPPORT_anglais.pdf)>. Acesso em 23 de jul. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Secretaria de Documentação. *Repercussão Geral: boletim*. Vol. VII. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoRG/anexo/Repercusso\\_Geral\\_7.capa.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoRG/anexo/Repercusso_Geral_7.capa.pdf)>. Acesso em 20 out. 2016.

TAMBELLINI, Anamaria Testa; MIRANDA, Ary Carvalho de. *Desenvolvimento, Trabalho, Saúde e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Estudos de Saúde, 2012.

UNPEI. UNDP – UNEP POVERTY-ENVIRONMENT INITIATIVE. *Poverty & Environment Indicators Report*. Nairobi, 2011. Disponível em: <[http://www.unpei.org/sites/default/files/e\\_library\\_documents/PEI\\_Indicators\\_report.pdf](http://www.unpei.org/sites/default/files/e_library_documents/PEI_Indicators_report.pdf)>. Acesso em: 15 de jul. 2016.