



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

MARISTELA MEDINA FARIA

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO AGENTE TECNOCRÁTICO NO
EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA SOLUÇÃO DE CASOS
COMPLEXOS: ANÁLISE DAS AÇÕES DIRETAS DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3937/SP E Nº 3357/RS**

UBERLÂNDIA (MG)
2016

MARISTELA MEDINA FARIA

**O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO AGENTE TECNOCRÁTICO NO
EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA SOLUÇÃO DE CASOS
COMPLEXOS: ANÁLISE DAS AÇÕES DIRETAS DE
INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3937/SP E Nº 3357/RS**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva

UBERLÂNDIA (MG)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

F224s
2016

Faria, Maristela Medina, 1988-

O Supremo Tribunal Federal como agente tecnocrático no exercício da jurisdição constitucional na solução de casos complexos : análise das ações diretas de inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS / Maristela Medina Faria. - 2016.

179 f.

Orientador: Alexandre Garrido Silva.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito.

Inclui bibliografia.

1. Direito - Teses. 2. Justiça - Brasil - Teses. 3. Tecnocracia - Teses. 4. Brasil. - Supremo Tribunal Federal - Teses. I. Silva, Alexandre Garrido. II. Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

TERMO DE APROVAÇÃO

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO AGENTE TECNOCRÁTICO NO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA SOLUÇÃO DE CASOS COMPLEXOS: ANÁLISE DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3937/SP E Nº 3357/RS

Uberlândia/MG, 29 de fevereiro de 2016.

Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva
Universidade Federal de Uberlândia
Orientador

Prof. Dra. Débora Regina Pastana
Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Dra. Roberta Camineiro Baggio
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

*Dedico este trabalho
à minha mãe, Antônia;
ao meu pai, Jadir;
aos meus irmãos, Mariana e João Vitor
e aos meus sobrinhos, Augusto e Cecília!
Obrigada por tudo...
Amo vocês!*

Agradecimentos

À Deus pelo dom da vida e por sua infinita misericórdia;

Aos meus pais, Jadir e Antônia, e irmãos, Mariana e João Vitor, pelo amor, apoio, confiança e companheirismo, especialmente, quando as adversidades e os obstáculos pareciam insuperáveis;

Ao Professor Dr. Alexandre Garrido da Silva pelos ensinamentos acadêmicos, lições de vida, estímulo e compreensão;

À Professora Dra. Débora Regina Pastana, pela paciência, por todos os ensinamentos, dicas de leitura e pelas correções ao texto;

À Professora Dra. Roberta Baggio pela disposição e disponibilidade em participar da banca de defesa;

Aos professores do Curso de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Uberlândia (CMDIP - UFU);

À amiga Caroline Nogueira pela revisão ao texto e pelas sugestões que muito contribuíram para o aperfeiçoamento do trabalho;

Aos amigos Isabel Arice, Marília Freitas, Vagner Bruno, Elza Carolina, Fernanda Néri e Juan Ordóñez pelos momentos de diversão e companheirismo;

Ao Mateus Lichfett Machado pela tradução do resumo;

Aos demais familiares, amigos e colegas que de alguma forma contribuíram para desenvolvimento do trabalho.

Abriu-se majestosa e circumspecta,
sem emitir um som que fosse impuro
nem um clarão maior que o tolerável
pelas pupilas gastas na inspeção
contínua e dolorosa do deserto,
e pela mente exausta de mentar
toda uma realidade que transcende
a própria imagem sua debuxada
no rosto do mistério, nos abismos.

Trecho de “A Máquina do Mundo”
Carlos Drummond de Andrade

RESUMO

Muitas transformações têm ocorrido na sociedade do momento contemporâneo ocasionando impactos em diversos setores, tornando-a muito mais complexa e insegura que outrora. A alteração no sistema de tomada de decisões na sociedade brasileira está entre as principais mudanças ocorridas na atualidade. O contexto pós-moderno tem contribuído para que ocorra a transferência do poder estatal dos Poderes Legislativo e Executivo para o Poder Judiciário, especificamente para o Supremo Tribunal federal (STF), acarretando uma expansão no âmbito de atuação desta instituição, principalmente, através do exercício da jurisdição constitucional. Esta situação tem ocasionado uma crise de legitimidade na sociedade, já que questões políticas e sociais fundamentais passam a ser decididas pelo Tribunal. Neste cenário destacam-se as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS, que estão sendo julgadas em conjunto pelo STF. Tal destaque é atribuído, já que se trata de uma questão de alta complexidade e de grande repercussão social que será decidida por uma instituição jurídica e não política. Assim, este trabalho tem como objetivo analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no contexto da sociedade contemporânea no julgamento de casos complexos e controversos, especificamente no julgamento das ADIns nº 3937/SP e nº 3357/RS. Este estudo constatou que em virtude do contexto pós-moderno a maioria dos Ministros do STF tende a fundamentar seus votos, especialmente, em princípios constitucionais e não mais limitam-se, apenas, a uma análise formal da constitucionalidade das leis, aproximando-se de uma postura substancialista. Ademais, pode-se constatar o potencial deliberativo do Tribunal, bem como a influência das características da pós-modernidade, como o risco, a incerteza e a insegurança na elaboração dos votos dos Ministros. Assim, por vezes, como no caso em estudo, o STF tem atuado como agente tecnocrático na sociedade brasileira, já que decisões políticas e sociais fundamentais para sociedade, especialmente quando se trata de casos complexos e controversos, estão sendo tomadas pelo STF que é composto por “técnicos em direito” e tais decisões são baseadas, principalmente, em dados técnicos e estudos científicos. Para a realização deste trabalho adotou-se o método de abordagem indutivo e de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Pós-modernidade. Tecnocracia.

ABSTRACT

Many changes have taken place in contemporary society causing impacts in its different sectors, making it much more complex and insecure than in past times. The alteration on the decision-making system of the Brazilian society is among the main changes today. The post-modern context contributed to the occurrence of the transfer of state power of the Legislative and Executive Powers to the Judiciary Power, specifically to the Federal Court of Justice, leading to an expansion on the actuation range of this institution mainly through the exercise of the constitutional jurisdiction. This has caused a crisis of legitimacy in society once the Court will now decide the political and social fundamental issues. In this scenario, the Direct Action of Unconstitutionality n° 3937/SP and n° 3357/RS are highlighted and both are being tried by the Supreme Court. Such emphasis is given, since it is a matter of high complexity and social repercussion that will be decided by a legal institution and not a political one. Thus, this work aims to analyze the role of the Supreme Court in the context of contemporary society on the trial of complex and controversial cases, particularly on the trial of Direct Action of Unconstitutionality n° 3937/SP and n° 3357/RS. This study has noticed that due to the post-modern context the majority of the Supreme Court Ministers tend to base their votes in constitutional principles and no longer limit themselves to a formal review of the constitutionality of laws, which indicates a substantialist approach. Moreover, it can be noticed the deliberative potential of the Court as well as the influence of the post-modern features, such as risk, uncertainty and insecurity on the elaboration of the Minister's votes. Therefore, sometimes, such as the case in study, the Supreme Court has acted as a technocratic agent in Brazilian society once fundamental political and social decisions for society especially when it comes to complex and controversial cases are being taken by the Supreme Court, which is composed by "Law technicians" and such decisions are mainly based in technical data and scientific studies. For the accomplishment of this work, it has been adopted the inductive approach and monographic procedure method and the bibliographical and documentary research technique.

Keywords: Supreme Court. Postmodernity. Technocracy.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABIFIBRO Fibrocimento	Associação Brasileira das Indústrias e Distribuidores de Produtos de
ABREA	Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADIns	Ações Diretas de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Anamatra	Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho
ANPT	Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
CFOAB	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil
CONAMA	Conselho Nacional do Meio Ambiente
CDC	Código de Defesa do Consumidor
DF	Distrito Federal
DR.	Doutor
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EIA/RIMA	Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental
Et. al.	E outros
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
IBC	Instituto Brasileiro do Crisotila
IBRAM	Instituto Brasileiro de Mineração
INCA	Instituto Nacional de Câncer

GO	Estado de Goiás
MS	Estado do Mato Grosso do Sul
Nº	Número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMS	Organização Mundial de Saúde
P.	Página
PAEG	Plano de Ação Econômica do Governo
PVA	Álcool polivinílico
PP	Polipropileno
PT	Partido dos Trabalhadores
RJ	Estado do Rio de Janeiro
RS	Estado do Rio Grande do Sul
S/D	Sem data
S/P	Sem página
SP	Estado de São Paulo
SS.	Seguintes
SUS	Sistema Único de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
UFIR's	Unidades Fiscais de Referência

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 PÓS-MODERNIDADE E AS TRANSFORMAÇÕES VIVENCIADAS PELO SISTEMA JURÍDICO	20
2.1 Breves apontamentos sobre o momento moderno e o pós-moderno	21
2.1.1 Considerações sobre o momento moderno	21
2.1.2 Considerações sobre a pós-modernidade	25
2.2 A pós-modernidade na realidade brasileira.....	35
2.3 Impactos do momento pós-moderno no sistema jurídico	39
2.3.1 A normatividade dos princípios e a constitucionalização do direito privado brasileiro.....	51
2.3.2 A tecnocracia como característica do momento contemporâneo na sociedade brasileira	58
3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AS CONSEQUÊNCIAS PARA O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	65
3.1 A expansão da atuação do Poder Judiciário na realidade brasileira	66
3.2 Principais teorias sobre o exercício da jurisdição constitucional: oposição ao exercício da jurisdição constitucional, substancialistas, procedimentalistas e a teoria dos diálogos institucionais	77
3.3 A legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional	91
4 REFLEXOS DO MOMENTO PÓS-MODERNO NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3937/SP E Nº 3357/RS.....	107
4.1 Discussão judicial.....	108
4.2 A análise dos votos proferidos pelos ministros	116
4.2.1 Os votos dos ministros e o potencial deliberativo do Supremo Tribunal Federal	116
4.2.2 Análise dos votos proferidos no julgamento sob uma perspectiva substancialista	126
4.2.3 A conexão entre a sociedade de risco e os argumentos utilizados pelos Ministros nos votos.....	130
4.3 O Supremo Tribunal Federal como agente tecnocrático no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP nº 3357/RS.....	148
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	155
REFERÊNCIAS	160

ANEXOS	172
Anexo A – Lei federal nº 9.055 de 1º de junho de 1995.....	172
Anexo B – Lei estadual nº 12.684, de 26 de julho de 2007.....	175
Anexo C – Lei estadual nº 11. 643, de 21 de junho de 2001	178

1 INTRODUÇÃO

É um fenômeno mundial a sensação de incerteza e insegurança¹, bem como um ambiente de complexidade e imprevisibilidade inerente à sociedade contemporânea. Autores denominam este momento com diferentes termos, como “era global”² (ALBROW, 1997), “modernidade tardia”³ (GIDDENS, 1997), “modernidade líquida”⁴ (BAUMAN, 2011), “sociedade de risco”⁵ (BECK, 2008) e “pós-modernidade”⁶ (LYOTARD, 2013). Apesar desta diversidade de terminologias, há um consenso na sociedade de que são vividas profundas contradições e paradoxos, que causam nos indivíduos sentimentos contraditórios e simultâneos de esperança e desesperança.

O momento contemporâneo, designado também como pós-modernidade⁷, está marcado, principalmente, pela complexidade, pelas transformações sociais, políticas, culturais e jurídicas e por um intenso processo de globalização⁸. Esta conjuntura acarreta

¹ Marx e Engels em seu famoso escrito intitulado de “Manifesto Comunista”, já assinalava a sensação de incerteza e insegurança vivenciada pela sociedade. A expressão “tudo o que é sólido, desmancha no ar” comprova tal ideário. Portanto, estes adjetivos já estão sendo utilizados há algum tempo para caracterizar a sociedade, mas o fato é que estas sensações tem cada vez mais se intensificadas. Conferir: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

² O autor em seu livro *The Global Age* discorre sobre aspectos da modernidade, bem como da sociedade contemporânea que denomina de “era global”.

³ Em um de seus artigos, Giddens (1997) estabelece que a sociedade contemporânea passa por um momento denominado modernidade reflexiva ou modernidade tardia.

⁴ Bauman (2011) defende a utilização da terminologia “modernidade líquida” para denominar o momento contemporâneo. O autor esclarece que, enquanto este momento é líquido, não conseguindo manter a sua forma constante, o momento da sociedade industrial é como um sólido, simbolizando estabilidade e a durabilidade de posições, com dimensões espaciais claras, que paralisam os impactos.

⁵ A expressão sociedade de risco foi amplamente divulgada por Ulrich Beck, que utilizou a terminologia “sociedad del riesgo global” em 1986 com a publicação de seu livro na versão em alemão com o seguinte título: “Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Modern”. Para o autor (2002, p. 29) a sociedade contemporânea é uma sociedade em que “pensada hasta últimas consecuencias, quiere decir sociedad del riesgo global. Pues su principio axial, sus retos, son los peligros producidos por la civilización que no pueden deimitarse socialmente ni en el espacio ni en el tiempo. En este sentido, las condiciones y principio básicos de la primera modernidad, la modernidade industrial – antagonismo de classe, estatalidade nacional, así como las imágenes de la racionalidad y el control lineal, tecnoeconómico – son eludidas y anuladas (el concepto de “sociedad del riesgo global” fue introducido por Beck, 1992; véase también Beck, 1995, [...]).”

⁶ Conferir: LYOTARD, Jean François. **O Pós-moderno**. Rio de Janeiro: José Olympio ed., 2013.

⁷ Quanto à utilização da terminologia “pós-modernidade”, entende-se que ela apresenta-se inadequada para se referir ao momento contemporâneo, e por vezes, acaba desencadeando alguns equívocos e constatações impróprias. Como bem destacado por Santos (1999, p. 76-77), vivencia-se uma fase de transição em que não é possível afirmar a superação de todos os elementos da modernidade e a instauração de uma nova ordem. Entre os elementos típicos da modernidade existente na atualidade pode-se citar o modo de produção capitalista e como elementos superados a crença de que as ciências poderiam trazer um conhecimento científico seguro. Ocorre que, quando da análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando se referem à sociedade contemporânea, comumente se utilizam do termo sociedade pós-moderna ou sociedade de risco, motivo pelo qual no presente estudo serão utilizadas as duas terminologias para referir-se ao momento contemporâneo.

⁸ Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 26) entende que “os processos de globalização mostra-nos que estamos perante um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo.” Por sua vez, Giddens (1991, p.60) define globalização como “a

grandes incertezas na sociedade atual e faz com que muitas práticas habitualmente adotadas no momento moderno tornem-se ineficientes, inadequadas e até mesmo obsoletas para a nova realidade social. O desenvolvimento científico é um dos fatores que tem acarretado grandes transformações na sociedade e ocasionado riscos imprevisíveis, de forma que alguns aspectos da sociedade do momento moderno tornam-se social e politicamente problemáticos⁹, por isso fala-se de uma sociedade de risco. Tal situação implica na reformulação das práticas e procedimentos tradicionalmente utilizados, a fim de adaptarem-se à realidade de uma sociedade complexa e globalizada. Esta é um dos principais sinais de que os tempos mudaram e uma nova percepção de sociedade deve ser adotada.

Neste contexto, o sistema jurídico não fica imune às transformações da sociedade e também tem sofrido algumas mudanças, especialmente, porque o tradicional positivismo jurídico não acompanha a complexa e dinâmica realidade social, além disso, surgem na sociedade novas demandas, bem como casos complexos e polêmicos em decorrências do avançado estágio de desenvolvimento tecnológico e científico. Ademais, o direito ainda está fortemente marcado pela ideologia de um Estado liberal-individualista, mas que deve ser aplicado a uma sociedade complexa e marcada pelo surgimento e desenvolvimento dos direitos transindividuais¹⁰. Esta conjuntura exige nova postura dos aplicadores e intérpretes do direito.

Combinada às transformações que ocorrem no direito, há a tendência, na sociedade brasileira do momento contemporâneo, a uma maior abstenção do Estado em diversos setores, em virtude, especialmente, da política neoliberal dominante em muitos países ocidentais. Em decorrência desta nova postura, o Estado tem se isentado de muitas ações tipicamente executadas por ele, o que por vezes tem deixado a sociedade carente de algumas necessidades básicas, fazendo com que os indivíduos cada vez mais acionem o Poder Judiciário para forçar a atuação do Estado, uma vez que os cidadãos encontram-se em uma situação de desemparo.

Além da abstenção estatal, a crise de representatividade é um dos fatores que tem colocado em destaque o Poder Judiciário, já que a população passa a não mais confiar

intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem se deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam.”.

⁹ Um dos aspectos que tem se tornado problemático na atualidade é o positivismo jurídico, já que ele não consegue mais respaldar a solução de todos os conflitos que têm surgido na sociedade, já que não se adapta às transformações sociais.

¹⁰ Os direitos transindividuais são aqueles indivisíveis e que possuem como titular um grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas, mas não individualizadas.

naqueles que foram eleitos para representá-la, em virtude dos constantes escândalos de corrupção envolvendo os parlamentares e o Poder Executivo, assim passam a buscar a segurança e apoio de que precisam no Poder Judiciário alterando a tradicional divisão de competências entre os Poderes.

Outro fator que tem alterado a dinâmica da atuação do Poder Judiciário e do direito, são as casos complexos e polêmicos, típicos de uma sociedade de risco, que têm surgido nos últimos anos na sociedade. Destaca-se que, nesta conjuntura de sociedade de risco, não é possível alcançar um consenso sobre questões científicas complexas, e isso ocorre em virtude do elevado desenvolvimento científico em que se encontra a sociedade. Frequentemente publicam-se estudos científicos que são contraditórios que conquistam adeptos na sociedade e isso reflete também na postura adotada pelos Poderes Legislativo e Executivo.

Neste cenário, sendo o Poder Judiciário, teoricamente, imune às influências políticas, já que não se trata de cargos eleitos¹¹ pelos cidadãos, bem como não está sujeito às represarias diretas da sociedade, em virtude de suas decisões, teria uma maior autonomia na resolução de tais controversas.

A maior abstenção estatal, a crise de representatividade dos Poderes Legislativo e Executivo e o surgimento de casos complexos e controversos tem ocasionado a transferência do poder estatal para resolução de questões políticas e sociais para o Poder Judiciário, ampliando significativamente o âmbito de sua atuação. Ocorre que, muito questionado tem sido esta situação, especialmente quando através da jurisdição constitucional¹², já que há um ideário na sociedade de que este órgão seria uma instituição antidemocrática e suas decisões contramajoritárias seriam uma violação ao Estado Democrático de Direito.

Assim, vive-se em uma sociedade hipercomplexa, quando temas tipicamente políticos passam a integrar os debates jurídicos, especialmente no Supremo Tribunal Federal (STF), acarretando transformações sociais, políticas e jurídicas que causam significativos

¹¹ Corroborando com este entendimento, Binenbojm (2011, s/p) destaca que “O Poder Legislativo e o Presidente são responsivos à vontade imediata do povo, expressa periodicamente nas urnas. Esta vontade se expressa por intermédio das maiorias legislativas e do Chefe do Poder Executivo, que interpretam a Constituição supostamente guiados pela vontade de seus constituintes.”.

¹² A expressão jurisdição constitucional é utilizada neste trabalho com o mesmo significado proposto por Kelsen (2007, p. 18-19) quando afirma que: “[...] a jurisdição constitucional é, sobretudo *controle de constitucionalidade das leis*.”. Binenbojm (2014, p. 29) também utiliza em sua obra o termo jurisdição constitucional como sinônimo de controle jurisdicional de constitucionalidade, em suas palavras: “[...] embora o texto constitucional norte-americano não contemplasse expressamente o controle de constitucionalidade das leis, pode-se afirmar que, de certa forma, já o prenunciava. Por isso, o célebre aresto de John Marshall, proferido pela Suprema Corte no caso *William Marbury v. James Madison*, em 1803, que entraria para a história como o marco primeiro da jurisdição constitucional, não foi um gesto de improvisação, mas o resultado de um longo amadurecimento doutrinário e jurisprudencial.”.

impactos no cotidiano da população. Dentre estes temas, destaca-se a polêmica discussão a respeito da Lei federal nº 9.055/95. Esta Lei permite que a substância do asbesto/amianto, da variedade crisotila (amianto branco), seja extraída, industrializada, utilizada e comercializada conforme disposto legalmente.

Ocorre que, há pesquisas científicas que atestam que a referida substância causa diversos prejuízos à saúde do homem e ao meio ambiente. Diante destas informações científicas, vários Estados¹³ e Municípios¹⁴ brasileiros passaram a proibir a extração, utilização, comercialização e industrialização desta substância através da edição de leis, estaduais ou municipais. Destaca-se, que estes projetos de lei, tanto o federal quanto os estaduais e municipais, baseiam-se em dados técnicos e estudos científicos, mas que oferecem respostas diferentes, já que para a legislação federal o amianto branco não oferece grandes prejuízos à saúde do homem e ainda é insubstituível, mas já para as legislações estaduais e municipais a referida substância pode causar muitos malefícios ao homem e ao meio ambiente e já foi possível encontrar substitutos eficientes e adequados.

Perante estas leis, especificamente as estaduais, foram propostas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIns), já que as legislações estaduais estariam, entre outras violações, invadindo a competência legislativa da União, prevista na Constituição Federal. Além disso, tal assunto já foi disciplinado através da Lei federal nº 9.055/95.

A primeira oportunidade que o Supremo Tribunal Federal teve para se manifestar sobre a utilização do amianto da variedade crisotila foi em 2003, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2656/SP e nº 2396/MS. Nesta oportunidade o STF manifestou o entendimento de inconstitucionalidade das Leis estaduais que proibiam qualquer tipo de manuseio do amianto branco, já que teriam invadido a competência da União, estabelecida constitucionalmente, legislando sobre uma matéria que já está disciplinada. Salienta-se que a apreciação dos Ministros restringiu-se, basicamente, a uma análise formal da constitucionalidade da legislação estadual.

Após estas duas Ações, diversas outras também foram propostas no Supremo Tribunal Federal, mas que ainda não foram julgadas totalmente. Dentre estas ações, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e a nº 3357/RS, que estão sendo julgadas em conjunto pelo STF, foram selecionadas para serem analisadas neste trabalho, em virtude da grande notoriedade que ganharam no cenário jurídico e político brasileiro. O julgamento teve início em 31 de outubro de 2012, mas foi suspenso logo após o voto dos respectivos

¹³ Entre eles o Estado de São Paulo e do Rio Grande do Sul.

¹⁴ Entre os municípios, cita-se a cidade de Barretos e Jundiá.

relatores, Ministro Marco Aurélio e Ministro Ayres Britto, e encontra-se pendente de decisão final até os dias de hoje.

Justifica-se a importância do julgamento destas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, tendo em vista que elas refletem bem o momento contemporâneo. Trata-se de uma das tendências de ampliação da atuação do Poder Judiciário, em uma situação típica de judicialização da política que envolve um caso complexo e polêmico, típico da sociedade de risco, oportunidade na qual, o Supremo Tribunal Federal adotará uma importante decisão política e social para a sociedade brasileira através do exercício da jurisdição constitucional. Destaca-se ainda, tratar-se de uma decisão contramajoritária suscitando o debate sobre a legitimidade democrática.

A hipótese suscitada neste trabalho, a partir da problematização acima referida, é de que atualmente, quando se trata de casos complexos, polêmicos e de grande repercussão social, a resolução da controvérsia tem ficado a cargo do Supremo Tribunal Federal¹⁵, principalmente através do exercício da jurisdição constitucional. Assim, o STF tem sido um dos principais responsáveis por importantes decisões políticas e sociais fundamentais para a sociedade brasileira do momento contemporâneo. Surgem então, duas vertentes da tecnocracia na sociedade brasileira a partir da atuação do STF: a primeira diz respeito à transferência do poder estatal para resolução de questões políticas e sociais para o STF e a segunda refere-se ao fato de que estas decisões estão sendo tomadas pelos Ministros baseados, principalmente, em estudos científicos e dados técnicos, ou seja, utilizam-se fundamentos extrajurídicos e os Ministros tem deixado transparecer as influências da sociedade de risco na fundamentação de seus votos.

Pode-se extrair esta hipótese a partir da análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 3937/SP e n° 3357/RS. Inicialmente, já é possível perceber que a importante decisão política e social sobre a extração, comercialização, industrialização e utilização da substância do asbesto/amianto, da variedade crisotila, está sob a responsabilidade do Supremo Tribunal Federal, e destaca-se que, trata-se de um caso complexo e de grande repercussão social. Analisando os votos proferidos em sede de julgamento do pedido de liminar na ADI n° 3937/SP, bem como os dois votos já proferidos no julgamento final das Ações, é possível perceber que a maioria dos Ministros está

¹⁵ Em síntese, a perspectiva procedimentalista defende que a jurisdição constitucional deve restringir-se, apenas, à análise da inconstitucionalidade formal das leis, já a perspectiva substancialista defende que além de uma análise da inconstitucionalidade formal, também deve ser verificado pelo Tribunal a constitucionalidade material das leis. Tal assunto será mais detalhado no segundo capítulo, item 3.2.

fundamentando seus votos em estudos científicos e dados técnicos, evidenciando a complexidade do momento contemporâneo.

Para a realização desta pesquisa foi utilizado o método de abordagem indutivo objetivando verificar através da análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS toda a controvérsia envolvendo o amianto e que culminou na transferência para o Supremo Tribunal Federal da atribuição de resolver esta questão política e social de alta complexidade e grande repercussão social. Para tanto, será utilizado o método de procedimento monográfico e como técnica de pesquisa a bibliográfica e documental.

No primeiro capítulo serão analisados alguns aspectos da sociedade moderna e pós-moderna, analisando a pós-modernidade na realidade brasileira e demonstrando como as transformações ocorridas no momento contemporâneo têm influenciado diversas mudanças no sistema jurídico. As mudanças no sistema jurídico que serão analisadas neste trabalho mais detalhadamente são as seguintes: (i) a tendência atual de constitucionalização do direito privado, com a atenuação da tradicional dicotomia entre o direito privado e o direito público, (ii) o retorno da força normativa dos princípios constitucionais que possibilitou uma ampliação da atuação do direito, que passa a disciplinar situações que não estão positivadas no ordenamento jurídico, implicando em alterações na atuação do Poder Judiciário, e por fim, (iii) a transferência do poder estatal para o Supremo Tribunal Federal que tem se tornado responsável por muitas decisões políticas e sociais fundamentais em casos complexos e polêmicos típicos de uma sociedade de risco.

No segundo capítulo será abordado o crescente expansionismo da atuação do Poder Judiciário no momento contemporâneo, especialmente do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional. Serão analisadas algumas teorias sobre a atuação do Tribunal no exercício da jurisdição constitucional, sendo elas: (i) a oposição ao exercício da jurisdição constitucional realizada pelos Tribunais, (ii) a teoria que aceita o exercício da jurisdição constitucional, mas somente para resguardar a formação da vontade popular, denominados de procedimentalistas, (iii) os substancialistas que admitem o exercício da jurisdição constitucional como uma das expressões de uma sociedade democrática, e por fim, (iv) os que defendem a necessidade de um diálogo institucional entre os Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário. Por último neste capítulo, serão analisados os argumentos dos defensores do exercício da jurisdição constitucional, que se fundamentam na hipótese de que os tribunais são a expressão máxima do exercício da razão pública e a legitimidade de sua atuação é verificada através do respeito e apego das decisões judiciais e

das argumentações utilizadas aos princípios constitucionais que, na atualidade, readquiriam força normativa. Será destacado ainda neste capítulo, o potencial deliberativo dos debates que ocorrem nos tribunais, propiciando uma decisão que amenize as divergências existentes na sociedade.

No terceiro capítulo será analisada a discussão judicial envolvendo as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS que estão sendo julgadas em conjunto pelo Supremo Tribunal Federal. O principal objeto de análise serão os votos proferidos até o momento no julgamento, tanto os relativos ao julgamento do pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP quanto os dois votos proferidos no julgamento final das ADIns. Em um primeiro momento será analisado o potencial deliberativo do Supremo Tribunal Federal, especialmente, na possibilidade de influência recíproca dos votos proferidos na sessão de julgamento das ADIns nº 3937/SP e nº 3357/RS. Em um segundo momento será feita uma análise dos votos proferidos no julgamento destas ações, sob a perspectiva substancialista. Em um terceiro momento buscar-se-á verificar a interferência do momento pós-moderno na construção dos votos dos Ministros, especialmente quanto à presença do risco, da incerteza e insegurança vivenciadas pelos indivíduos na sociedade contemporânea. Por fim neste capítulo, será analisada a atuação do Supremo Tribunal Federal como agente tecnocrático na tomada da decisão política e social relativa à substância do asbesto/amianto da variedade crisotila.

Dessa forma, a partir das variáveis, caráter deliberativo dos votos, substancialismo, risco, incerteza, insegurança e tecnocracia, será possível vislumbrar como e em que medida os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, nas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade analisadas neste trabalho, têm se aproximado das características utilizadas para definir a sociedade de risco.

No julgamento das Ações diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS, por se tratar de um caso complexo, controverso e de grande repercussão social, os Ministros foram mais cautelosos no momento da tomada da decisão, deixando-se influenciar pelos votos proferidos durante a sessão de julgamento, potencializando o caráter deliberativo da Corte. A conjuntura de uma sociedade complexa e dinâmica tem feito com que os Ministros adentrem em conteúdos substantivos no momento da análise da constitucionalidade das leis, não mais se restringindo, apenas, a uma compatibilidade formal das leis com a Constituição, mas a uma compatibilidade material.

A relativização do conhecimento científico e a consciência de que toda atividade humana desenvolvida na sociedade acarreta algum tipo de risco, que em consequência gera

uma sensação de incerteza e insegurança tem influenciado a fundamentação dos votos proferidos pelos Ministros. Nos votos proferidos na liminar, a maioria dos Ministros se filiou ao posicionamento defendido pelo Ministro Joaquim Barbosa, que grande destaque atribuiu à complexidade da atualidade, fazendo esclarecimentos de natureza científica do amianto branco, atestando que as atividades relacionadas à exploração desta substância causam malefícios à saúde humana, destacando que não há níveis seguros para a exposição humana ao amianto. O mesmo aconteceu com os dois votos proferidos no julgamento final das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, já que tanto o Ministro Marco Aurélio quanto o Ministro Ayres Britto que, apesar de posicionamentos opostos, evidenciam que na atualidade, a sociedade apresenta-se complexa quando não mais é possível obter um conhecimento científico que possibilite tomar uma decisão de forma segura e confiável. E neste cenário, o Supremo Tribunal Federal destaca-se por ser o responsável por mais uma importante decisão política e social para a sociedade brasileira.

2 PÓS-MODERNIDADE E AS TRANSFORMAÇÕES VIVENCIADAS PELO SISTEMA JURÍDICO

Vivem-se tempos de grandes transformações, elevado desenvolvimento científico e tecnológico e de grande complexidade social. A dinâmica da sociedade contemporânea implica um novo estilo de vida, baseado em futuros potenciais, tendo em vista as áreas de imprevisibilidade que surgem diariamente e a busca incessante dos indivíduos pela própria individualização¹⁶.

Este momento, apesar de toda a discussão a respeito da terminologia, tem sido, comumente, designado como pós-modernidade e refere-se a um novo modo de vida e a uma nova percepção da realidade que tem ocasionado algumas transformações na sociedade atual. Muitos questionamentos são feitos quanto à possibilidade de a sociedade brasileira vivenciar as transformações da pós-modernidade, no entanto não se pode ignorar a intensa globalização vivida, assim não é possível afirmar o Brasil está totalmente alheio aos reflexos do momento pós-moderno.

Destaca-se que, diversos setores passam a sofrer os impactos deste novo momento pelo qual a sociedade está passando e no meio de todas estas transformações, é claro que o sistema jurídico também sofre alguns reflexos.

As transformações no sistema jurídico ocorrem em virtude da superação do monismo estatal, do surgimento de novos direitos, da alteração dos bens juridicamente relevantes, do surgimento dos conflitos transindividuais, da impossibilidade de o direito acompanhar a atual realidade social complexa e dinâmica, bem como pela superação da dicotomia entre direito público e privado e pela normatização dos princípios. Salienta-se ainda, o surgimento de conflitos de alta complexidade, tipicamente de uma sociedade de risco.

Esta conjuntura tem contribuído para que a tomada das decisões políticas e sociais fundamentais da sociedade seja transferida para o Supremo Tribunal Federal, fazendo com

¹⁶ Individualização no sentido em que Beck (1997, p. 24) propõe que “significa, primeiro, a desincorporação, e, segundo a reincorporação dos modos de vida da sociedade industrial por outros modos novos, em que os indivíduos devem produzir, representar e acomodar suas próprias biografias.”. O autor (1997, p. 25) segue afirmando que na “sociedade industrial clássica, as maneiras coletivas de viver são compreendidas de uma forma que se assemelha às bonecas russas, que se encaixam uma dentro da outra. A classe supõe a família nuclear, que presume os papéis dos sexos, que presume a divisão do trabalho entre os e mulheres, que presume o casamento. [...] Estes são apenas alguns exemplos de como, de certa maneira, as categorias das situações de vida e da conduta de vida da sociedade industrial presume uma à outra. Com a mesma certeza, elas estão sendo sistematicamente desincorporadas e reincorporadas – é essa, a importância da teoria da individualização. Elas estão sendo substituídas não por um vazio (que é precisamente o alvo da maior parte das refutações à teoria da individualização), mas antes por um novo tipo de condução e disposição da vida – não mais obrigatória e ‘incorporada’ (Giddens) nos modelos tradicionais, mas baseada em regulamentos do *welfare state*.”.

que a tecnocracia ganhe força no cenário brasileiro através da atuação desta instituição, já que os Ministros do STF tornam-se os responsáveis por determinar questões políticas e sociais importantes para a sociedade e estas decisões são tomadas pelo STF baseadas em dados técnicos e estudos científicos.

2.1 Breves apontamentos sobre o momento moderno e o pós-moderno

Tradicionalmente referem-se a três momentos da sociedade: momento pré-moderno, momento moderno e pós-moderno. Cada um destes momentos tem suas peculiaridades e importância bem definidas, mas as fases que mais importam para o desenvolvimento deste trabalho são a modernidade e a pós-modernidade¹⁷.

Anthony Giddens (1991, p.11) afirma que a “ ‘modernidade’ refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVIII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais a sua influência.”. Por sua vez, a discussão sobre a pós-modernidade “vem da percepção de que estamos vivendo uma série de mudanças que nos afetam direta e indiretamente, e que é preciso entender – ainda que não se tenha chegado a um acordo claro sobre o significado e impacto de cada uma ou do conjunto delas sobre a vida social.” (TASCHNER, 1999, p. 7).

Para melhor compreensão do estudo proposto, a seguir será feita uma análise das origens e das principais características da modernidade e da pós-modernidade destacando as principais diferenças entre os dois momentos.

2.1.1 Considerações sobre o momento moderno

Costuma-se designar a modernidade como sendo a fase que se inicia a partir do século XVIII, especialmente pós Revolução Francesa e Revolução Industrial, caracterizada pelo início do desenvolvimento industrial, marcada, entre outros fatores, pela crença na racionalidade e que o desenvolvimento científico e tecnológico levaria a sociedade a uma situação de segurança e estabilidade.

A concepção de sociedade, que atualmente é estudada pela sociologia, surgiu com o advento do momento moderno, isso porque as sociedades do momento pré-moderno não eram claramente delimitadas, como a ideia de Estados-nação que surgiu apenas na época

¹⁷ O termo modernismo assim como o pós-modernismo possui sua origem na América Hispânica. O termo modernismo surgiu com um poeta da Nicarágua para designar um movimento estético, isso ocorreu por volta de 1890 (ANDERSON, 1999, p. 9-10).

moderna. Naquela época, existiam fronteiras agrícolas “no sentido que os geógrafos atribuem ao termo, embora comunidades agrícolas menores e sociedade de caçadores e coletores normalmente se diluíssem em outros grupos em torno delas e não fossem territoriais no mesmo sentido que as sociedades baseadas no estado.” (GIDDENS, 1991, p. 22-23).

Roth (2010, p. 16) afirma que no Estado moderno:

Em primeiro lugar, instituiu-se a separação entre esfera pública, dominada pela racionalidade burocrática do Estado, e uma esfera privada sob o domínio dos interesses pessoais. Em segundo lugar, o Estado Moderno dissocia o poderio político (poder de dominação legítima legal-racional) do poderio econômico (posse dos meios de produção e de subsistência) que se encontram reunidos no sistema feudal. E para terminar, o Estado Moderno realiza uma estrita separação entre as funções administrativas e políticas, tornando-se autônomo da sociedade civil.

Quanto ao modelo de estado, conforme Bonavides (2004a, p.40) a sociedade do momento moderno é marcada pelo predomínio de um Estado Liberal, mais preocupado com o ideal de liberdade entre os indivíduos e tendo o Estado como inimigo dos cidadãos. Além disso, como sociedade de menor complexidade, é caracterizada, principalmente, por conflitos individuais, bem como pelo domínio do ideal positivista¹⁸.

Segundo Santos (1990, p. 13), a modernidade tem como uma de suas características principais ser dicotômica, e “o que em última instância se deve atribuir ao modelo de racionalidade cartesiana que lhe subjaz”. Esta dicotomia é exemplificada pelo autor da seguinte forma: sujeito/objeto, arte/vida, estilo/função, entre outros.

Estas dicotomias têm como característica fundamental o fato de que entre elas inexistem ou há uma alta carência de mediações. Isso implica em uma relação interativa já que, a ausência de mediações induz a um aumento das polarizações e ao mesmo tempo o aumento das dicotomias agrava os problemas das mediações (SANTOS, 1990, p. 14).

Como consequência pode-se apontar o fato de que em alguns momentos da vida, ou setores da sociedade há a atribuição de preferências a um dos polos em detrimento do outro, e isso induz, segundo Santos (1990, p. 14), a que no momento seguinte, como reação, seja atribuído a preferência ao outro polo que foi preterido no momento anterior.

¹⁸ O ideal positivista se pautava na separação entre direito e moral. Kelsen (1998) um dos principais representantes do positivismo entendia ser a ciência jurídica um “dever ser”, portanto o direito seria a norma jurídica.

Streck (2014, p. 23) por sua vez, aduz que a modernidade rompeu com o “medieval”, além disso, trouxe a ideia de sujeito, Estado, direito e instituições. Neste sentido, Mendonça (2003, p. 152) afirma que “[...] a tendência moderna era exatamente a de negar a cultura do medieval e as ideias cultivadas pela Igreja, com a formulação de novos padrões culturais, centrados no homem e na razão.”.

Lyotard (2013, p. xv) destaca como uma das principais características da ciência na modernidade o metadiscuro, que é quando se: “recorre explicitamente a algum grande relato, como a dialética do espírito, a hermenêutica do sentido, a emancipação do sujeito racional ou trabalhador, o desenvolvimento da riqueza, decide-se chamar “moderna” a ciência que a isto se refere para legitimar.”. Corroborando com este entendimento, para Weber (2004) o desencantamento e a racionalidade são as duas grandes características do momento moderno.

A liberdade é considerada como um dos pilares da modernidade, conforme bem assevera Cruz e Bodnar (2011, p. 76-77), “a liberdade moderna foi uma conquista do liberalismo preocupado, enquanto corrente doutrinária, com a limitação do poder e com o grau de interferência dos outros e do Estado na vida das pessoas”. O termo liberdade também deve ser encarado segundo os autores como direito à diversidade. Os autores (2011, p. 77) seguem afirmando ainda que, “a liberdade como paradigma do direito moderno, passou a consistir em não estar sujeito à restrição e à violência por parte de outras pessoas, o que não pode ocorrer quando não há Estado de Direito em sua concepção Kantiana, que agrega o ‘democrático’ ao termo.”.

O momento moderno também apresenta um tipo específico de modernização, e como esclarece Scott Lash (1997, p. 138-139), a modernização simples, típica da sociedade moderna possibilita “a empresa mesoeconômica vertical e horizontalmente integrada, funcionalmente departamentalizada [...]”. Tal modernização, nos dizeres do autor pressupõe uma subjugação do indivíduo, ou seja, tem-se um indivíduo dominado e submisso.

Outro traço característico da modernidade são as discontinuidades. Como sinais destas discontinuidades, cita-se o ritmo de mudança, o escopo da mudança e a natureza intrínseca das instituições modernas. Pela primeira característica destaca-se o fato de que por mais dinâmicas que as sociedades do momento pré-moderno fossem, na modernidade o ritmo de mudança é muito mais intenso, veja o caso da tecnologia. A segunda característica refere-se ao fato de que os objetivos das mudanças são distintos das sociedades do momento pré-moderno, isso em virtude dos movimentos de transformação social. E quanto à última discontinuidade aqui apresentada, salienta-se que na modernidade surgiram instituições,

como o sistema político do estado-nação¹⁹ e a total transformação em mercadoria de produtos e trabalho assalariado, até então inexistentes (GIDDENS, 1991, p. 15-16).

No momento moderno, de fato ocorreu o desenvolvimento e a universalização das instituições sociais, o que sem dúvida alguma, propiciou aos indivíduos maiores oportunidades e mais segurança quando comparada aos tempos pré-modernos, no entanto, a modernidade também possui “um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual.” (GIDDENS, 1991, p. 16).

Neste sentido, Harvey (2006, p. 25) afirma que apesar de os projetos da modernidade serem vistos pela grande maioria como uma transformação benéfica para a sociedade, ela não ficou imune às críticas, conforme destacado pelo autor, Edmund Burke foi um dos descontentes e duvidosos com a Revolução Francesa. Malthus, outro crítico citado pelo autor, defendia que a sociedade nunca ficaria liberta da possibilidade de escassez natural, bem como da necessidade.

Ao analisar as percepções positivas sobre a modernidade, Giddens (1991, p. 19-17) afirma que:

Tanto Marx como Durkheim viam a era moderna como uma era turbulenta. Mas ambos acreditavam que as possibilidades benéficas abertas pela era moderna superavam suas características negativas. Marx via a luta de classes como fonte de dissidências fundamentais na ordem capitalista, mas vislumbrava ao mesmo tempo a emergência de um sistema social mais humano. Durkheim acreditava que a expansão ulterior do industrialismo estabelecia uma vida social harmoniosa e gratificante, integrada através de uma combinação da divisão do trabalho e do individualismo moral.

O lado sombrio²⁰ da modernidade é esclarecido por Giddens (1991, p. 17) quando ele afirma que, apesar de alguns autores como Marx e Durkheim preverem que o trabalho, no momento moderno, acarretava situações degradantes, não se imaginou que as consequências do desenvolvimento da força de produção seriam tão prejudiciais ao meio ambiente, em suas palavras:

¹⁹ Outras formas sociais citadas por Giddens (1991, p. 16) são: “[...] a dependência por atacado da produção de fontes de energia inanimadas, ou a completa transformação em mercadoria de produtos e trabalho assalariado.”. A cidade também é citada pelo autor (1991, p. 16), que esclarece: “Os modernos assentamento urbanos frequentemente incorporam os locais das cidades tradicionais, e isto faz parecer que meramente expandiram-se a partir delas. Na verdade, o urbanismo moderno é ordenado segundo princípios completamente diferentes dos que estabeleceram a cidade pré-moderna em relação ao campo em períodos anteriores.”.

²⁰ Outro exemplo do lado sombrio da modernidade é o uso consolidado do poder político, particularmente como demonstrado em episódios de totalitarismo (GIDDENS, 1991, p. 17).

[...] não se chegou prever que o desenvolvimento das “forças de produção” teria um potencial destrutivo de larga escala em relação ao meio ambiente material. Preocupações ecológicas nunca tiveram muito espaço nas tradições de pensamento incorporadas na sociologia, e não é surpreendente que os sociólogos hoje encontrem dificuldades em desenvolver uma avaliação sistemática delas.

Giddens (1991, p. 25) afirma que o momento moderno é também caracterizado por um intenso dinamismo, em que não há coincidência entre o tempo e o espaço, bem como da alteração nas relações sociais, em suas palavras:

O dinamismo da modernidade deriva da *separação do tempo e do espaço* e de sua recombinação em forma que permitem o “zoneamento” tempo-espacial preciso da vida social; do *desencaixe* dos sistemas sociais (um fenômeno intimamente vinculado aos fatores envolvidos na separação tempo-espço); e da *ordenação e reordenação reflexiva* das relações sociais à luz das continuas entradas (*inputs*) de conhecimento afetando as ações de indivíduos e grupos.

Importante salientar ainda com relação à dinâmica entre espaço e tempo é que, com as instituições modernas é possível realizar a conexão entre o local e o global, o que em tempo de pré-modernidade seria impensável. Com esta nova possibilidade, inevitavelmente há a intervenção na vida de várias pessoas simultaneamente (GIDDENS, 1991, p. 28).

Em síntese, a modernidade foi o momento em que muitas promessas foram feitas, em que as metanarrativas e a racionalidade tinham o seu espaço na sociedade e acreditou-se no poder das ciências como produção de um conhecimento incontestável e seguro, no entanto, com o passar do tempo percebeu-se que não era mais possível utilizar explicações universais e totalizantes e que à medida que ocorria o desenvolvimento científico mais incerteza era produzida, surge então o momento, denominado por muitos, como pós-modernidade.

2.1.2 Considerações sobre a pós-modernidade

O termo pós-modernidade²¹ passou a ser muito utilizado nas últimas décadas e nas mais diversas áreas para designar o momento atual, no entanto, apesar de constantemente utilizado é muito contestado, já que para alguns autores não se trata de uma pós-modernidade. Neste sentido, Bauman (2011, p.112) afirma que:

²¹ Para Anderson (1999, p. 23), a ocasião fundamental para o termo pós-modernidade foi em 1972 com a publicação do periódico “Revista de Literatura e Cultura Pós-modernas”. Neste contexto, ele ressurgiu na literatura e na arquitetura e, desde então, passa a ser utilizado nos mais diversos segmentos.

Anthony Giddens encontrou uma saída para a situação ao brandir a expressão “modernidade tardia”. Achei difícil adotá-la. Nunca entendi como podemos saber que esta modernidade aqui e agora é “tardia”, e o que fazer para prová-la ou refutá-la. Além disso, a ideia de “modernidade tardia” implica o mesmo que o conceito de pós-modernidade: não se pode falar da fase “tardia” de um processo a menos que se presuma que esse processo chegou ao fim – e, portanto, que se possa observá-lo em sua “totalidade”.

O autor (2011, p. 112) segue defendendo que o termo mais adequado para a definição da sociedade contemporânea é “modernidade líquida”, já que pode significar a continuidade e a descontinuidade, em suas palavras:

O termo “segunda modernidade”, de Ulrich Beck, é melhor, mas em si mesmo um contêiner vazio que abriga toda a espécie de conteúdo. Nada diz sobre a diferença entre “segunda” modernidade e a “primeira”. Achei mais palatável a palavra *sumordenité*, de George Balandier; é uma pena que em inglês ela não soe tão bem como no francês. Daí minha proposta: modernidade líquida, que aponta ao mesmo tempo para o que é contínuo (a fusão, o desencaixe) e para o que é descontínuo (a impossibilidade de solidificação do fundido, o reencaixe). Até aqui tenho achado o conceito adequado e útil. Em Modernidade Líquida tentei examinar um a um alguns temas centrais e muito sensível incluídos na agenda social na era moderna, a fim de descobrir o que mudou e o que permaneceu incólume com o advento da fase “líquida”, e me parece que esse conceito ajuda a entender tanto as mudanças quanto as continuidades.

Contestando também a utilização do termo, Beck (2002, p. 3) esclarece que não se trata de uma pós-modernidade, mas de uma segunda modernidade em que se torna necessário um processo de reformulação da sociologia para que se torne possível “[...] um novo marco para a reinvenção da sociedade e da política”²².

Santos (1999, p. 76-77) faz o seguinte alerta²³ quanto ao termo pós-modernidade:

O paradigma cultural da modernidade constituiu-se antes de o modo de produção capitalista se ter tornado dominante e extingue-se antes de este último deixar de ser dominante. A sua extinção é complexa porque é em parte um processo de superação e em parte um processo de obsolescência. É superação na medida em que a modernidade cumpriu algumas das suas promessas e, de resto, cumpriu-as em excesso. É obsolescência na medida em que a modernidade está irremediavelmente incapacitada de cumprir outras das suas promessas. Tanto o excesso no cumprimento de algumas das promessas como o défice no cumprimento de outras são responsáveis pela situação presente, que se apresenta superficialmente como um de

²² Original: “[...] un nuevo marco para la reinvencción de la sociedad y la política.”.

²³ O autor (2004a, p.4) em outra oportunidade fará a mesma crítica. Conferir: SANTOS, Boaventura de Sousa. Do pós-moderno ao pós-colonial: e para além de um e outro. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf.

vazio ou crise, mas que é, a nível mais profundo, uma situação de transição. Como todas as transições são simultaneamente semicegas e semi-invisíveis, não é possível nomear adequadamente a presente situação. Por esta razão lhe tem sido dado o nome inadequado de pós-modernidade. Mas à falta de melhor, é um nome autêntico na sua inadequação.

Para Silva Filho (2010, p. 10) entre as promessas feitas pela modernidade e que não foram cumpridas está a possibilidade de alcançar a segurança, o bem-estar, a paz social, bem como a permanência das respostas dadas pelas ciências exatas e sociais, que tinham a pretensão à eternidade. Por outro lado, com relação às promessas feitas na modernidade que foram cumpridas em excesso, Santos (2000, p.24) destaca que:

[...] a promessa da dominação da natureza foi cumprida de modo perverso sob a forma de destruição da natureza e da crise ecológica [...]. Nos últimos 50 anos o mundo perdeu cerca de um terço de sua cobertura florestal. Um quinto da humanidade já não tem hoje acesso à água potável.

De fato, não é possível afirmar que a era moderna acabou, já que ainda subsistem e estão estáveis, muitos aspectos típicos da modernidade²⁴, daí a incoerência do termo pós-modernidade, mas é possível afirmar que se vive uma situação de transição, de mudanças de perspectivas e de paradigmas.

Neste sentido, Bittar (2008, p. 133-134) afirma que:

A pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isto é fato. Suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (impregnados do ideário burguês, capitalista e liberal), ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que a simples superação imediata da modernidade é ilusão. Obviamente, nenhum processo histórico instaura uma nova ordem, ou uma nova fonte de inspiração de valores sociais, do dia para a noite, e o viver transitivo é exatamente um viver intertemporal, ou seja, entre dois tempos, entre dois universos de valores – enfim, entre passado erodido e presente multifário.

Santos (1999, p. 76-77) destaca que é necessária a exata compreensão de que o paradigma cultural da modernidade se instalou antes da plena dominação do modo de produção capitalista e se extinguirá antes que este deixe de ser dominante. Assim, a extinção do paradigma cultural moderno é bastante complexa, já que se apresenta como um processo

²⁴ O modo de produção capitalista é um destes aspectos que ainda subsistem. Como destacado por Frank (1975, p. 98) uma das tendências da sociedade contemporânea é a importância do progresso técnico, mas não se pode falar em uma sociedade pós-industrial ou pós-capitalista. Juntamente com emprego do progresso técnico, necessariamente deve ser empregado o trabalho e nos moldes da produção capitalista.

de superação, bem como por um processo de obsolescência. Por um lado, há a superação tendo em vista o cumprimento de parte das promessas feitas no momento moderno, e em alguns casos as cumpriu em excesso, e por outro lado, a obsolescência já que não poderá cumprir algumas de suas promessas. O autor (1999, p. 77) segue afirmando que, este descompasso entre o excesso por um lado e a insuficiência por outro é o grande responsável pela atual situação.

Diniz (2009, p. 648), corroborando com este entendimento esclarece que:

A grande aposta do espírito moderno nas conquistas econômicas e tecnocientíficas, e claro em níveis presumivelmente maiores de emancipação, integração e liberdade capitaneadas por ela, revelou-se ao fim e ao cabo uma desilusão. As promessas e utopias modernas foram originariamente concebidas tendo como pano de fundo, sociedades europeias relativamente diferenciadas e com baixo grau de complexidade, se comparado com as condições sociais vigentes na atualidade.

Apesar de toda esta divergência e debate sobre a denominação adequada para o momento contemporâneo, o fato é que há consenso entre os estudiosos de que grandes transformações têm ocorrido na atualidade e que uma nova ordem está se instalando.

Importante observação e contribuição faz Harvey (2006, p. 19) quando esclarece que:

Mais positivamente, os editores da revista de arquitetura PRECIS 6 (1987, 7-24) veem o pós-modernismo como legítima reação à "monotomia" da visão de mundo do modernismo universal. "Geralmente percebido como positivista, tecnocêntrico e racionalista, o modernismo universal tem sido identificado com a crença no progresso linear, nas verdades absolutas, no planejamento racional de ordens sociais ideais, e com a padronização do conhecimento e da produção". O pós-moderno, em contraste, privilegia a "heterogeneidade e a diferença como forças libertadoras na redefinição do discurso cultural". A fragmentação, a indeterminação e a intensa desconfiança de todos os discursos universais ou (para usar o termo favorito) 'totalizantes' são o marco do pensamento pós-moderno.

Santos (2002, p. 89) define o momento atual como "um período de grande abertura e indefinição, um período de bifurcação cujas transformações futuras são imperscrutáveis. [...] Nestas circunstâncias, não admira que o período actual seja objeto de várias e contraditórias leituras."

Enriquecendo ainda mais este debate, Taschner (1999, p. 6) afirma que "a pós-modernidade aparece, ora como um momento que sucede à modernidade, ora como um momento que se contrapõe a ela, ora como um evento que, como tal, rompe com ela e seu quadro referencial, o que evidentemente implica significados distintos."

Harvey (2006, p. 19) esclarece que talvez só houvesse consenso em afirmar que o pós-modernismo seria uma confrontação ou distanciamento do que é moderno, e como este conceito também é um tanto quanto obscuro, inevitavelmente também o seria o termo pós-modernismo. O fato é que a sociedade contemporânea está passando por um período em que as “[...] consequências da modernidade estão se tornando mais radicalizadas e universalizadas que antes”²⁵ (GIDDENS, 1991, p. 13).

Na atual conjuntura pós-moderna há uma tendência a não mais aceitar visões totalizantes, como as metanarrativas, há uma incredulidade quanto ao que é científico²⁶ e técnico, não se acredita mais na possibilidade de uma estabilidade e sistematizações. Todos estes discursos são substituídos à “incitação ao pontual, ao fragmentário, ao local, ao instável, ao diferente, ao errático, ao senso comum, à experiência estética, ao irracional.” (DINIZ, 2009, p. 648).

Neste sentido, Lyotard (2013, p. xvi) afirma que:

[...] simplificando ao extremo, considera-se “pós-moderna” a incredulidade em relação aos metarrelatos. É, sem dúvida, um efeito do progresso das ciências, mas este progresso, por sua vez, a supõe. Ao desuso do dispositivo metanarrativo de legitimação corresponde, sobretudo a crise da filosofia metafísica e da instituição universitária que dela dependia.

Harvey (2006, p. 19) também defende que uma das principais características da atualidade e que é comum a diversos autores que estudam o momento pós-moderno é justamente a rejeição às metanarrativas²⁷, típicas da modernidade. Ou seja, vivencia-se na sociedade a decadência de conceitos totalizantes e caminha-se para uma sociedade heterogênea e plural.

Lyotard (2013, p. xvii) alerta para o fato de que, não é possível desconsiderar que:

A condição pós-moderna é, todavia, tão estranha ao desencanto como à positividade cega da deslegitimação. Após os metarrelatos, onde se poderá encontrar a legitimidade? O critério de operatividade é tecnológico, ele não é pertinente para se julgar o verdadeiro e o justo. Seria pelo consenso, obtido por discussão, como pensa Habermas? Isso violentaria a

²⁵ Nesta oportunidade, Giddens (1991, p. 13) irá defender que a sociedade contemporânea não está na fase pós-moderna, apenas vivencia as consequências universais e radicalizadas da modernidade.

²⁶ Como muito bem destacado por Beck (2008, p. 204), na contemporaneidade “[...] tiene lugar una trascendental *desmonopolización de las exigencias de conocimiento científico*: la ciencia resulta cada vez más necesaria, aunque también asimismo *menos suficiente* para la definición socialmente vinculante de la verdad [...]”.

²⁷ Nesta oportunidade, Harvey (2006, p. 19) conceitua metanarrativas como: “[...] interpretações teóricas de larga escala pretensamente de aplicação universal [...]”. Como exemplo, cita-se o marxismo, freudismo e as demais formas de razão iluminista.

heterogeneidade dos jogos de linguagem. E a invenção se faz sempre no dissentimento. O saber pós-moderno não é somente o instrumento dos poderes. Ele aguça nossa sensibilidade para as diferenças e reforça nossa capacidade de suportar o incomensurável. Ele mesmo não encontra sua razão de ser na homologia dos *experts*, mas na paralogia dos inventores.

Taschner (1999, p. 17), por sua vez, afirma que o momento contemporâneo é de crises de paradigmas, quando há os que defendem que a teoria marxista está falida já que contemporaneamente grande parte da produção é automatizada, portanto não haveria mais a noção do “valor do trabalho humano”, ademais há uma tendência, em virtude das novas tecnologias, para uma situação de desemprego estrutural. Por outro lado, há os que defendem que Marx a tudo isso previu e a globalização²⁸ seria apenas uma nova forma de manifestação do “imperialismo”.

Outro ponto relevante, é que as sociedades capitalistas contemporâneas têm passado por grandes transformações, no entanto, não deixaram de ter como estrutura o capitalismo, o que por vezes tem ocasionado algumas crises na sociedade. Estas crises ocorrem em diversas instituições da sociedade moderna e os debates centrais na atualidade relacionam-se, especialmente, com as mudanças nas instituições, especificamente “[...] as que sugerem que estamos nos deslocando de um sistema baseado na manufatura de bens materiais para outro relacionado mais centralmente com a informação. Mas frequentemente, contudo, estas controvérsias enfocam amplamente questões de filosofia e epistemologia.” (GIDDENS, 1991, p. 12).

Destaca-se ainda, que o tipo de modernização existente na sociedade atualmente, não é o mesmo do momento moderno. Neste sentido, Scott Lash (1997, p. 139) afirma que a sociedade contemporânea vive a modernização reflexiva, caracterizada por uma “democracia radical, plural, enraizada no localismo e nos interesses pós-materiais dos movimentos sociais.”. Esta modernização é marcada ainda, por um processo de individualização, que possibilita a manifestação de “subjetividade autônoma em relação a seus ambientes naturais, sociais e psíquicos.”.

Beck (2008, p 26-27), trazendo sua contribuição para a análise e debate da sociedade contemporânea, afirma que se vive em uma sociedade de risco, em que há o despertar da consciência da sociedade, de que todas as atividades desenvolvidas envolvem, necessariamente, “ameaças colaterais”. Destaca-se que este fenômeno não é novo, mas por muito tempo a sociedade não o percebeu, já que estava mais preocupada em superar a

²⁸ Conforme destacado por Santos (2002, p. 27), é necessário conferir importância, tanto à globalização econômica quanto na social, política e cultural, para uma real análise da sociedade.

miséria que a acometia. Para o autor, concomitante ao processo de modernização, desenvolvia-se também forças destrutivas.

Neste sentido, Beck destaca que uma das características da contemporaneidade é a presença constante dos riscos no cotidiano dos indivíduos, que tem ocasionado mudanças no sistema da política. O autor (2008, p. 240) sustenta a ocorrência de quatro situações, que ele divide em quatro teses. Entre estas teses destaca-se a que ele designa da seguinte forma:

[...] o enfraquecimento da intervenção do Estado social devido a seu sucesso e as ondas de grandes inovações tecnológicas com ameaças para o futuro até esse momento desconhecidas - somam-se a uma *dissolução da política* e, na verdade em duplo sentido: por um lado, direitos estabelecidos e admitidos reduzem as margens de atuação *no* sistema político e originam, *à margem* do sistema político, reivindicações de participação política em forma de uma *nova cultura política* (iniciativas cidadãos, movimentos sociais). A perda do poder de realização e configuração estatal não é, neste sentido, expressão de um fracasso político, mas produto de uma generalização da democracia e do Estado social, circunstância na qual, os cidadãos aprendem a utilizar, para assegurar seus interesses e direitos, todos os meios de controle e assessoramento público e jurídico²⁹. Por outro lado, o desenvolvimento técnico-científico deixa de ser um âmbito não político, em função do alcance de seu potencial de transformação e de capacidade de causar danos. *Tradução nossa*

Beck (2008, p. 240) então afirma que os debates que têm ganhado destaque na sociedade, já não são os parlamentares, nem mesmo as decisões do Poder Executivo, mas os que se relacionam com a tecnologia, tais como: tecnologia nuclear, microeletrônica, genética humana etc.. E, destaca-se que, estes debates tem se posicionado entre a categoria da política e da não política. O autor designa este âmbito de *subpolítica*. Eis, mais um aspecto da sociedade de risco.

²⁹ Original: “[...] la desaparición del intervencionismo del Estado social en función de su éxito y de las oleadas de grandes innovaciones tecnológicas con amenazas para el futuro hasta ese momento desconocidas – se funden en una *delimitación de la política*, y concretamente en un doble sentido: por una parte, derechos generalizados y admitidos circunscriben el margen del actuación *al* sistema político y generan, *al margen* del sistema político, reivindicaciones de participación política en forma de una *nueva cultura política* (iniciativas ciudadanas, movimiento sociales). La pérdida del poder de realización y configuración estatal no es, en este sentido, expresión de una renuncia política, sino producto de la generalización de la democracia y del Estado social, circunstancia en la cual los ciudadanos aprenden a utilizar, para asegurar sus intereses y derechos, todos los medios del control y asesoramiento público y jurídico. Por otra parte, el desarrollo científico-técnico deja de ser un ámbito no político, ne função del alcance de su potencial de transformación y de capacidad de causar daños.”.

Contribuindo com a temática, Giddens (1991, p. 52) irá afirmar que no momento contemporâneo³⁰ vivem-se tempos em que o conhecimento seguro e certo passa a não ser mais possível, sendo que:

[...] desde que todos os “fundamentos” preexistentes da epistemologia se revelaram sem credibilidade; que a “história” é destituída de teologia e consequentemente nenhuma versão de “progresso” pode ser plausivelmente defendida; e que uma nova agenda social e política surgiu com a crescente proeminência de preocupações ecológicas e talvez de novos movimentos sociais em geral.

A ciência, um dos pontos fortes e de sustentação do momento moderno, passa a ser relativizada e contestada no momento contemporâneo. Beck (2008, p. 213) defende tal assertiva, afirmando que na sociedade contemporânea não há mais que se falar em monopólio do conhecimento pelas ciências já que “[...] a ciência torna-se cada vez *mais necessária*, mas ao mesmo tempo cada vez *menos suficiente* para a definição socialmente vinculante da verdade.”³¹. E tal situação como esclarecido pelo autor (2008, p. 212), não se deve ao fracasso da ciência, muito pelo contrário, é uma consequência de seu êxito conquistado nos últimos tempos.

Com a relativização da ciência, como detentora da verdade e propiciadora da segurança e com a conscientização de que risco na sociedade é inerente às atividades desenvolvidas, instaura-se um clima de insegurança e medo entre os indivíduos que passam a reavaliar e questionar algumas práticas cotidianas.

Assim, algumas práticas passam a ser revisadas e segundo Beck (2002, p. 07):

A sociedade do risco global exige uma abertura do processo de decisão, não apenas dos estados, mas também das corporações privadas e das ciências. Exige uma reforma institucional dessas “relações de definição”, a estrutura oculta de poder dos conflitos de risco. Isto poderia encorajar as inovações no meio ambiente e contribuir para construir uma esfera pública melhor desenvolvida, em que pudesse debater e decidir as questões valorativas cruciais subjacentes ao risco³². *Tradução nossa*

³⁰ Nesta oportunidade, o autor fará a distinção do que, em seu entendimento, seria pós-modernismo e pós-modernidade, já que em muitos momentos são usados como sinônimos: “A pós-modernidade se refere a algo diferente, ao menos como eu defino a noção. Se estamos nos encaminhando para uma fase de pós-modernidade, isto significa que a trajetória do desenvolvimento social está nos tirando das instituições da modernidade rumo a um novo e diferente tipo de ordem social. O pós-modernismo, se ele existe de forma válida, pode exprimir uma consciência de tal transição, mas não mostra que ela existe.” (GIDDENS, 1991, p. 52).

³¹ Original: “la ciencia se convierte en irrenunciable y a su vez queda despojada de su originaria pretensión de validez.”

³² Original: “la sociedad del riesgo global exige una apertura del proceso de decisión, no sólo de los estados, sino también de las corporaciones privadas y las ciencias. Exige una reforma institucional de esas “relaciones

Esta conjuntura tem ocasionado reflexos no sistema de tomada de decisões da sociedade brasileira que começa a sofrer algumas alterações. O modelo de decisão da sociedade industrial e a universalidade de suas consequências variam de acordo com as épocas e como destaca Beck (2002, p. 50) “[...] na medida em que as decisões relacionadas à dinâmica científica, técnico-econômica seguem organizando-se no nível do estado nação e a empresa individual, as ameaças resultantes nos convertem em membros de uma sociedade do risco global.”³³.

Dessa forma, novas responsabilidades surgem com a tomada da decisão, além da concepção de que toda decisão envolve a criação de um risco. Neste sentido, Beck (1997, p. 20) afirma que “Os riscos são infinitamente reproduzíveis, pois se reproduzem juntamente com as decisões e os pontos de vista com que cada um pode e deve avaliar as decisões na sociedade pluralista.”. O autor (1997, p. 21) segue afirmando que “[...] os riscos não apenas pressupõem decisões, mas definitivamente também liberam decisões – tanto individuais como em um sentido fundamental.”.

Além disso, surgem na sociedade casos complexos e polêmicos que dividem a sociedade em lados opostos, já que não é possível obter consenso científico nem moral sobre o tema. Diante destes casos, os poderes políticos, Poder Legislativo e Poder Executivo, por vezes, têm se omitido de tomar alguma decisão e se posicionar, já que temem sofrer represarias de setores da sociedade. Ademais, esta falta de consenso sobre questões complexas e controversas também causa reflexos na produção legislativa.

Neste sentido, Beck (2008, p. 242) esclarece que no momento contemporâneo tem ocorrido o enfraquecimento da importância do parlamento como origem da formação da vontade. Decisões que, por atribuição constitucional, são da competência do parlamento, bem como de cada um dos deputados que compõem o parlamento, tem sido transferidas para a responsabilidade de outras instâncias, como líderes dos partidos. O autor atribui este fenômeno à complexidade progressiva das relações existentes na sociedade contemporânea.

Assiste-se ainda, segundo Beck (2008, p. 242-243), a uma cientificização das decisões políticas que passam a ser orientadas e fundamentadas, principalmente, em laudos científicos. Tal fenômeno também pode ser constatado nas decisões jurídicas que cada vez

de definición”, la estructura oculta de poder de los conflictos de riegos. Esto podría alentar las innovaciones medioambientales y contribuir a construir una esfera pública mejor desarrollada, en la que puedan debatirse y juzgarse las cuestiones valorativas cruciales que subyacen a los conflictos de riesgo (véase Jacobs, 1997).”.

³³ Original: “[...] en la medida en que las decisiones ligadas a la dinámica científica, técnico económica siguen organizándose en el nivel del estado-nación y la empresa individual, las amenazas resultantes nos convierten a todos en miembros de una sociedad del riesgo global.”.

mais, quando se trata de casos complexos e controversos, têm sido subsidiadas e fundamentadas em estudos científicos e dados técnicos.

Note que este contexto tem sido vivenciado pela sociedade brasileira, tendo em vista que na atualidade assiste-se à transferência da competência parlamentar para o Supremo Tribunal Federal, já que frequentemente tem sido acionado, através do exercício da jurisdição constitucional, para resolver casos típicos da pós-modernidade quando a situação ainda não foi disciplinada legalmente, como ocorreu no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que autorizou a antecipação do parto quando tratar-se de fetos anencefalos ou quando há legislações da esfera federal e estadual contraditórias e que ofendam a Constituição na hipótese das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/SP que discutem a proibição da exploração do asbesto/amianto da variedade crisotila, caso este complexo, já que para sua resolução é necessário adentrar em questões científicas e de grande repercussão social, já que a decisão afetará um número indeterminado de pessoas.

O fato é que, na atualidade a sensação a que os indivíduos estão submetidos é justamente de que os tempos mudaram e uma nova forma de vida deve ser adotada, neste sentido Bobbio (2004, p. 211) esclarece que:

[...] o tempo vivido não é o tempo real: algumas vezes pode ser mais rápido; algumas vezes mais lento. As transformações do mundo que vivenciamos nos últimos anos, sejam por causa da precipitação da crise de um sistema de poder que parecia muito sólido e, alias, ambicionava representar o futuro do planeta, seja por causa da rapidez dos progressos técnicos, suscitam em nós o dúplice estado de espírito do encurtamento e da aceleração dos tempos. Sentimo-nos às vezes à beira do abismo e a catástrofe impende. Nós nos salvaremos? Como nos salvaremos? Quem nos salvará?

Em síntese, o momento contemporâneo apresenta-se muito mais complexo, imprevisível e inseguro que outrora. É necessário adaptar-se à realidade de futuros potenciais com a presença constante dos riscos nas atividades cotidianas desenvolvidas da sociedade. Parte desta nova fase deve-se ao fim do monopólio da verdade pelas ciências e pela constatação de que muitas atividades desenvolvidas não estão completamente sob o controle do homem, pelo contrário, na atualidade não é mais possível prever as reais consequências de uma atividade e nem mesmo identificar os autores e responsáveis de um fato. Até mesmo as noções básicas de responsabilidade foram alteradas para se adaptar à realidade complexa dinâmica e imprevisível. Nos últimos tempos grandes transformações

ocorreram e outras ainda estão ocorrendo, instaurando uma nova ordem social, científica e jurídica. Tais transformações ensejaram um ambiente de grande complexidade, questionamentos e na reformulação das práticas e procedimentos tradicionalmente utilizados na sociedade.

2.2 A pós-modernidade na realidade brasileira

No período em que o típico capitalismo liberal era dominante havia uma separação entre o Estado e a sociedade civil, estes eram institutos autônomos constituindo cada um uma unidade. A sociedade civil era autorreguladora e era função do próprio Estado garantir esta autonomia. Ocorre que, com o passar dos anos esta realidade foi se alterando e grandes transformações ocorreram na relação entre Estado e sociedade, especialmente em virtude do domínio do modo de produção capitalista.

Em decorrência da complexidade social foi necessária a intervenção do Estado em diversos setores da sociedade³⁴. Outra transformação foi a politização de questões que eram consideradas como tipicamente sociais, ocasionando a expansão do processo político. É justamente neste período que surge o Estado do Bem-Estar Social³⁵.

Faria (2010, p. 7) defende que:

É justamente neste momento que o Estado Liberal se transformou no Estado-Providência, cuja função básica era promover o crescimento econômico, por um lado, e assegurar a proteção dos cidadãos mais desfavorecidos, por outro. [...] o Executivo se converteu em instrumento de consecução de objetivos concretos; seu sistema jurídico é, então, concebido como técnica de gestão e regulação da sociedade; e, sob a forma clássica das regras gerais, abstratas e impessoais, a legislação passou a favorecer ou proteger determinados interesses privados erigidos em interesses públicos. Desse modo, o Estado deixou de ser aquela associação “ordenadora” típica do Estado de Direito clássico, que tinha a legitimidade do uso da coação jurídica, renunciando em contrapartida, a intervir no campo econômico e social; e se tornou uma associação eminentemente “reguladora”, na perspectiva de um Estado Social de Direito. Este tipo de Estado chegou ao seu apogeu nos anos 50 e 60, começando a fenecer na década de 70 – o período histórico em que surgiram e se consolidaram os diferentes fatores responsáveis pelo fenômeno da globalização econômica.

³⁴ Entre as principais intervenções do Estado na sociedade podem-se citar as que ocorrem no setor da economia e de políticas públicas.

³⁵ Conforme Benevides (2011), este modelo de Estado apresentou três regimes: Liberal, Conservador e Social-Democrata.

Enquanto muitos países³⁶ na comunidade mundial viviam o apogeu do Estado do *Welfare State*³⁷, o Brasil estava em um momento conturbado, com os antecedentes de um golpe militar, que culminaram em uma cruel ditadura, que se estendeu de 1964 até a década de 80, quando finalmente ocorreu a democratização do país. Ou seja, não é possível afirmar que o Brasil³⁸, viveu efetivamente este modelo de Estado, mas não se pode desconsiderar, alguns dos principais aspectos desta tendência mundial, para compreender a atual realidade brasileira.

O Estado do *Welfare State* conduziu a um novo tipo de regulação social baseado na convergência do desenvolvimento do Estado e do mercado, considerando o conflito entre estes institutos como provisórios, seletivos e institucionalizados. Neste período, ocorreu o fortalecimento do princípio da comunidade. Além disso, este período é caracterizado por uma política de solidariedade que é essencial para o fortalecimento do princípio da comunidade (SANTOS, 2002, p. 148).

Boaventura de Sousa Santos (2002, p. 148) defende que “na verdade com o Estado-Providência a obrigação política horizontal transformou-se numa dupla obrigação vertical entre os contribuintes e o Estado, e entre os beneficiários das políticas sociais e o Estado.”, portanto, este princípio da comunidade foi apenas um reconhecimento derivado, já que “[...] ocorreu sob a égide do princípio do Estado e como parte integrante da expansão deste princípio.”. Nas palavras do autor (2002, p. 149), este capitalismo organizado possibilitou “conciliar objectivos antagónicos e equilibrar interesses que o período anterior considerara insusceptíveis de conciliação e de equilíbrio.”.

Benevides (2011, p. 12) sintetiza as características do Estado do Bem-Estar Social, afirmando que se trata de uma ação do Estado na elaboração e implementação de políticas sociais, “reduzindo os riscos sociais aos quais os indivíduos estão expostos, baseando-se em uma noção de direito social”. Busca-se também, reduzir os impactos negativos das adversidades do mercado na vida do indivíduo, buscando assegurar uma renda mínima à população, mesmo àqueles que estejam à margem do mercado, para que possam satisfazer, ao menos, suas necessidades básicas. Todas estas políticas sociais são combinadas com um incentivo ao desenvolvimento industrial.

³⁶ Entre eles Estados Unidos e grande parte dos países europeus.

³⁷ As denominações, Estado do Bem-Estar Social, Estado Providência e *Welfare State*, serão utilizadas como sinônimos neste trabalho.

³⁸ De fato, na década de 1930, no governo Getúlio Vargas, o Brasil vivenciou um momento de valorização do aspecto social nas políticas públicas, com a implementação de diversas políticas de cunho social nos mais variados aspectos. No entanto, tais políticas foram insatisfatórias, já que o Brasil continua apresentando até hoje altas taxas de pobreza e desigualdade social, ineficiência e baixa qualidade dos serviços prestados na saúde e educação, presença marcante de trabalhadores no mercado informal, dentre vários outros deficiências.

No Brasil, durante o período de ditadura militar verificou-se um intenso incentivo ao desenvolvimento industrial, bem como uma constante intervenção³⁹ do Estado na economia, o que propiciou o desenvolvimento de uma infraestrutura voltada, especificamente, aos interesses dos grandes grupos capitalistas nacionais, especialmente os que mantinham vínculos com o capital estrangeiro.

Streck (2014, p. 28) afirma que:

O Estado interventor –desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi – especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores, fundo esse que, em 1966, *custou a estabilidade no emprego para milhões de brasileiros!* Exemplo disto é que, enquanto os reais detentores/destinatários do dinheiro do FGTS não têm onde morar (ou se moram, moram em favelas ou bairros distantes), nossas classes médio-superiores obtiveram financiamento (a juros subsidiados) do Banco Nacional de Habitação (sic) – depositário dos recolhimentos do FGTS – para construir casas e apartamentos na cidade e na praia... Isso para dizer o mínimo! Desnecessário lembrar que a parcela considerável dos financiamentos realizados na década de 70 do século passado sequer foram pagos até o final dos contratos, pela singela circunstância de que as prestações ficaram tão baixas que não valia a pena a emissão de carnes de cobrança.

Neste sentido, Sorj e Martucelli (2008, p. 2012) afirmam que o Brasil apesar de apresentar uma parcela da população, aquela que vive nos principais centros urbanos, tendo acesso “a um sistema de bem-estar próximo” ao largamente difundido na Europa, outra parcela da sociedade brasileira ainda vive em situação degradante, com pouco acesso aos serviços sociais básicos.

Ressalta-se que, esta não é uma realidade apenas do Brasil, mas como destacado por Baggio (2014, p. 635) os países latino-americanos possuem uma tradição de uma baixa efetivação constitucional, com “[...] sérios problemas de violações aos direitos [...]”, especialmente de garantias e direitos fundamentais.

³⁹ Como exemplo desta intervenção, pode-se citar a implementação do Plano de Ação Econômica do Governo (PAEG) que objetivava, principalmente, a implementação da correção monetária, que passou a possibilitar o reajuste dos contratos, dos títulos públicos e das dívidas tributárias fundamentados na inflação passada. Outro exemplo foi a criação do Banco Central que passou a controlar a oferta de moeda na economia, função esta antes desempenhada pelo Banco do Brasil. O diretores do Banco Central tinham mandados fixos e portanto possuíam a necessária independência para tomar qualquer medida, mesmo que impopular, sem sofrer possíveis consequências políticas. Conferir: <http://arte.folha.uol.com.br/especiais/2014/03/23/o-golpe-e-a-ditadura-militar/a-economia.html>. Acesso em 16 de setembro de 2015.

Como no Brasil o Estado Providência não se concretizou e com o advento da globalização⁴⁰ e a consequente necessidade de conquista de novos mercados, bem como com o aumento da concorrência, a classe social favorecida, qual seja as elites, não estão mais dispostas a sustentar o custo da busca e manutenção do Estado do Bem-Estar Social, já que os proveitos que poderiam extrair desta conjuntura não estão mais tão interessantes para esta classe.

Streck (2014, p. 23) então afirma que, no atual cenário marcado por uma intensa globalização, é imprescindível que seja rediscutido a função do estado, bem como os pressupostos para concretização da democracia e dos direitos fundamentais em países, especialmente o Brasil, que após o fim de um período de governo autoritário, e que não vivenciaram efetivamente a realidade de um Estado do Bem-Estar Social, deparam-se com um novo modelo de Estado, qual seja, neoliberal, fortemente caracterizado pela globalização.

A sociedade brasileira é carente da promoção dos indivíduos e, na atualidade, se depara com o modelo de Estado neoliberal, defendido por grande parte dos países como o mais adequado para a atual conjuntura. Dessa forma, como o Brasil ainda convive com um imenso déficit social⁴¹, em parte agravado durante o período de ditadura militar, é imprescindível que o Estado efetivamente garanta a promoção e efetivação dos direitos fundamentais. Neste sentido, Santos (1998, p. 9) defende que é imprescindível que exista um Estado forte para garantir os direitos em um contexto de intensa globalização neoliberal.

É necessário defender as instituições da modernidade e que, além disso, elas sejam fortes. As promessas feitas na modernidade, nas palavras de Streck (2014, p. 29-30) só foram aproveitadas por uma parcela dos brasileiros, e para os demais apenas o atraso, configurando um *apartheid* social. O Brasil ainda apresenta profundas desigualdades sociais combinadas com o binômio “estamento-patrimonialismo”.

Neste sentido, destaca-se que a sociedade brasileira vivenciou o que muitos chamam de modernidade tardia, e para Santos (2004b, s/p) “as características da “modernidade tardia” seriam a repetição da exclusão social, a disseminação das violências, a ruptura de

⁴⁰ Santos (2002, p.28) salienta que as transformações ocasionadas pela globalização “têm vindo a atravessar todo o sistema mundial, ainda que com intensidade desigual consoante a posição dos países no sistema mundial.”.

⁴¹ Cármen Lúcia Antunes Rocha (1999, p.3) quando da comemoração de 10 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 declarou que “Se não há o que comemorar – e parece mesmo não haver muito, quer em termos de democracia, quer em termos de efetividade social plena da constituição -, há muito sobre o que se refletir, a fim de que daí nasçam propostas e alternativas de mudanças das condições jurídicas e do quadro sócio-político e econômico nacional.”. Defende-se que a realidade brasileira pouco mudou desde então, e a sociedade brasileira ainda convive com um déficit social.

laços sociais e a ‘desfiliação’ de algumas categorias sociais, como a juventude, uma das grandes vítimas da civilização”.

Grande parte da sociedade brasileira ainda não se deu conta da nova conjuntura social, por isso o debate levantado por alguns autores sobre se é possível falar em pós-modernidade na realidade brasileira, até mesmo porque como bem suscitado por Pastana (2013, p. 158):

A investigação dessa nova conjuntura está ainda em seu início e no Brasil ela parece ainda mais prematura. Embora parte da pesquisa nacional já estabeleça certo diálogo com tais teorias, às vezes a sensação é de que ainda estamos assistindo assustados aos debates acalorados entre Habermas e Lyotard, na tentativa insegura de reconhecer legitimidade na discussão contemporânea da pós-modernidade. Optamos, por vezes, com tamanha rapidez à recusa do pós-moderno que deixamos de contribuir para a construção epistemológica do termo.

O fato é que, apesar de o Brasil possuir as diversas peculiaridades, em uma sociedade mundial hiperglobalizada em que as trocas de informações, financeiras e comerciais são imediatas, bem como coexistem múltiplas interferências entre as nações não tem como sustentar que a sociedade brasileira também não recebe as influências⁴² das tendências pós-modernas, mas pode-se defender que tais tendências são menos expressivas diante da realidade brasileira.

2.3 Impactos do momento pós-moderno no sistema jurídico

Destaca-se que, partir do século XVII uma nova realidade começou a ser vivida no mundo jurídico, isso porque as novas ideias e metodologias descobertas pelas ciências exatas e naturais passaram a influenciar fortemente o mundo jurídico, antes estritamente relacionado à Igreja. Viehweg (1991, p. 152 apud MENDONÇA, 2003, p. 155) defende que a real transformação do direito para o contexto do momento moderno ocorreu no século XVII e XVIII quando a argumentação jurídica passou a basear-se em “sistemas jurídicos de caráter dedutivo, inspirados pelo modelo da matemática.”.

Ao direito moderno foi designada a missão de garantir a ordem que era exigida pelo capitalismo, desenvolvido em um clima de caos ocasionado pelo próprio sistema econômico.

⁴² Vários são os exemplos das influências que a sociedade brasileira sofre das tendências pós-modernas, que se tornam possíveis, graças, à intensa globalização no momento contemporâneo. Como exemplo pode-se citar a relativização da verdade absoluta na ciência, as novas entidades familiares, o pluralismo jurídico, o fim da dicotomia entre público e privado, a adoção da terminologia sociedade de risco para designar a atualidade etc..

O direito, então, passa a ser designado como um “racionalizador de segunda ordem da vida social”, para tanto ele teve que se submeter à racionalidade cognitiva instrumental típica da ciência moderna e como consequência tornou-se um “direito científico”. Esta cientifização do direito moderno também implica na estatização, já que ao Estado é incumbida a tarefa de colocar ordem ao caos (SANTOS, 2002, p. 119-120).

O modelo jurídico moderno era caracterizado pelo monismo, estatalidade, racionalidade formal, certeza e segurança jurídica. A estatalidade manifesta-se de forma que, apenas o sistema legal instituído pelos órgãos do Estado deve ser considerado direito positivo, e além deste não há positividade a ser respeitada, assim não há direito fora do Estado e sem o Estado na sociedade moderna, ou seja, há o positivismo jurídico estatal (WOLKMER, 2001, p. 60). O Estado que é soberano detém o monopólio da produção de todos os tipos de normas jurídicas, isso serve, entre outras, para viabilizar a supremacia da lei diante de práticas normativas pluralista.

Uma das peculiaridades do direito moderno é a distinção entre direito público e privado⁴³. No século XVIII a dicotomia entre a esfera pública e a esfera privada se apresenta na forma de separação entre sociedade política e sociedade econômica. A sociedade política era representada pelo *citoyen*, que serviam ao interesse público, já os *bourgeois* representavam a sociedade econômica que defendiam apenas seus interesses privados. O ambiente dicotômico, Estado e sociedade, política e economia, direito e moral, também propiciava a distinção entre as esferas pública e privada, favorecendo também, a divisão entre o direito público e o direito privado (FACCHINI NETO, 2010, p. 40).

Neste sentido, Tepedino (2010, p. 1151-1152) afirma que:

[...] as relações do direito público com o direito privado apresentam-se bem definidas. O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos.

⁴³ Apesar da sociedade do momento moderno apresentar esta característica, na Grécia antiga podia se falar que havia uma inter-relação entre o direito público e o direito privado, já que os cidadãos se reuniam para participarem das decisões fundamentais que envolviam a comunidade, seja no ato de votarem leis ou até mesmo nos julgamentos de seus pares. Em contrapartida, uma separação mais clara entre a esfera pública e a privada podia ser encontrada em Roma, já que quase não havia participação direta na esfera pública. Com o fim da idade média e o início da formação do Estado Moderno, a esfera pública e a esfera privada caracterizam-se pela inter-relação, sendo que o público passa a funcionalizar o privado, isso porque era interessante para a burguesia o fortalecimento do Estado absolutista. Não se pode desconsiderar também, que houve a funcionalização do privado ao público, já que para o Estado monarca era interessante o fortalecimento da classe burguesa, para cobrança de tributos, facilitação de eventuais empréstimos ou financiamentos para empreendimentos régios (FACCHINI NETO, 2010, p. 40).

Tudo isso conduziu a que o direito moderno fosse caracterizado pela nítida separação entre o direito público e o direito privado⁴⁴. Segundo Marques e Miragem (2012, p. 22), ao direito privado era incumbida a função de disciplinar a autonomia das pessoas nas relações privadas, fundamentada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. Já o direito público⁴⁵ era responsável, estritamente, por disciplinar a organização do Estado, bem como das relações jurídicas subjacentes.

Kelsen (1998, p. 313-314) assinala para o seguinte entendimento:

Por outro lado, a absolutização do contraste entre direito público e privado cria também a impressão de que só o domínio do Direito público, ou seja, sobretudo, o Direito constitucional e administrativo, seria o setor de dominação política e que esta estaria excluída no domínio do Direito privado. Já num outro ponto mostramos que toda esta oposição entre o “político” e o “privado” não existe no domínio do direito subjetivo, que os direitos privados são direitos políticos no mesmo sentido em que o são aqueles que assim costumam ser designados, porque uns e outros, se bem que por forma diferente, detêm uma comparticipação na chamada formação da vontade estadual – ou seja, afinal, na dominação política.

Ocorre que, grande parte dos teóricos da ciência jurídica⁴⁶ entendia por totalmente válida e verídica a distinção entre as esferas pública e privada. Como ressaltado por Pereira (2008, p.129), o grande marco na divisão entre direito público e direito privado é o Código Napoleônico elaborado em 1804, e que acabou por tornar-se o principal modelo para outros países europeus⁴⁷. Tal código representava a esperada segurança jurídica, isso porque a Constituição era suscetível a opções políticas o que por vezes ocasionava muita insegurança aos cidadãos.

⁴⁴ Maria Helena Diniz (2006, p. 251-252) faz uma crítica à metodologia tradicional de divisão entre direito público e direito privado. Para a Autora “o critério da utilidade ou interesse visado pela norma é falho, porque não se pode afirmar, com segurança, se o interesse protegido é do Estado ou dos indivíduos, pois nenhuma norma atinge apenas o interesse do Estado ou do particular. Há uma correlação, de modo que a norma jurídica que tiver por finalidade a utilidade do indivíduo visa também a do Estado e vice-versa.” A autora defende que o que deve se analisar é a preponderância do interesse.

⁴⁵ Neste mesmo sentido, Facchini Neto (2010, p. 40) defende que o direito público era responsável por disciplinar o Estado, seja na sua estrutura ou funcionamento, já ao direito privado era dada a função de disciplinar a sociedade civil, as relações intersubjetivas, bem como o mundo econômico.

⁴⁶ Conforme muito bem salientado por Maria Helena Diniz (2006, p. 252-253), tanto Savigny quanto Jellinek propõem critérios para a distinção entre direito público e direito privado. Para Savigny a distinção se basearia no fim do direito, já para Jellinek “o cerne da questão está em que o direito privado regulamenta relações dos indivíduos considerados como tais e o direito público, a organização, relações e funções daqueles que tem poder de império, ou seja, relações entre sujeitos dotados de *imperium* e relações entre esses sujeitos e os que se submetem ao seu *imperium*.”

⁴⁷ Neste sentido também Maria Celina B. Moraes Tepedino (2010, p. 1151).

Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (2012, p. 22-23) afirmam que para o direito privado moderno:

O sujeito de direito foi tomado como sujeito racional e livre, que dotado das condições necessárias pode, especialmente nas relações jurídicas de direito privado, autoregrar a sua vida. Única exceção ao sistema foi a admissão do regime de incapacidade de fato, em que a perda do discernimento pessoal e, ainda, a necessidade de proteção da pessoa contra si mesma, deixava de reconhecer-lhe capacidade para conduzir a própria vida, conforme grau de comprometimento das suas condições pessoais.

Neste sentido, as relações privadas na sociedade moderna são marcadas por uma forte concepção de propriedade absoluta e plena e total liberdade contratual, seria o que Facchini Neto (2010, p. 42) chama de “reino da não intervenção estatal” e este setor do direito era disciplinado apenas pelos costumes, pelo Direito Canônico, bem como pelos pareceres e escritos, desde os jurisconsultos até os jusnaturalistas e jusracionalistas da era moderna.

Com a Revolução Francesa, o direito privado passou a ser também burguês, isso porque este direito passa a defender e divulgar a ideologia burguesa, bem como a proteger seus interesses, anseios e necessidades socioeconômicas. Juntamente, ocorre a elaboração dos códigos, acabando com o antigo pluralismo jurídico que havia na era medieval (FACCHINI NETO, 2010, p. 42).

Importante contribuição para esclarecer este contexto é trazida por Benjamin Constant⁴⁸ (1819, s/p) que faz uma interessante distinção entre a liberdade dos antigos e dos modernos. Segundo o autor, a liberdade dos antigos se resumia à possibilidade de participação nos processos das decisões políticas mais importantes para a sociedade política, produzindo as normas gerais, bem como julgando os casos concretos. Por outro lado, a liberdade dos modernos está na simples possibilidade de o indivíduo guiar sua vida livremente, sem nenhuma intervenção estatal. O indivíduo é o soberano das decisões referentes à sua vida privada, daí advém a noção de autonomia privada do direito privado.

Com efeito, o direito moderno era pautado, principalmente, sobre o ideal liberal de que todos os indivíduos são totalmente iguais em direitos e deveres e, portanto devem estar submetidos ao mesmo direito. Esse ideal que permeou todo o desenvolvimento da sociedade

⁴⁸ Este texto de Benjamin Constant trata-se de um discurso realizado no Athénée Royal de Paris em 1819 e que foi traduzido em uma edição de alguns textos do autor e organizada por Marcel Gauchet, intitulada *De la Liberté chez les Modernes*.

moderna impossibilitava o tratamento diferenciado entre as pessoas que estivessem sujeitas ao direito (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 22).

Destaca-se que este raciocínio também é aplicado ao direito brasileiro. Grande parte dos juristas alemães considera que o direito privado brasileiro tem sua origem na família romana, especialmente, em virtude da colonização portuguesa, por outro lado, os autores franceses, classificam o direito brasileiro como de origem romano-germânica. A influência romana eles atribuem em virtude das fontes legislativas, seus métodos e técnicas jurídicas, bem como às instituições como a família, a propriedade e o contrato (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 32).

Marques e Miragem (2012, p. 32) destacam três contribuições da tradição do Direito Romano para o direito privado brasileiro, são elas: (i) o direito é um sistema racional complexo de regras positivadas, jurisprudência e doutrina; (ii) estatização do direito privado e; (iii) esferas distintas de direito privado e de direito público.

Esta dicotomia entre direito público e direito privado, uma das características principais do Direito Romano e também do direito privado brasileiro, acarreta algumas consequências. Primeiramente, há que considerar-se que com esta dicotomia há a divisão dos sujeitos de direito em sujeitos de direito público e sujeitos de direito privado, há a divisão em interesses de direito público e interesses de direito privado e por fim, divide os ramos do direito conforme seus métodos e princípios próprios de cada esfera.

Outra importante contribuição é trazida por Fachin e Ruzyk (2010, p. 98) quanto à relação existente entre a dicotomia direito público e direito privado e os direitos fundamentais. Para os autores o surgimento dos direitos fundamentais ocorre no momento em que o indivíduo afirma a sua autonomia diante do Estado rompendo com o ideal absolutista, já que são os direitos subjetivos que são postos frente ao poder estatal, portanto ocorre a limitação deste poder. Os autores (2010, p. 98) seguem afirmando que:

[...] os direitos fundamentais de primeira geração se projetavam como liberdades públicas, no sentido de que eram exercidas frente ao Estado. Constituíam, sobretudo, liberdades negativas, que implicavam deveres de omissão por parte do Estado. Em outras palavras, as liberdades negativas são aí espaço de não intervenção. É do exame dessas liberdades que se revela a constituição da clivagem público e privado, uma vez que é precisamente na constituição dos direitos subjetivos que estabelecerão os limites de atuação do Estado.

Destaca-se que a separação entre o direito público e o privado é contemporânea ao surgimento da primeira geração dos direitos fundamentais. Nesta época, a liberdade para

estabelecer e regular as relações jurídicas entre os indivíduos era considerada suficiente para a efetivação dos direitos fundamentais como estavam concebidos.

Kelsen (1998, p. 310-311), seguindo o entendimento dominante, defende que uma das principais características do direito moderno, é justamente a dicotomia entre direito público e direito privado. Segundo o entendimento deste autor, esta dicotomia deve-se justamente à divisão dos tipos de relações jurídicas, de forma que o direito privado representaria a relação entre sujeitos que apresentam um status de igualdade, já o direito público seria entre “um sujeito supraordenado e um sujeito subordinado”⁴⁹. Como exemplo desta relação, o autor afirma que um típico caso de direito privado seriam os negócios jurídicos, como o contrato, já em uma relação de direito público seria o caso de uma ordem administrativa posta a um destinatário que é obrigado juridicamente a obedecer ao comando imposto pela norma.

Ocorre que, na atualidade, “alguns aspectos da sociedade industrial tornam-se *social e politicamente* problemáticos”, dessa forma, a sociedade toma algumas decisões e pratica ações, baseando-se nos padrões da antiga sociedade industrial, por outro lado, o sistema judicial e a política são tomados por debates típicos do dinamismo da pós-modernidade (BECK, 1997, p. 16).

Assim, todas estas características do direito moderno têm sofrido diversas alterações e isso ocorre porque se vive em uma sociedade muito mais complexa e dinâmica que a existente no início do século passado. A sociedade contemporânea vivencia um momento em que é obrigada a refletir sobre si mesma, para, então, conseguir superar as antinomias existentes no seu interior. Vive-se o esgotamento dos paradigmas instituídos e construídos pela modernidade ocidental.

A sociedade contemporânea é uma “sociedade de consumo e de produção em massa, sociedade de serviços, sociedade da informação, altamente acelerada, globalizada e desmaterializada” e são justamente estas características que acarretam novas realidades, novas situações e novos conflitos para o direito (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 18-19).

⁴⁹ Hans Kelsen (1998, p. 311) faz um importante esclarecimento a respeito deste assunto: “Assim, em geral, a distinção entre Direito privado e público tem tendência para assumir o significado de uma oposição entre Direito e poder não jurídico ou semi-jurídico, e, especialmente, de um contraste entre Direito e Estado. Se, porém, se investiga mais de perto em que consiste propriamente o valor atribuído a certos sujeitos, a sua supra ordenação em relação aos outros, verifica-se que se trata de uma distinção entre fatos de produção jurídica. E a diferença decisiva é a mesma que subjaz à classificação das formas de Estado. O maior valor que advém ao Estado, isto é, aos seus órgãos, em relação aos súditos, consiste em que a ordem jurídica confere aos indivíduos qualificados como órgãos do Estado, ou, pelo menos, a certos de entre eles – os chamados órgãos da autoridade pública – a faculdade de obrigar os súditos através de uma manifestação unilateral de vontade (comando).”.

Com o advento do contexto da pós-modernidade ocorreram muitas rupturas, transformações e inovações no campo do direito⁵⁰. Surgiram novas definições axiológicas nos sistemas jurídicos contemporâneos, como a arbitragem, a conciliação, o pluralismo jurídico, entre outras práticas jurídicas. Ademais, houve um abalo na eficácia do direito como instrumento de controle social (BITTAR, 2008, p. 142).

Neste sentido, Barroso (2008, p. 4-5) destaca que:

No direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no welfare state. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, delegificação, desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*. A segurança jurídica – e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As fórmulas abstratas da lei e a discricionariedade judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.

Streck (2014, p. 43) sustenta que no Brasil não há dúvidas de que a partir dos ditames de um Estado Democrático de Direito está ocorrendo uma disfuncionalidade do direito, bem como das instituições que estão encarregadas de aplicar as leis. A dogmática jurídica brasileira e o direito no Brasil estão assentados em um modelo liberal-individualista que ocasiona esta disfuncionalidade, mas ao mesmo tempo proporciona a funcionalidade ao sistema. O autor (2014, p. 44) sustenta ainda que, o direito brasileiro, bem como as instituições encarregadas por aplicar as leis, estão presos aos típicos conflitos interindividuais. Quando o caso é mais complexo, como os típicos da sociedade de momento contemporâneo de cunho transindividual ou em decorrência do avançado desenvolvimento tecnológico e industrial e quando não há normas a respeito do tema ou ainda quando nem mesmo certeza científica existe a respeito do assunto, os juristas se veem em uma situação de extrema dificuldade na resolução do conflito.

Assim, no momento contemporâneo, o tradicional positivismo jurídico estatal entrou em crise, justamente, em virtude da perda de legitimidade enquanto fonte da ordem jurídica,

⁵⁰ Antônio Junqueira de Azevedo (1999, p. 98) entende que, o momento pós-moderno tendo como principais características a crise da razão, hipercomplexidade, com justaposição das diversidades e inter-ação, causaram sérios impactos ao direito, bem como à arquitetura, a literatura, a filosofia, as comunicações e, inclusive as ciências exatas.

uma vez que não mais acompanha a realidade social, tornando-se muitas vezes inadequado às novas situações, e sabe-se que o fenômeno jurídico é uma realidade eminentemente social, assim há um descompasso com suas principais finalidades.

Neste sentido, Bittar (2008, p. 144) afirma que na sociedade contemporânea os conflitos deixam de ter dimensão apenas de conflitos individuais, como era alguns anos atrás e passam a configurar verdadeiros conflitos conjunturais, coletivos, associativos, difusos e transindividuais, o que sem dúvida alguma ocasiona o colapso das formas clássicas de análise das demandas e resolução dos conflitos, para as quais somente se conheciam mecanismos típicos do Estado liberal, fundamentados no caráter individual e burguês.

Lenio Streck (2014, p. 46) chega à seguinte constatação:

O direito não consegue atender a tais demandas não porque tal “complexidade” não estaria prevista no sistema jurídico, mas, sim, porque há uma crise de modelo (que não deixa de ser uma espécie de “modo de produção de Direito”) que se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal e processual civil etc).

Além das implicações acima destacadas, não é possível desconsiderar o fato de que, na atualidade, um dos fatores que corroboram para uma “crise” do direito, especialmente do direito privado, é justamente a modificação dos bens juridicamente relevantes. Na idade média grande importância era atribuída aos bens imóveis, na sociedade moderna grande destaque tiveram os bens móveis, já na atualidade muita importância é dada aos bens imateriais como os softwares, saúde, educação, crédito, lazer, entre outros (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 18).

Conforme Faria (2010, p. 5) o momento contemporâneo, caracterizado pela revolução tecnológica e por uma intensa globalização econômica causa um choque nos fundamentos da época moderna, especialmente “sobre o sistema jurídico-positivo forjado a partir dos pilares institucionais do Estado de Direito de inspiração liberal clássica, dos quais se destacam o princípio da soberania nacional, a ideia de Constituição e o primado do equilíbrio entre os poderes.”.

Ademais, o momento contemporâneo também se destaca pela sua desconfiança em relação à razão e, como bem esclarecido por Azevedo (1999, p. 96):

As dúvidas pós-modernas sobre a capacidade da razão para obter noções definitivas, “atingir a essência das coisas”, provocam visceral revolta numa ciência tão antiga como o direito, em que a procura de certeza e objetividade constitui ponto central, “questão de honra”, que atravessa milênio [...].

Outra implicação do momento contemporâneo é quanto à fragilização da dicotomia entre direito público e direito privado, destaca-se que ambos, assumem uma nova postura. O direito privado passa a estar permeado por princípios típicos do direito público, ademais muitos institutos do direito privado passam a possuir função social perseguindo o bem público (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 29). Fala-se então em um Direito Civil Constitucional. Por outro lado, como destacado por Tepedino (2009, p. 43) no direito público as mudanças são perceptíveis quando se analisa que as conquistas ao longo dos anos referentes às dimensões dos direitos e garantias fundamentais perante o Estado, de nada serviriam diante das transformações sociais, se não ocorre a incidência das normas constitucionais sobre as relações privadas e não mais restringindo-se apenas à relação entre indivíduo e Estado.

O ideal liberalista que sustentou a dicotomia entre direito público e direito privado, e que defendia que cabia ao Estado manter a coexistência harmoniosa entre os indivíduos para uma atuação livre, entrou em declínio a partir do momento em que o Estado passou a intervir frequentemente na economia (TEPEDINO, 2010, p. 1152). Dessa forma, com um Estado interventor e regulamentador, que passa a disciplinar a esfera de atuação individual, o Direito Civil começou a sofrer modificações em suas funções e então passaram a ser abandonados os moldes do direito individualista que dominou a época moderna.

Como esclarece Tepedino (2009, p. 42), a clássica dicotomia entre direito público e direito privado, na sociedade contemporânea não é capaz de proporcionar proteção e efetividade aos direitos humanos, isso porque os postulados da era industrial que propiciaram o surgimento da primeira geração dos direitos fundamentais não são mais suficientes para a atual sociedade tecnológica⁵¹, “em que a economia massificada e os avanços científicos colocam em crise a demarcação, antes cristalina, dos territórios do direito público e do direito privado.”. O autor (2009, p. 43) segue afirmando que, entre os fatores que contribuem para o colapso da dicotomia público e privado pode-se elencar a

⁵¹ Gustavo Tepedino (2009, p.43) afirma que: “Na era dos contratos de massa e da sociedade tecnológica, pouco eficazes mostram-se, na mesma direção, certos mecanismos hauridos da tradição romano-germânica. Exemplo eloquente de tal insuficiência traduz-se na doutrina da responsabilidade civil fundada na culpa, sendo indiscutíveis os riscos sociais decorrentes da atividade econômica, mais e mais sofisticada, a exigir soluções de índole objetiva e securitária, preferencialmente preventivas, não meramente ressarcitórias, em defesa de uma melhor qualidade de vida e da realização da personalidade dos indivíduos.”.

“formulação de novos meios - processuais e substanciais - de controle e de participação social”, bem como o surgimento do fenômeno do dirigismo contratual, tal situação acarreta a necessidade de redefinição de novos limites, bem como na reformulação dos conceitos tradicionalmente utilizados.

Michele Giorgianni (1998, p. 35) afirma que o direito privado tem passado por algumas transformações, entre elas, aquelas ligadas à esfera econômica. Estas transformações implicam na necessidade de controle da validade dos conceitos tradicionais. Tal situação torna espinhoso, também, o trabalho da jurisprudência, já que esta frequentemente vale-se de institutos antigos e ultrapassados para lidar com as novidades da sociedade contemporânea. E nas palavras da autora, “[...] consegue, é verdade, numerosos, se bem que por vezes não valorizados, sucessos, mas perde-se frequentemente em obscuros meandros, revelando a necessidade de um guia que somente a doutrina, ao enquadrar o caso concreto no "sistema", é capaz de oferecer.”. Assim, o direito privado começa a entrar em crise.

Tepedino (2009, p. 45) esclarece ainda que, esta mudança na concepção do direito privado não ocorre naturalmente e sem resistência. Tal cenário está marcado pela insistência em manter a dicotomia entre o público e o privado o que inevitavelmente dificulta a proteção da pessoa humana, valor maior do ordenamento jurídico em um Estado Democrático de Direito e que “[...] ao eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, o constituinte exclui a existência de redutos particulares que, como expressão das liberdades fundamentais inatas, desconsidere a realização plena da pessoa.”, portanto é necessário unir esforços para eliminar ou atenuar a dicotomia público e privado para cumprir os ditames constitucionais.

Na sociedade contemporânea hiperglobalizada, de nada valeria os mecanismos próprios do direito público para proteção dos direitos humanos se não houvesse uma atuação conjunta também da atividade econômica privada, assim, tanto as políticas públicas quanto a atividade econômica privada devem estar sujeitas ao controle jurídico, já que estes mecanismos podem intensificar ainda mais a exclusão social, bem como o desrespeito aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, fundamental em um Estado Democrático de Direito (TEPEDINO, 2009, p. 43).

Por outro lado, Tepedino (2009, p. 44) defende que os típicos mecanismos utilizados pelo direito privado para a promoção da pessoa humana, qual seja os direitos da personalidade, mostram-se totalmente insuficientes diante da atual conjuntura. Na atualidade há uma enorme diversificação, bem como intensificação das demandas da pessoa humana

sendo que o status normativo não é capaz de acompanhar toda esta dinâmica da sociedade tecnológica, isso porque muitas vezes apresenta-se excessivamente rígido, arcaico e totalmente dissonante da realidade que vivencia. Um exemplo desta situação são as redes sociais, frequentemente as pessoas as utilizam de forma inadequada, tudo em nome da liberdade de expressão o que por vezes tem gerado diversos inconvenientes, bem como a necessidade de uma nova abordagem e aplicação da responsabilidade civil.

Roth (2010, p. 15) afirma que “A distância crescente entre a legislação e a realidade, as dificuldades da aplicação dos programas estatais, a interpenetração entre os domínios públicos e privados provocam reflexões e ensaios de novas práticas administrativas, jurídicas e políticas.”.

Faria (2010, p. 8) ainda esclarece que, na atualidade, em virtude de todas as transformações ocorridas, o Executivo tem desempenhado também um papel na produção “de normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas” que acabam originando “inúmeros micro-sistemas legais e distintas cadeias normativas”. Diante desta conjuntura, não é mais possível falar em um sistema de direito fechado, hierarquizado e com valores consoantes aos do constitucionalismo do século XIX, mas sim de um direito em rede, em virtude das “múltiplas cadeias normativas e os micro-sistemas legais, com suas interrelações basilares aptas a capturar, pragmaticamente, a crescente complexidade da realidade sócio-econômica.”.

Diniz (2009, p. 649) esclarece que:

O método vigente de racionalidade do Direito eminentemente formal, calcado em formulas cuja origem remonta ao positivismo novecentista, confrontado com sua perda gradativa de operacionalidade e eficácia junto às tessituras do corpo social, indica sensíveis mostras de exaurimento. Constatado o acelerado anacronismo de muitas formas de modelos jurídicos de caráter unívoco, linear, causal e deterministas forjados nos séculos passados, torna-se indispensável a abertura para uma outra compreensão dos fenômenos complexos. A conjugação de fatores reais como o desenvolvimento recente das tecnologias da informação, globalização da economia, aceleração das mutações culturais, multiplicação dos fenômenos transculturais, surgimento de novos riscos ambientais em escala planetária, sofisticação crescente dos métodos de controle social, desenvolvimento e de modos alternativos de regulação, tudo se opõe aos cânones filosóficos de direitos criados para atender às demandas dos séculos de outrora.

Faria (1994, p. 47 e ss) chega à constatação de que outro problema é enfrentado pelo Poder Judiciário já que há um novo contexto social. Ele afirma que os tribunais apresentam-

se extremamente burocratizados e formalistas o que os tornam demasiadamente distantes da sociedade, o que contribui ainda mais para o que se pode chamar de “crise do direito”.

Outra tendência do momento contemporâneo é a defesa de um novo ideal, qual seja o direito pela diferença. Agora, busca-se o reconhecimento deste direito em nível constitucional, já que a Constituição é vista como um registro programático de objetivos a serem buscados pelo Estado. A nova tríade constitucional que emerge e é defendida por Erhard Denninger (2003) é a busca pela “segurança, diversidade e solidariedade”⁵².

Assim, na sociedade contemporânea passa-se a defender a necessidade do reconhecimento e consideração das específicas necessidades especiais de cada grupo e que devem ser promovidas. Os grupos devem definir as suas próprias necessidades, há um desejo pela diversidade. Consolida-se então, um novo ideal, que nas palavras de Denninger (2003, p.28) resume-se a “direito iguais à desigualdade”.

Denninger (2003, p.29) esclarece que:

Hoje, a objeção de que o amor pela diversidade e a diferença, na verdade, representa nada mais do que a luta para estabelecer igualdade material – para dar fim à discriminação – deveria parecer tardia (*overdue*). De acordo com esta objeção, os verdadeiros opostos aqui não são a igualdade e a diversidade, mas, em última análise, injustiça (que pode circular disfarçada de igualdade jurídica formal) e justiça, que demanda tratamento desigual de pessoas diferentes.

Não é possível desconsiderar que a sociedade contemporânea tem sofrido grandes mudanças e isso sem dúvida alguma reflete no âmbito do direito e ocasiona grandes transformações que vão desde a sua produção até a sua interpretação e aplicação, e que não podem ser desprezados, tendo em vista a importância da Ciência Jurídica na sociedade.

De todo o exposto, constata-se que a sociedade contemporânea tem assistido à crise do positivismo jurídico, a alteração dos bens juridicamente relevantes, à crescente demanda pelo direito à diversidade, bem como à atenuação da fronteira entre o direito público e o direito privado, propiciando a constitucionalização do direito privado e, assim, uma grande interferência dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre os particulares, e tal transformação foi ainda mais impulsionada em virtude do reconhecimento da força normativa dos princípios presentes na Constituição. Por fim, destaca-se que este ambiente também tem proporcionado que, muitas decisões políticas e sociais fundamentais para a

⁵² Um exemplo desta situação são as ações afirmativas, como as políticas sociais em defesa das cotas raciais.

sociedade brasileira sejam tomadas no âmbito jurídico, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal.

2.3.1 A normatividade dos princípios e a constitucionalização do direito privado brasileiro

O direito moderno é acompanhado pela ideologia positivista. Os primeiros postulados do positivismo são defendidos por Saint Simon (1760-1825) que exerceu forte influência sobre Auguste Comte⁵³. Com relação ao positivismo jurídico, os principais representantes são Hans Kelsen⁵⁴ e Herbert Hart⁵⁵.

O movimento teórico do positivismo jurídico nasce no final do século XIX como oposição ao clássico jusnaturalismo que predominava, até o momento, em toda a sociedade. Este movimento defendia a objetividade no sistema jurídico, equiparando o direito apenas à lei. O direito, então, é fruto da produção estatal, surge a partir da vontade humana e manifesta-se através de normas positivadas (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 107). O positivismo preconizava ainda, que a análise do direito deveria prescindir de todas as concepções morais e deveria ignorar toda a carga valorativa que circunda o fato. Em síntese, para o positivismo o direito se resumia apenas a lei e esta era a vontade estatal.

Zagrebelsky (2007, p. 33) defende que o positivismo pode ser concebido como a “ciência da legislação positiva” e que necessita de uma situação histórica concreta. Para o autor, no positivismo deve-se partir da concepção de uma redução de tudo o que pertence ao mundo jurídico à lei, inclusive os direitos e a justiça, sendo que a atividade dos juristas se resume a estar ao serviço da lei, buscando somente a vontade do legislador, nada mais que isso.

Ocorre que, a partir da segunda metade do século XX o positivismo começa a declinar no mundo jurídico. No estágio civilizatório em que se encontrava a sociedade ocidental não era mais possível a tradicional e absoluta aproximação entre direito e norma, bem como a rígida separação entre ética e direito, tal situação era um empecilho até mesmo às ambições dos grandes empresários que “patrocinavam a causa da humanidade.” (BARROSO, 2008, p. 28).

No entanto, não havia o desejo pela volta ao jusnaturalismo e seus fundamentos abstratos e metafísicos. Neste contexto, em que se busca uma alternativa ao positivismo

⁵³ Conferir: COMTE, Auguste. Os Pensadores: Comte. São Paulo, Abril Cultural, 1978.

⁵⁴ Conferir: KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁵⁵ Conferir: HART, Herbert. El concepto de derecho. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

surgiria o pós-positivismo⁵⁶ que tem como principais defensores Ronald Dworkin (2002) e Robert Alexy (1997) e que inaugura a fase de defesa da normatização dos princípios.

Este movimento preserva o ordenamento jurídico positivo, mas considera, também, os ideais da justiça e da legitimidade. Ocorre assim, uma reaproximação entre o direito e a ética⁵⁷. Neste contexto, os valores inerentes à sociedade são materializados em princípios que passam a fazer parte da Constituição, seja de forma explícita ou implícita (BARROSO, 2008, p.28).

Complementando, Silva (2006, p. 336) esclarece que:

O não-positivismo ou pós-positivismo defende a ideia de que há ou deve haver um relacionamento entre o direito e a justiça. A versão forte do não-positivismo jurídico defende a tese da vinculação necessária, analítica ou conceitual entre o direito e a moral. [...]. Representa assim, uma negação da tese positivista da separabilidade anteriormente vista. A versão fraca ou débil do não positivismo jurídico considera a inclusão de elementos morais no conceito de direito desejável ou preferível à exclusão, mas não analiticamente necessária.

Moller (2011, p. 218) destaca que, em um passado não muito distante, os princípios eram considerados apenas instrumentos de retórica, ou ainda, apenas normas complementares que tinham como função precípua completar lacunas no ordenamento jurídico positivado e, apenas com o constitucionalismo contemporâneo é que passou a ser visto com status de força normativa.

Apesar dessa recente valorização e normatização dos princípios, não é possível desconsiderar que eles sempre existiram na história da humanidade. Uma rápida análise na trajetória histórica da civilização comprova tal situação. Conforme salientado por Barroso (2008, p. 28), o princípio do respeito ao próximo é oriundo da tradição judaico-cristã, e do direito Romano extrai-se outro princípio fundamental do direito privado, qual seja, “Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu.”. A novidade da sociedade contemporânea é a sua normatividade.

Tradicionalmente, os princípios não eram considerados com força normativa, mas a ciência jurídica contemporânea tem apresentado o entendimento de que as normas são divididas em duas espécies: as regras e os princípios. A partir da constatação da

⁵⁶ Tal movimento também é denominado de: não-positivismo ou não-positivismo principiológico (MAIA e DINIZ, 2009, p. 650).

⁵⁷ Este fenômeno é denominado pelos alemães de Virada Kantiana, e é um momento em que a Constituição passa a ser vista como um sistema aberto de princípios e regras, suscetível aos valores jurídicos suprapositivos, é neste momento também que as ideias de justiça e de efetivação dos direitos fundamentais desempenham papel fundamental no sistema jurídico. Conferir: Luís Roberto Barroso (2008, p.28).

normatividade desta última espécie normativa, eles passam a integrar o ordenamento jurídico e, portanto, passam a disciplinar as relações jurídicas. Eles⁵⁸ são responsáveis pela unidade e harmonia no sistema jurídico, bem como desempenham a função de atenuar as tensões normativas existentes no sistema.

Insta ressaltar que, não há hierarquia entre as categorias normativas. Neste sentido, Barroso (2008, p. 30) esclarece que:

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nesta matéria deve especial tributo à sistematização de Ronald Dworkin. Sua elaboração acerca dos diferentes papéis desempenhados por regras e princípios ganhou curso universal e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.

Com a normatização dos princípios ocorre uma ampliação do âmbito de alcance do direito, que passa a disciplinar diversas situações que não estão positivadas no ordenamento jurídico, isso graças a ampliação do poder jurisdicional a distintos setores. Todo este novo contexto acarreta inevitavelmente a brusca diminuição das lacunas jurídicas, bem como da autonomia privada (MOLLER, 2011, p. 219).

Outro desdobramento da normatização dos princípios é o fato de que como as normas-princípio possuem termos abertos, possibilitam uma maior diversidade de “considerações morais ou subjetivas, opiniões públicas, ‘elocubrações cerebrinas’, disparates, absurdos, brilhantes raciocínios; enfim, tudo aquilo que seja permitido pela ausência de limites linguísticos claros.” (MOLLER, 2011, p. 219).

Ademais, conforme destacado por Cittadino (2004, p. 105) “[...] os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional, já sendo até mesmo possível falar em um ‘direito judicial’ ”.

Pois bem, a ascensão do pós-positivismo é viabilizada graças à derrocada do positivismo que ocorreu em virtude das peculiaridades do momento contemporâneo, que se

⁵⁸ Robert Alexy (2008, p. 90-91) considera os princípios como mandados de otimização, “[...] que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.”. Por outro lado, Lenio Streck (2014, p. 169) entende que os princípios “[...] não são, pois ‘mandados de otimização’ ou postulados interpretativos. Devem, sim, ser entendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo [...]”.

traduzem em uma sociedade complexa e dinâmica que elimina totalmente a ideia de completude do sistema jurídico codificado, bem como pela dificuldade de afastar-se a aplicação das normas positivas que possuam soluções absurdas e desproporcionais que violem a dignidade da pessoa humana (FERNANDES; BICALHO, 2011, p.112).

Para Maia e Diniz (2009, p. 650) o movimento pós-positivista pode ser definido “[...] como um novo paradigma concebido no âmbito da teoria jurídica de contestação às insuficiências, aporias e limitações do juspositivismo formalista tradicional, que reflete em larga medida uma ideologia jurídica herdada do Estado de Direito do século XIX.”.

Sarmiento (2006, p. 202-203) também faz uma importante observação:

A doutrina pós-positivista tem enfatizado, com inteira razão, a importância e a força normativa dos princípios. Contudo, esta valorização não pode ser realizada ao preço do menoscabo em relação às regras. Estas, por definirem com maior precisão tanto o seu campo de incidência como as consequências jurídicas da sua aplicação, são extremamente importantes, não só porque salvaguardam a segurança jurídica do cidadão e coíbem o arbítrio do aplicador, como também porque permitem o funcionamento mais ágil e eficiente da ordem jurídica. Imaginem o caos que seria se, por exemplo, em cada ação cível, o juiz pudesse arbitrar, com base nos princípios da ampla defesa e da celeridade processual, qual o prazo adequado para apresentação da contestação. Ou como seria temerário permitir aos guardas de trânsito que estabelecessem o valor da multa devida para cada infração, à luz das peculiaridades de cada caso e do princípio da proporcionalidade. Simplesmente inviável.

Destaca-se que a normatização dos princípios teve forte influência na constitucionalização do direito privado. Martins (2014, p. 5) destaca três transformações que alardearam a transformação do direito privado na busca de um senso de justiça social, e que posteriormente, seria transformado ainda mais em virtude da influência da Constituição. Primeira vertente de transformação do direito privado é a busca pela função social de quase todos os institutos do direito privado, como exemplo cita-se a função social da propriedade e do contrato.

Posteriormente, “no campo da responsabilidade civil, o fundamento da culpa se viu comparado ao sofrimento da vítima e à ausência de ressarcimento, dado o grau de dificuldade do lesado instar o lesante mediante provas.” (MARTINS, 2014, p. 5). Por fim, ressalta-se o surgimento de novo princípio da solidariedade que iria substituir a fraternidade. O princípio do solidarismo deve ser entendido como verdadeira prática da solidariedade entre os indivíduos, e pode ser identificado na esfera previdenciária e securitária.

Atualmente, o Estado tem frequentemente utilizado institutos típicos do direito privado, como estabelecendo relações negociais com os particulares e assim dispensando os típicos instrumentos autoritários e impositivos inerente à atuação estatal⁵⁹. No mesmo sentido, o direito privado caminha em direção ao direito público, isso pode ser percebido com o surgimento de institutos de interesses e direitos coletivos e difusos, bem como com o reconhecimento da função social da propriedade, do contrato entre outros⁶⁰.

Conforme Facchini Neto (2010, p. 51), com a constitucionalização de alguns institutos típicos do direito privado, como a família, a propriedade e a atividade econômica, “passam a estar disciplinados na Constituição os princípios fundantes dos três institutos básicos do direito privado, na conhecida concepção dos três pilares de Jean Carbonnier – família, propriedade e contrato [...]”.

A Constituição Federal não mais admite a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas apenas quando direcionados à realização dos valores existenciais da pessoa humana, bem como realizadores da justiça social. Como exemplo desta situação, há os dispositivos constitucionais referentes à ordem econômica e financeira. O artigo 170 da Constituição regulando os princípios gerais da atividade econômica determina que a ordem econômica deva garantir a todos uma existência digna realizando a tão sonhada justiça social. Por sua vez, o artigo 182 do diploma constitucional que dispõe sobre a política de desenvolvimento urbano, preconiza que o objetivo desta é garantir efetivamente o bem estar dos habitantes das cidades.

Seguindo esta ideologia há os seguintes artigos da Constituição Federal: o artigo 184 que trata da desapropriação para reforma agrária para fins sociais, o artigo 186 que disciplina os bens insuscetíveis de reforma agrária, e por fim, o artigo 192 que determina que o sistema financeiro nacional deverá promover o desenvolvimento equilibrado do país.

Outra consequência da constitucionalização do direito privado trazida por Facchini Neto (2010, p. 51) é a sua fragmentação, assim, o direito privado passa a ser um polissistema, isso porque a disciplina de algumas matérias típicas deste setor do direito passou a ser realizada em leis especiais e não mais em apenas um código como outrora. Como exemplo desta transformação há a elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Neste sentido, Tepedino (2010, p. 1153), ressalta que “os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir

⁵⁹ Facchini Neto (2010, p. 48) denomina este fenômeno de privatização do direito público.

⁶⁰ Facchini Neto (2010, p. 48) denomina este fenômeno de publicização do direito privado.

a concepção de um “*mondo in frammenti*”, logicamente incompatível com a ideia de sistema unitário” e com a constitucionalização do direito privado há a migração de valores constitucionais para o âmbito civil, não ignorando a sua fragmentação, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal acontecimento induz à despatrimonialização do direito privado, assim no centro deste instituto não está mais o patrimônio, mas o ser humano.

Assim, no momento contemporâneo os direitos fundamentais têm exercido grande influência sobre as relações entre particulares e não é só isso, em um Estado Democrático de, totalmente amparado pela Constituição de 1988, que tem entre seus pilares de sustentação a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a tradicional dicotomia entre público e privado perdeu totalmente o sentido.

Para Fachin e Ruzyk (2010, p. 105) a partir do momento em que os direitos fundamentais passaram a ordenar as relações entre os indivíduos começava a surgir o denominado fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. A partir de então, a Constituição deixa de ser considerada apenas uma carta política para, finalmente, integrar o ordenamento jurídico, inclusive exercer influência sobre o direito privado, funcionando como norma *enformadora*⁶¹ de todas as normas infraconstitucionais e como princípio geral de todas as normas do sistema jurídico.

Na atualidade, como bem assevera Martins (2009, p. 171), vivencia-se uma intensificação dos direitos fundamentais, bem como o real reconhecimento da força normativa da Constituição⁶², aplicando-a imediatamente, quer seja nas relações privadas, quer seja nas relações públicas. Neste sentido, não é possível desconsiderar que Hesse (1991, p. 14) concebe que “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua existência reside na *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade.”. O autor (1991, p. 19) segue afirmando que “[...] a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente.”.

⁶¹ Martins (2009, p.174) concebe que os princípios são *enformadores* da Administração pública, da mesma forma, diante do atual contexto, a Constituição pode ser considerada como *enformadora* do sistema jurídico, já que dá forma, molda todas as normas jurídicas a ela subordinadas, ou seja, modela o ordenamento jurídico.

⁶² Barroso (2006, p.66-67) analisando os escritos de Konrad Hesse expõe que a Constituição “[...] não é apenas a expressão da realidade de cada momento. Graças ao seu caráter normativo, ordena e conforma à sua vez a realidade social e política. Dessa coordenação correlativa entre o ser e o dever ser derivam as possibilidades e, ao mesmo tempo, os limites da força normativa de uma Constituição.”.

O objetivo principal do Estado Democrático de Direito contemporâneo é a promoção da dignidade da pessoa humana, e para tal finalidade, Tepedino (2009, p. 46) defende que é indispensável apoiar-se em soluções interpretativas⁶³ atribuindo a maior efetividade social possível a todos os princípios consagrados na Constituição Federal, bem como aos tratados internacionais que estendam as garantias fundamentais da pessoa humana.

Neste sentido, Tepedino (2009, p. 46) irá defender a necessidade de conferir força normativa aos princípios constitucionais, bem como o reconhecimento da força normativa dos tratados internacionais que são recepcionados pelo Estado, ampliando o âmbito de promoção do indivíduo, inclusive, no que diz respeito às relações de direito privado, isso porque, impossível é ao legislador disciplinar todas as situações passíveis de demanda na sociedade tecnológica no que se referem à proteção da pessoa humana.

Fica evidenciado, que os objetivos previstos na Constituição de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como da erradicação da pobreza colocaram os valores existenciais dos indivíduos no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, de tal forma que todos os ramos do direito brasileiro devem estar conformados a estes valores (TEPEDINO, 2010, p. 262-263).

Neste contexto, é imprescindível o esforço hermenêutico do jurista contemporâneo para que efetivamente ocorra a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios constantes na Constituição, não somente na relação existente entre Estado e indivíduo, como também na relação interindividual, ou seja, nas relações privadas, localizadas no âmbito específico do direito privado. E isso é viabilizado pelo reconhecimento da força normativa dos princípios constitucionais (TEPEDINO, 2010, p. 262-265) que possibilitam a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana, objetivo fundamental em um Estado Democrático de Direito.

Como bem ressaltado por Tepedino (2009, p. 45), “[...] ao eleger a dignidade humana como valor máximo do sistema normativo, o constituinte exclui a existência de redutos particulares que, como expressão das liberdades fundamentais inatas, desconsiderem a realização plena da pessoa.”.

Com a abertura dos enunciados referentes aos princípios que tem ocorrido na sociedade contemporânea, abre-se a possibilidade de que os juízes cada vez mais atuem em

⁶³ Tepedino (2009, p. 46) ainda afirma que a superação da dificuldade de proteção da pessoa humana não está no plano legislativo, já que de nada adiantaria positivar os direitos se não lhes fossem conferida efetividade social, por isso que ele defende a necessidade de uma nova abordagem interpretativa.

áreas consideradas como “cinzenta fronteira” entre assuntos tipicamente jurídicos e políticos (MOLLER, 2011, p. 220).

Moller (2011, p. 220) defende que:

[...] da mesma forma que os princípios eliminam lacunas, possibilitam ao âmbito jurídico alcançar âmbitos antes reservados à discricionariedade política. No momento em que, como afirmara Barak, tudo é jurídico e, portanto, jurisdicionalmente controlável, cada vez mais entra em discussão o fenômeno da “judicialização da política” ou “politização do direito”.

O fenômeno da judicialização da política, bem como uma prática ativista do Poder Judiciário têm sido cada vez mais comum na sociedade brasileira dos últimos anos. Saliente-se que, como bem observa Barroso (2009, s/p) estes fenômenos não são exclusivos da realidade brasileira, mas podem ser constatados também em diversos países⁶⁴ e em épocas distintas e comumente está associado a uma participação mais ativa dos tribunais.

Em síntese, o ordenamento jurídico no momento contemporâneo tem sofrido algumas mudanças e entre elas está a normatização dos princípios constitucionais com a consequente constitucionalização do direito privado que tem possibilitado uma maior área de atuação do direito, adentrando na esfera política.

2.3.2 A tecnocracia como característica do momento contemporâneo na sociedade brasileira

Tecnocracia⁶⁵ é um termo que tem ganhado muito destaque na atualidade, sendo um fenômeno típico das sociedades de alto nível de desenvolvimento industrial. Bobbio (1998,

⁶⁴ Conforme destacado por Barroso (2009, s/p) tal tendência pode ser constatada, especialmente, após a 2ª Guerra Mundial em países como o Canadá, no caso de avaliar a constitucionalidade de os Estados Unidos realizarem testes com mísseis em solo canadense e nos Estados Unidos, no episódio da eleição presidencial entre Bush e Gore e na Turquia, quando a Corte Constitucional tem exercido um papel fundamental para preservação de um Estado Laico.

⁶⁵ Como destacado por Martins (1970, p. 40), o termo tecnocracia tem suscitado muitas ambiguidades. Em suas palavras: “Os dicionários fornecem uma definição aparentemente satisfatória, pois se limitam a mencionar a existência de uma ‘situação na qual o poder efetivo pertence a técnicos, denominados tecnocratas’. Na linguagem comum, entretanto, do mesmo modo que na literatura especializada, uma boa parte da notoriedade do termo deve-se justamente à falta de precisão com que costuma ser utilizado. A ambiguidade do que se entende por tecnocracia tem permitido, entre outras coisas, encobrir a necessidade de se estabelecer uma linha divisória bem demarcada entre duas temáticas que nas discussões sobre os regimes tecnocráticos aparecem indistintamente mescladas: na verdade, existe, de um lado, uma temática socioeconômica; de outro, uma temática política. A especificidade da primeira aparece claramente em expressões como as seguintes: recursos humanos altamente qualificados, profissionais, cérebros, talentos especializados, comunidade técnico-científica, tecnólogos, sistema social da ciência e outras tantas que fazem exclusiva referência à esfera socioeconômica da vida social. O mesmo, entretanto, não acontece com o termo tecnocrata: ele é indistintamente usado tanto com referência à dimensão vertical relativa às hierarquias de poder, quanto com referência à dimensão horizontal relativa aos processos de divisão do trabalho, diferenciação de papéis, alocação de status e estruturação de carreiras.”.

p. 1244) esclarece que quando se trata de tecnocracia: “Mais precisamente, é natural a referência a um sistema social que não apenas superou a revolução da máquina, mas enfrentou a segunda revolução industrial, que é a organização.”. O autor (1998, p. 1244) segue afirmando que o surgimento da tecnocracia está associado à segunda revolução industrial, que ele também denomina de sociedade da organização (programação e planejamento), já a terceira revolução industrial (a designada pela automação/computador) diz respeito ao surgimento de novos tipos de tecnocracia.

Lenk (1975, p. 129), por sua vez, esclarece que tecnocracia é “[...] toda dominação com o auxílio da técnica e para toda preferência de decisões sob critérios da praticabilidade e da eficiência técnico-administrativa. Nisso estão incluídas valorações sociais inconscientes manipulativas, em parte deliberações incorporadas.”.

Neste sentido, Bobbio (1998, p. 1244) ainda esclarece que não se deve confundir técnico com tecnocrata. Enquanto o técnico⁶⁶ é um especialista, um perito do particular, o tecnocrata é um perito do geral, em nada se relacionando com o especialista, mas sim um “perito de ideias gerais, caracterizado por uma polivalência de funções por um conhecimento global das variáveis da ação.”.

As condições estruturais do fenômeno da tecnocracia, para Bobbio (1998, p. 1244), são as seguintes:

[...] em primeiro lugar, a crescente utilização dos conhecimentos científicos e técnicos nos processos industriais. Em segundo lugar, é necessário lembrar a urgência de incluir a ação do homem sobre a natureza a fim de transformá-la em sua própria vantagem (fenômeno da indústria), dentro de um sistema de previsão e num conjunto de planos gerais e/ou de programas empresariais voltados para a racionalidade do desenvolvimento econômico, evitando crises e recessões. A terceira condição é a tendência para a concentração empresarial e para a expansão macroeconômica da empresa. Finalmente, no novelo das condições estruturais deve ser colocada a prática da subscrição de ações com a distribuição que daí deriva do capital entre uma inumerável e anônima massa de investidores da poupança.

Cabe ressaltar, que além das condições estruturais da tecnocracia, Bobbio (1998, p. 1245) também apresenta quais seriam os princípios fundamentais da ideologia tecnocrática em seu entendimento:

[...] além da predominância da eficiência e da competência, a concepção da política como reino da incompetência, da corrupção e do particularismo, o

⁶⁶ Bobbio (1998, p. 1244) afirma que o técnico pode vir a se tornar uma tecnocrata, mas para tanto terá de abandonar a sistemática da especialização que lhe é inerente.

tema do desinteresse das massas a respeito da *res publica* com a consequente profissionalização do *decision-making*, a tese do declínio das ideologias políticas e a substituição de uma espécie de *koiné* tecnológica.

Importante contribuição ao tema é oferecida por Martins (1970, p. 41) quando esclarece que, quando se fala em tecnocracia refere-se não apenas a uma elite técnico-científica, a indivíduos com status, pura e simplesmente de tecnólogos, mas sim de uma elite técnico-científica que também facilmente pode transformar-se em uma elite de poder na sociedade.

Nota-se que, em síntese, está entre os fundamentos basilares da tecnocracia a constante utilização dos conhecimentos científicos e técnicos, bem como a ideologia de que a política, na sociedade do momento contemporâneo, passa a não ser mais tão interessante para a sociedade. Isso porque, boa parte dos indivíduos passa a considerar a política como um símbolo da incompetência, abandono do interesse geral da sociedade e como o reino da corrupção. Bobbio (1998, p. 1246) então afirma que o regime tecnocrático se resume, em um sentido mais estrito, como sendo aquele que o agente tecnocrata direciona, fundamentado em regras da competência, os meios da ação social, bem como os seus fins.

Analisando a realidade brasileira, é possível notar que tem ganhado destaque nos últimos tempos o Supremo Tribunal Federal como determinador e direcionador das ações políticas e sociais a serem adotadas pelos órgãos políticos, destacando-se como um agente tecnocrático na sociedade do momento contemporâneo. Tal fenômeno tem sido possível, principalmente, em virtude do perfil e das peculiaridades da atual Constituição brasileira, bem como em decorrências da crise de representatividade enfrentada pelo Poder Executivo e Poder Legislativo.

Pois bem, com o advento da Constituição Federal de 1988 uma nova ordem jurídica instaura-se na sociedade brasileira, dando uma maior amplitude para a atuação do Supremo Tribunal Federal, com o aumento dos legitimados ativos para propor Ações Diretas de Inconstitucionalidade, bem como pela previsão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Regulamentando tais dispositivos há as Leis federais nº 9.868/99 e nº 9.882/99 que ampliaram os parâmetros, bem como os objetos de controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro.

Pádua (2008, p. 139) esclarece que:

Se é certo que o trauma do autoritarismo de 1964 – embora bem menos dramático, no geral, que o nazismo alemão, por exemplo – é significativo e real, também é certo que os mecanismos jurídicos que se procurou inserir

na Constituição Federal de 05.10.1988 alcançam o mesmo movimento concentrador de poder tecnocrático já observado em outros países ocidentais no 2º pós-guerra⁶⁷.

Com esta nova conjuntura, propiciada pela Constituição Federal de 1988, muitas decisões políticas e sociais fundamentais para a sociedade brasileira deixam de ser tomadas pelas tradicionais instituições políticas, Poder Executivo e Poder Legislativo, e deslocam-se para o Poder Judiciário, mais especificamente para o Supremo Tribunal Federal que é uma “comunidade restrita de técnicos do direito”⁶⁸. Veja que, o controle do poder político-estatal passa a ser exercido, em sua maioria, pelos juristas que passam a limitar o direito a um restrito grupo de interpretes, que em tese dominam, cada vez com mais competência a intrincada técnica do direito (PÁDUA, 2008, p. 47).

Neste diapasão, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, com o poder que lhe foi atribuído através da Constituição Federal, passa a ser decisivo em questões tipicamente políticas e sociais, e quando se fala na sociedade contemporânea, de alta complexidade e considerável desenvolvimento técnico e científico, frequentemente chegam ao STF casos polêmicos e complexos, que comumente não há conhecimento científico seguro para subsidiar a decisão a ser tomada e nem mesmo há consenso na sociedade. Tal situação, não é vista positivamente por parte da sociedade, já que não se vê representada pelo Poder Judiciário, em específico pelo Supremo Tribunal Federal.

Tal inquietação da sociedade quanto a esta situação deve-se, principalmente, ao fato de que os Ministros do Supremo Tribunal Federal que tem tomado, na maioria das vezes, as decisões políticas e sociais fundamentais para a sociedade brasileira não foram escolhidos, nem mesmo legitimados pelos cidadãos para exercer tais funções na sociedade⁶⁹.

⁶⁷ Pádua (2008, p. 139) defende que os juristas conseguiram divulgar e fortalecer a tese de que um dos principais motivos que possibilitaram a instauração do regime militar no Brasil em 1964 foi a fragilidade e a prematuridade das garantias constitucionais, bem como ao predomínio do positivismo jurídico no ideário jurídico brasileiro.

⁶⁸ Este termo é utilizado por João Pedro Chaves Valladares Pádua (2008).

⁶⁹ Habermas (2014) esclarece que a Europa tem vivenciado uma situação bem semelhante a esta, já que as decisões no contexto da União Europeia tem sido tomadas pelo Conselho Europeu ou através dos Conselhos de Ministros em diferentes setores. Sergio Costa (2014, p. 21) na apresentação do livro de Habermas (2014) esclarecendo esta afirmação do autor afirma que: “Habermas entende que, na forma como atualmente são tomadas decisões, seja por meio do Conselho Europeu que reúne os chefes de governo, seja através dos conselhos de ministros nos diferentes setores, os responsáveis são mandatários que não foram escolhidos ou legitimados pelas respectivas comunidades políticas nacionais para exercer tais funções no âmbito europeu. Ao mesmo tempo, os chefes europeus dependem do eleitorado nacional para se manter no poder e, por isso, tomam decisões no âmbito do Conselho Europeu não de acordo com a racionalidade da União Europeia, mas defensivamente conforme a lógica doméstica. A Comissão Europeia, por sua vez, não presta contas a um poder soberano claramente constituído; em suas funções executivas é um aparato tecnocrático completamente desacoplado dos processos de formação da opinião e da vontade política democrática.”.

Assim, Offe (1975, p. 70-71) destaca que uma das críticas que comumente é feita à tecnocracia deve-se ao fato de que este movimento promoveria um processo de desdemocratização e despolitização, isso porque se sustenta a tese de que a tecnocracia é a consequência da “civilização científica” o que ocasionaria o “retrocesso e esvaziamento funcional das instituições democráticas”.

Habermas (2014, p. 97-98) então irá afirmar que: “Quanto mais aumenta a complexidade da sociedade e dos problemas a serem regulados politicamente, tanto menos parece ser possível ater-se à ideia rigorosa de democracia, segundo a qual os destinatários do Direito devem ser, ao mesmo tempo, seus autores.”.

Com efeito, esta é a situação da sociedade brasileira do momento contemporâneo, muito mais complexa e dinâmica que tempos atrás, com temas polêmicos e controversos que dificilmente a comunidade dos indivíduos chega a um consenso. Assim, cada vez mais os poderes políticos representativos, Poder Executivo e Poder Legislativo, têm, por medo das consequências políticas, se omitido quando é necessário adotar posicionamentos sobre temas complexos e controversos e assim destaca-se a atuação do Supremo Tribunal Federal, no desempenho das funções tipicamente exercidas pelo Executivo e Legislativo, qual seja, na tomadas de decisões políticas e sociais fundamentais.

Dessa forma, na atualidade pode-se falar em duas perspectivas de tecnocracia quando o foco é a atuação do Supremo Tribunal Federal. Por um lado, o STF que é composto por “técnicos em direito” passam a decidir questões políticas e sociais fundamentais para a sociedade contemporânea, que antes ficavam a cargo do Poder Executivo, Poder Legislativo, partidos políticos e sociedade civil. Por outro lado, o STF ao decidir estes casos que, geralmente, são de alta complexidade e grande repercussão social, baseia-se nos estudos científicos e dados técnicos disponíveis, dispensando a dimensão normativa e sem recorrer a argumentos normativos e políticos, dando origem à outra vertente tecnocrática do STF. Veja que pela segunda vertente tecnocrática do Supremo Tribunal Federal, os técnicos em direito, ou seja, os Ministros, baseados em conhecimentos científicos e dados técnicos disponíveis têm ocupado uma posição central nas decisões fundamentais para a sociedade.

Ocorre que, como destacado por Rothen (2015, p. 07):

Vivemos na sociedade do conhecimento, da tecnologia. A cada momento, um novo conhecimento tecnológico nos é apresentado pela realidade. A administração, o governo do Estado não está impune a este movimento, a cada momento vemos os “especialistas” apontando caminhos “científicos” e “técnicos” para serem seguidos por todos. As negociações políticas são

compreendidas como expressão do passado, no qual o interesse particular reina sobre a sociedade.

Neste sentido, Merino (2008, s/p) também destacará que a relação entre conhecimento e poder, seja ele político ou econômico, tem se tornado, nos últimos tempos complexa e intensa, em suas palavras:

Desde o advento da sociedade pós-industrial as relações entre o conhecimento (ou seja, a ciência) e poder (político e / ou econômico) tornaram-se cada vez mais complexas e intensas, certamente difícil fazer distinções entre os fins e os meios de ação dos vários grupos e instituições em relação à ciência e tecnologia⁷⁰.

Ou seja, o Supremo Tribunal Federal passa a exercer o controle político estatal na sociedade brasileira fundamentado, principalmente, em estudos científicos e dados técnicos. No entanto, sabe-se que uma das características do momento moderno é justamente a ausência de consenso sobre temas polêmicos, bem como a relativização do conhecimento científico, já que a ciência passa a oferecer um conhecimento transitório e relativo. Ademais, como já destacado pela Ministra Ellen Gracie, o STF não é uma academia de ciências⁷¹, assim esta tecnocracia exercida pelo Tribunal é limitada e inadequada para solução de casos de alta complexidade, típicos de uma sociedade de risco compartilhado.

Veja então que existem duas limitações trazidas neste trabalho quanto ao Supremo Tribunal Federal como agente tecnocrático. A primeira diz respeito ao fato de que o Tribunal não pode constantemente se pronunciar e dar a última palavra sobre questões científicas e técnicas de alta complexidade e que não há acordo na sociedade, já que não é uma “academia de ciências”. Neste sentido, destaca-se que o STF tem baseado suas decisões em estudos científicos e dados técnicos, mas no momento contemporâneo tem-se assistido à relativização da ciência. Não há consenso científico e constantemente são feitas novas descobertas científicas que contrariam as teses científicas antes defendidas, assim não é possível tomar uma decisão, que seja minimamente segura e confiável baseando-se nos estudos científicos disponíveis.

⁷⁰ Original: “Desde la aparición de la sociedad postindustrial las relaciones entre conocimiento (léase ciencia) y poder (político y/o económico) se han vuelto cada vez más complejas e intensas, dificultando sin duda establecer distinciones entre los fines y los medios de actuación de los diversos colectivos e instituciones en relación con la ciencia y la tecnología.”.

⁷¹ Esta expressão foi utilizada pela Ministra em algum de seus votos entre eles o proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF e no julgamento do pedido de liminar na ADI nº 3937/SP.

A outra limitação trazida neste trabalho é que muitas decisões políticas e sociais fundamentais para a sociedade estão sendo tomadas por “técnicos em direito” fora do eixo, Poder Executivo e Poder Legislativo. Destaca-se que estas decisões deveriam ser tomadas pelos poderes políticos, mas diante da atual conjuntura de crise de representatividade dos poderes representativos o Supremo Tribunal Federal tem se destacado e os Ministros, técnicos em direito, tem sido os protagonistas das decisões políticas e sociais fundamentais da sociedade, gerando também uma crise de legitimidade na sociedade.

Em síntese, é possível constatar que no momento contemporâneo muitas decisões políticas e sociais fundamentais para a sociedade que tradicionalmente eram tomadas pelos Poderes Executivo e Legislativo estão sendo tomadas pelo Supremo Tribunal Federal. Esta também é uma tendência pós-moderna que tem acarretado transformação no sistema jurídico. Veja que temas políticos e sociais estão tornando-se jurídicos e o STF tem, por vezes, atuado como o governante da sociedade brasileira.

3 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E AS CONSEQUÊNCIAS PARA O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O Poder Judiciário, nos últimos tempos, tem sido visto pela sociedade brasileira como o principal responsável pela efetivação dos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente. Isso pode ser explicado, em parte porque, vivem-se tempos de um estado neoliberal em que o Estado tem cada vez mais se ausentado de suas típicas funções, especialmente, na efetivação dos direitos sociais, com isso a sociedade tem cada vez mais acionado o Poder Judiciário para efetivação e fruição do direito fundamental em questão.

Combinado a isso, recentemente os poderes representativos brasileiros, Poder Legislativo e Poder Executivo, têm vivenciado uma considerável crise política, abalando a confiança e a credibilidade dos cidadãos e ocasionando uma crise de representatividade em virtude da perda de legitimidade do processo político já que esta situação contribui para que a classe política fique cada vez mais distante da população. Por fim, destaca-se que a normatização dos princípios possibilitou que temas antes estritamente políticos, entrassem também na agenda do Poder Judiciário. Assim, temas tipicamente políticos são levados ao Poder Judiciário com o objetivo de concretizar direitos fundamentais.

Assim, surge o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial que tem ganhado destaque nos últimos tempos no cenário mundial, inclusive na sociedade brasileira. Tais fenômenos são possíveis em virtude do desenho constitucional brasileiro, que entre outras possibilidades, permitiu que o Supremo Tribunal Federal pudesse exercer o controle de constitucionalidade abstrato das leis⁷².

A expansão da atuação do Poder Judiciário, na sociedade brasileira, teve um ambiente mais propício pós Constituição de 1988, em virtude da possibilidade de uma atuação mais política deste órgão, especialmente do Supremo Tribunal Federal, para efetiva garantia dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Este contexto tem gerado muitos questionamentos, já que o Supremo Tribunal Federal, órgão compostos por indivíduos que não são eleitos democraticamente pelo povo, portanto não o representaria, profere decisões contramajoritárias invalidando a vontade do Poder Legislativo, instituição que, em tese, é o principal representante da sociedade civil.

⁷² Neste trabalho interessa, apenas, aquele controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional. Isso porque há países, como a França, que apresentam um controle político de constitucionalidade das leis. Na França o controle de constitucionalidade é realizado pelo Conselho Constitucional que é composto por ex-presidentes da república e mais três membros nomeados pelo Presidente da República, três nomeados pelo Presidente da Assembleia Nacional e três nomeados pelo Presidente do Senado (CAPPELLETTI, 1992, p. 27-28).

Tal situação, por vezes, gera um mal estar com a sociedade e na relação com os outros Poderes, já que estas decisões, normalmente, referem-se a questões políticas e sociais fundamentais para a sociedade brasileira.

O principal questionamento refere-se à legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, os Ministros do STF na tentativa de tornar mais democrática e aceitável esta atuação têm proferido votos extensos, fundamentados e com argumentos em princípios constitucionais, especialmente quando se trata de temas muito polêmicos e de grande complexidade e repercussão social na sociedade brasileira.

3.1 A expansão da atuação do Poder Judiciário na realidade brasileira

Na atualidade, tem ganhado destaque a atuação do Poder Judiciário⁷³, especialmente, quando se fala em Supremo Tribunal Federal. Sua atuação cada vez mais tem sido destaque nos noticiários, especialmente em se tratando de casos complexos⁷⁴ e de grande repercussão social, bem como na resolução de questões tipicamente políticas⁷⁵ e relevantes para a sociedade brasileira.

Vianna *et al.* (1999, p. 22) defendem que:

A democratização social, tal como se apresenta no *Welfare State*, e a nova institucionalidade da democracia política que se afirmou, primeiro após a derrota do nazi-fascismo e depois, nos anos 70, como o desmonte dos regimes autoritário-corporativos do mundo ibérico (europeu e americano), trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positivação dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no

⁷³ O Poder Executivo também não ficou imune às transformações ocasionadas pelo contexto contemporâneo, se antes podia se falar em independência e equilíbrio entre os poderes, hoje já não é possível tal discurso, isso porque, cada vez mais se exige respostas imediatas e “[...] eficazes a questões econômicas, administrativas, comerciais e financeiras concretas não previstas (e por isso não regulamentadas) pelo ordenamento jurídico-constitucional de inspiração liberal-clássica [...]”, então o Poder Executivo é compelido a adotar uma nova postura, exercendo funções, até então desempenhas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário (FARIA, 2010, p. 7).

⁷⁴ Como exemplo, há o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que analisava a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 que versava sobre a constitucionalidade ou não do artigo 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança), que basicamente questionava a possibilidade de se utilizar embriões humanos para pesquisa e terapia. Outro exemplo, e que será objeto de uma análise mais detalhada no 3º capítulo do presente trabalho, são as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS que questionam a constitucionalidade das leis estaduais dos respectivos Estados que proibiram a extração, utilização, industrialização e comercialização do amianto branco.

⁷⁵ Nesta hipótese, há a possibilidade que é conferida ao Supremo Tribunal Federal de julgar casos que se referem às supostas condutas ilícitas, que envolvem representantes do Poder Legislativo (senadores e deputados) que poderão culminar na cassação dos mandatos.

espaço da política. O *Welfare State* lhe facultou o acesso à administração do futuro, e o constitucionalismo moderno, a partir da experiência negativa de legitimação do nazi-fascismo pela vontade da maioria, lhe confiou a guarda da vontade geral, encerrada de modo permanente nos princípios fundamentais positivados na ordem jurídica.

Arantes (2004, p. 98) destaca que para a perspectiva jurídica, a expansão do Poder Judiciário, no momento contemporâneo, especialmente após a segunda metade do século XX, está relacionada ao “surgimento de novos tipos de direitos e de novas formas de acesso à justiça.”. Além disso, pela perspectiva sociológica, o autor (2004, p. 97-98) esclarece que a atuação tem sido influenciada por alguns fatores, tornando-a muito mais complexa, são eles:

[...] a crise dos meios tradicionais de representação política e a revalorização da sociedade civil, até mesmo como espaço de produção de bens coletivos não mais realizados pelo Estado; a globalização e seus efeitos sobre a produção e implementação do Direito em suas diversas áreas; o agravamento de problemas que colocam em risco as instituições e a esfera pública de um modo geral, tais como a corrupção e o crime organizado. Além disso, o Judiciário se vê desafiado também por demandas de novos movimentos sociais muitas vezes articulados em defesa de direitos de minorias ou de causas novas como as ambientais e dos consumidores, ou ainda pela revalorização dos mercados e das relações autônomas entre agentes econômicos, que tem no Judiciário o sustentáculo da segurança jurídica dos contratos.

Ademais, nas palavras de Arantes (2004, p. 87) “ao longo do século XX, o Judiciário passará por um significativo processo de expansão em suas duas funções principais, tanto a de prestação de justiça comum quanto a de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos”. Tal expansão pode ser explicada, em parte, em razão da retração da atuação do Estado no contexto de hiperglobalização, já que em algumas situações, no momento contemporâneo, o direito atua de forma a forçar a prestação estatal.

É imprescindível considerar, para a compreensão da atuação do Poder Judiciário na sociedade atual de países em desenvolvimento⁷⁶, que há uma significativa discrepância entre a efetivação, superior, dos direitos cívicos e políticos quando comparados aos outros direitos considerados como de segunda e terceira geração. Para Santos, Marques e Pedroso (2015, p. 9), “Essa discrepância é fundamental para compreender o desempenho judicial nesses países e as vicissitudes da luta pela independência face aos outros poderes.”.

⁷⁶ Países em desenvolvimento também são denominados de países emergentes e apresentam como uma de suas características possuírem o setor industrial ainda não plenamente estabelecido, mas em desenvolvimento.

O modelo social de Estado implantado no Brasil, por Getúlio Vargas, após a década de 1930 ocasionou alguns desdobramentos. Com este modelo, o Estado viu-se inevitavelmente compelido a exercer algum tipo de intervenção na economia, bem como nas relações sociais. Este contexto conduziria à elaboração de uma legislação social, especificamente, relacionada ao ambiente de trabalho, surgindo então a Justiça do Trabalho⁷⁷. Foi nesta época que também surgiu a Justiça Eleitoral⁷⁸, isso porque as eleições da República Velha eram constantemente fraudadas, bem como desrespeitadas com outros comportamentos, o que inevitavelmente culminou na elaboração de uma legislação eleitoral, bem como na criação da Justiça Eleitoral (ARANTES, 2004, p. 100). Ampliando assim, a área de atuação do Poder Judiciário brasileiro.

Após este primeiro salto expansionista da atuação do Poder Judiciário que ocorreu nas décadas de 1930 e 1940, Arantes (2004, p. 102) destaca que a partir da década de 1970 outros fatores contribuiriam para a expansão do Poder Judiciário, entre eles a criação do Ministério Público “quando se atribuiu a um órgão do próprio Estado a responsabilidade principal de defesa dos interesses difusos e coletivos perante o Poder Judiciário [...]”. Outro fator foi quando, na década de 1980, houve a criação da Ação Civil Pública que passou a tutelar meio ambiente, direito do consumidor, patrimônio histórico e cultural, ordem econômica e mais alguns direitos.

Outra causa importante na expansão da atuação do Poder Judiciário pode ser atribuída à inércia do Poder Legislativo em legislar. Ely (2010, p. 175) destaca que, na sociedade norte-americana, muitas vezes os representantes eleitos não legislam sobre questões substantivas deixando a cargo de pessoas do Executivo, que não estão submetidas ao crivo do voto popular, isso porque é muito mais cômodo e seguro e não coloca em risco seu cargo eletivo. Assim, o autor (2010, p. 176) afirma que:

[...] na maioria das questões difíceis, nossos representantes preferem, de maneira bastante esperta, não ter de responsabilizar por seus atos, mas deixar que algum burocrata de um órgão qualquer do Poder Executivo, ou talvez uma comissão governamental independente, “assuma as inevitáveis consequências políticas”.

⁷⁷ Arantes (2004, p. 100) esclarece que “Os primeiros órgãos da Justiça Trabalhista também surgiram no início dos anos 30 e foram incluídos nas constituições de 1934 e 1937, porém como justiça administrativa. Foi a Constituição de 1946 que completou a formação da Justiça do Trabalho, transformando-a em ramo do Poder Judiciário.”.

⁷⁸ Arantes (2004, p. 100) também esclarece que a “[...] justiça eleitoral foi criada em 1932 e já na Constituição de 1934 figurou como ramo específico do Poder Judiciário.”.

A situação na atual sociedade brasileira não difere muito da realidade norte-americana descrita por Ely. O Legislativo em muitas questões, especialmente as complexas e de grande dissenso na sociedade, se omite de legislar deixando a responsabilidade de suprir as lacunas legislativas ao Poder Judiciário no momento da solução dos conflitos. O Ministro Ayres Brito já declarou que: “Nós estamos fazendo um experimentalismo decisório necessário, inevitável. Diante da inércia do legislador nos temos que nos apropriar conceitualmente de temas difíceis, especialíssimos”⁷⁹.

Combinado a todos estes fatores, há o atual modelo de Estado adotado, qual seja o Estado neoliberal. Dentre as várias tendências⁸⁰ deste modelo de Estado cita-se a de priorizar a redução das práticas de políticas sociais pelo Estado “reduzindo o montante das transferências sociais, eliminando a sua universalidade, transformando-as em meras medidas compensatórias em relação aos estratos sociais inequivocamente vulnerabilizados pela actuação do mercado.” (SANTOS, 2002, p. 30).

Para Santos⁸¹ (2002, p. 37-38) o modelo de Estado neoliberal combinado com a globalização, cada vez mais intensa, têm ocasionado algumas transformações na forma de atuação do Estado, sendo uma delas de fundamental importância para a compreensão do expansionismo da atuação do Poder Judiciário, qual seja, a “de-estatização dos regimes políticos reflectida na transição do governo (*government*) para o de governação (*governance*) [...]”. Em outras palavras, o Estado deixa de possuir o monopólio na prestação de políticas públicas à sociedade, se antes o Estado ocupava um papel central no desempenho destas funções, hoje ele realiza parcerias ou qualquer outra forma de associação com “organizações governamentais, para-governamentais e não-governamentais, nas quais o

⁷⁹ Integra da reportagem disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ayres-brito-diz-que-inercia-do-legislativo-impo-e-experimentalismo-ao-stf,1033757>. Acesso em: 22 de outubro de 2015.

⁸⁰ Para Santos (2002, p. 29), a globalização acarreta as seguintes orientações: “[...] as economias nacionais devem abrir-se ao mercado mundial e os preços domésticos devem tendencialmente adequar-se aos preços internacionais; deve ser dada prioridade à economia de exportação; as políticas monetárias e fiscais devem ser orientadas para a redução da inflação e da dívida pública e para a vigilância sobre a balança de pagamentos; os direitos sobre a propriedade privada devem ser claros e invioláveis; o sector empresarial do Estado deve ser privatizado; a tomada de decisão privada, apoiada por preços estáveis, deve ditar os padrões nacionais de especialização; a mobilização dos recursos, dos investimentos e dos lucros; a regulação estatal na economia deve ser mínima, deve-se reduzir o peso das políticas sociais no orçamento do Estado, reduzindo o montante das transferências sociais, eliminando a sua universalidade, transformando-as em meras medidas compensatórias em relação aos estratos sociais inequivocamente vulnerabilizados pela actuação do mercado.”.

⁸¹ Santos (2002, p. 37-38) elenca, além desta tendência, duas outras: a desnacionalização do Estado, caracterizada por um “esvaziamento do aparelho do Estado Nacional que decorre do facto de as velhas e novas capacidades do Estado estarem a ser reorganizadas, tanto territorial como funcionalmente, aos níveis subnacional e supranacional” e a “*internacionalização do Estado nacional* expressa no aumento do impacto estratégico do contexto internacional na actuação do Estado, o que pode envolver a expansão do campo de acção do Estado nacional sempre que for necessário adequar as condições internas às exigências extra-territoriais ou transnacionais.”.

aparelho de Estado tem apenas tarefas de coordenação enquanto *primus inter pares*.” (SANTOS, 2002, p. 37-38). Ou seja, há uma retração da atuação do Estado, especialmente, quando se trata de prestações materiais à população.

Neste sentido, Santos (2002, p. 41) adverte que a globalização política inevitavelmente ocasiona três situações: “o consenso do Estado fraco; o consenso da democracia liberal; o consenso do primado do direito e do sistema judicial.”.

Neste contexto, surgem dois fenômenos: a judicialização da política e o ativismo judicial⁸². No Brasil, a judicialização da política⁸³, decorre do modelo constitucional adotado (BARROSO, 2009, s/p) e faz, principalmente, com que casos de grande repercussão política ou social na sociedade sejam decididos pelo Poder Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. Tal fato implica em uma transferência de poderes para os juízes e tribunais e também repercute na linguagem, na argumentação, bem como na forma de participação da sociedade.

Baggio (2014, p. 636-637) esclarece que, quando da análise da judicialização da política é imprescindível se ater à realidade vivenciada pela sociedade, em suas palavras:

Ainda que a judicialização seja um fenômeno vinculado, em linhas gerais, às transformações do Estado Social e sua posterior crise e, portanto, existente em diversas sociedades contemporâneas, é importante sublinhar as peculiaridades conjunturais latino-americanas que permitiram não só seu rápido desenvolvimento como também o agravamento de muitas de suas consequências. [...] De todo modo, em linhas bem amplas, é possível afirmar que as leituras mais recorrentes desse fenômeno identificam que, diante da ausência de ação estatal na formulação de políticas públicas capazes de efetivar os direitos sociais, o Poder Judiciário – sobretudo na América Latina – passou a uma postura mais ativista, tornando-se protagonista desse processo de efetivação. Esse cenário poderia indicar uma disputa entre os poderes executivo, legislativo e judiciário ou, ainda, a falência ou a diminuição do espaço da política que passa a ser ocupada cada vez mais pelo Poder Judiciário

Neste sentido, Baggio (2014, p. 637-638) aponta três principais consequências da judicialização da política para a sociedade. A primeira refere-se ao fato de que em países latino americanos, que apresentam uma intensa desigualdade social e econômica a judicialização privilegiaria um setor da população que teria maior facilidade de acesso ao Poder Judiciário. A segunda consequência é que mesmo que as decisões refiram-se a direitos

⁸² José Ribas Vieira *et. al* (2009, p. 48) reconhecem que: “[...] por parte dos integrantes do STF, sim um ‘ativismo’, mas de caráter jurisdicional. Isto é, um procedimento, construído a partir das mais relevantes decisões, objetivando, precipuamente, não a concretização de direitos, mas o alargamento de sua competência institucional.”.

⁸³ Santos, Marques e Pedrosa (2015, p. 01) afirmam tratar-se de judicialização dos conflitos políticos.

sociais a sua abrangência é muito restrita. Por fim, a última consequência apontada pela autora, diz respeito à existência de um “[...] um esvaziamento da esfera de lutas políticas por parte da sociedade, uma vez que a aderência à via judicial geraria uma conformidade isolada e não politizada.”.

A judicialização da política também se manifesta, na atualidade, com o surgimento de casos complexos e polêmicos que necessitam ser disciplinado pelo Poder Legislativo. Neste sentido, Ely (2010, p. 179) afirma que a tendência da sociedade contemporânea é a de que, decisões politicamente controversas sejam tomadas por pessoas que não são eleitas e nem mesmo controladas eficazmente pela sociedade, já que não sofrerão consequências políticas em decorrência de suas decisões. Ocorre que, estas decisões deveriam ser tomadas pelos agentes eleitos para o legislativo, para que fosse possível à população compreender adequadamente os objetivos dos legisladores através da adequada exposição dos motivos.

Cass Sunstein (2005, p. 41-44) sustenta que o ativismo judicial, por sua vez, pode ser constatado a partir da frequência com que o magistrado ou tribunal invalida as declarações de vontade, que podem ser tanto normas quanto atos normativos, dos poderes executivo ou legislativo, em outros termos quando o Judiciário invalida as decisões que, em tese, seriam dos cidadãos. Acrescente-se ainda que, o ativismo judicial pode ainda manifestar-se quando o magistrado ou tribunal supre omissões em decorrência da inércia dos outros poderes. Assim, o ativismo judicial⁸⁴ exige uma postura ativa do Judiciário na efetivação dos valores e fins constitucionais, buscando extrair ao máximo todas as “potencialidades do texto constitucional sem, contudo invadir o campo da criação livre do direito.” (BARROSO, 2009, s/p).

Vianna *et al.* (1999, p. 47) defendem que no Brasil, a previsão na Constituição Federal da possibilidade do controle de constitucionalidade *in abstracto*⁸⁵ é um dos fatores decisivos para a judicialização da política, possibilitando assim que o Judiciário controle a “vontade do soberano”. Assim, a judicialização da política não reflete um enfraquecimento dos sistemas dos partidos, mas sim um fortalecimento já que possibilita uma relação de conexão entre a democracia representativa e a democracia participativa, “tem-se assim, uma judicialização da política cuja origem está na descoberta, por parte da sociedade civil, da

⁸⁴ Tal postura pode ser identificada na realidade brasileira no caso da fidelidade partidária, quando o Supremo Tribunal Federal criou uma nova hipótese de perda do mandato parlamentar além daquelas já elencadas na Constituição, bem como no caso da extensão da vedação do nepotismo ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo (BARROSO, 2009, s/p).

⁸⁵ Apesar de o controle de constitucionalidade ser um dos principais fatores influenciadores da judicialização da política, “não quer dizer que a judicialização ocorra apenas neste nível, mas é nele que as decisões tomadas pela justiça assumem sua maior dramaticidade no mundo político. É por meio desse instituto que o Tribunal pode tornar nula uma legislação oriunda dos poderes representativos.” (CARVALHO, 2004, p. 121).

obra do legislador constituinte de 1988, e não nos aparelhos institucionais do Poder Judiciário [...].” (VIANNA *et al.*, 1999, p. 43).

O fato é que diariamente surgem novos conflitos sociais que reclamam por justas soluções, o direito, por sua vez, “recria-se para atender os reclames da sociedade contemporânea e põe o Poder Judiciário a braços com os compromissos ditados, talvez mesmo impostos, pelas situações políticas, econômicas e sociais.” (ROCHA, 1999, p. 15).

Neste sentido, Vianna *et al.* (1999, p. 22) afirmam que, recentemente, o surgimento de novos processos sociais tem ocasionado o aparecimento de litígios coletivos, próprios da sociedade contemporânea, caracterizada por uma intensa globalização, ocasionando nas palavras de Cappelletti (1993, p. 43) massificação da tutela jurídica, isso porque a sociedade passa a conviver com produções e consumo em massa. Este fenômeno acaba ocasionando o “envolvimento do direito na própria construção da sociabilidade, na medida em que tais ações favorecem a formação de identidades e de núcleos de organização social, sem as quais não teriam como se viabilizar.” (VIANNA *et al.*, 1999, p. 22).

Além dos fatores acima elencados, deve-se considerar ainda que, conforme pesquisa divulgada em 2013 e realizada no período de outubro de 2009 e janeiro de 2010 pelo Núcleo de Pesquisas de Políticas Públicas da Universidade de São Paulo, há uma grande desconfiança em relação ao Congresso Nacional, sendo que 65,5% das pessoas não confiam na Câmara dos Deputados e 62,5% desconfiam do Senado Federal. Quando a análise considera o Congresso Nacional como um todo, constata-se que 33,8% das pessoas entrevistadas confiam nesta instituição. Para a pesquisa de uma maneira geral, a desconfiança com relação ao Executivo é mais acentuada em momento de crise no país, já quanto ao Legislativo é uma situação constante durante o período analisado. Esta conjuntura tem favorecido para que a democracia deliberativa ganhe destaque na atualidade, especialmente, em virtude do grande descrédito em que se encontram os poderes representativos na sociedade brasileira⁸⁶.

Diante deste contexto, o Poder Judiciário cada vez mais vem ocupando uma posição estratégica na administração dos demais Poderes, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Especificamente no Brasil, tal fato pode ser constatado a partir de todas as

⁸⁶ Conferir: SÃO PAULO, Núcleo de Pesquisas de Políticas Públicas da Universidade de. Projeto Temático “Brasil, 25 anos de democracia – balanço crítico: Políticas Públicas, Instituições, Sociedade Civil e Cultura Política – 1988 / 2013”. Processo: 11/50771-8. Disponível em: http://nupps.usp.br/downloads/relatorio/RELATORIO_FINAL_16_04_2013.pdf. Acesso em: 18 de julho de 2015.

prerrogativas conferidas ao Supremo Tribunal Federal, pós Constituição de 1988, no controle de constitucionalidade das leis⁸⁷ (CARVALHO, 2004, p. 115-116).

Neste sentido, Cappelletti (1992, p. 114) afirma que:

[...] o controle judicial de constitucionalidade das leis sempre é destinado, por sua própria natureza, a ter também uma colaboração “política” mais ou menos evidente, mais ou menos acentuada, vale dizer, a comportar uma ativa, criativa intervenção das Cortes, investidas daquela função de controle, na dialética das forças políticas do Estado.

Conforme esclarece Souza Neto e Sarmento (2013, p. 122), na atualidade há “uma tendência global à adoção do modelo de constitucionalismo em que as constituições são vistas como normas jurídicas autênticas, que podem ser invocadas perante o Poder Judiciário e ocasionar a invalidação de leis ou outros atos normativos.”.

Para Kelsen (2007, p. 123-124), a jurisdição constitucional:

[...] é um elemento do sistema de medidas técnicas que tem por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Estas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas.

A jurisdição constitucional, tendo os tribunais como detentores da última palavra, foi muito bem sustentada, segundo Silva (2009, p. 199), por John Marshall na famosa decisão no caso *Marbury versus Madison* e tem como um de seus principais defensores Hans Kelsen⁸⁸. Para o autor (1931, p. 54) o tribunal deve ser independente dos outros poderes, legislativo e executivo e deve ter como missão precípua a guarda da Constituição, em suas palavras:

⁸⁷ Rocha (1999, p. 13) defende que: “A Constituição da República de 1988 adotou talvez o mais completo sistema de controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos acolhido no constitucionalismo contemporâneo. Tanto já não seria pouco.”.

⁸⁸ Silva (2009, p. 200) faz um importante esclarecimento quanto à origem do controle de constitucionalidade: “Não se pretende, com isso, afirmar que a ideia de controle de constitucionalidade, em si, surge com Marshall, ou que Kelsen tenha sido o primeiro a pensar em uma instituição nos moldes dos tribunais constitucionais contemporâneos. No caso norte-americano, no Federalista 78 [Hamilton] já se defendia a necessidade de um controle semelhante. No caso do controle de tipo europeu, a constituição austríaca nem mesmo foi a primeira a prevê-lo, tendo sido antecipada em alguns meses pela constituição da Tchecoslováquia. O próprio Kelsen sempre deixou claras as suas fontes inspiradoras, sobretudo uma obra pouco divulgada de Georg Jellinek, sugestivamente intitulada “Um tribunal constitucional para a Áustria”, publicada já em 1885. Ainda no plano das ideias, um embrião daquilo que mais tarde tomou a forma de tribunal constitucional pode ser encontrado na tentativa de Sieyès de implantação de um Jury Constitutionnaire, rejeitada pela Assembleia Constituinte de 1795. A despeito desses - e de quaisquer outros - antecedentes, foi a obra de Marshall e Kelsen que perdurou no tempo.”.

Porque precisamente nos casos mais importantes de violação da Constituição, parlamento e governo são partes em litígio, então é aconselhável chamar para decidir a disputa, uma terceira instância que esteja fora dessa oposição e seja um participante que em nenhum aspecto participe do jogo de poder que a Constituição distribui, essencialmente, entre o parlamento e o governo. Que essa mesma instância receba certo poder por esta atribuição é inevitável. Porém, há uma grande diferença entre um órgão criado, apenas como o poder de exercer o controle da Constituição e fortalecer um poder de um dos portadores do poder supremo através de atribuição posterior do controle da Constituição. Esta continua a ser a principal vantagem de um Tribunal Constitucional, porque desde o começo não toma parte no exercício do poder e nem mesmo entra, necessariamente, em conflito com o parlamento ou o governo⁸⁹. *Tradução nossa.*

Arantes (2004, p. 90) defende que a partir do momento em que à Suprema Corte, no caso norte-americano, foi conferida a possibilidade de proferir a última palavra sobre assuntos gerais da sociedade:

[...] as possibilidades e limites desse arranjo institucional têm sido objeto de polêmica, justamente pela delicada interface que esse sistema estabelece entre o direito e a política, entre a perspectiva liberal que impõe freios à vontade majoritária e a perspectiva democrática que reivindica legitimidade das decisões políticas como exclusividade dos órgãos representativos da soberania popular.

Rocha (1999, p. 12) esclarece que a jurisdição constitucional é de fundamental importância para o sistema jurídico, já que é um dos mecanismos de garantir a validade e efetividade do ordenamento jurídico, em suas palavras:

[...] a jurisdição constitucional é o esteio que pode garantir vigência válida e efetiva do sistema jurídico fundamental positivado. Daí porque também o sistema de controle de constitucionalidade adotado torna mais fraca ou mais forte a obra constitucional na exata medida em que tiver efetividade e garantir que o cidadão guarde, por meio dos órgãos jurisdicionais competentes, a sua Constituição, a que há de se guardar para prevalecer e adaptar-se a cada geração de maneira legítima sem perder-se em sua essência e em sem impedir a sua dinâmica.

⁸⁹ Original: “Dado que precisamente en los casos más importantes de violación de la Constitución, Parlamento y Gobierno son partes en causa, se aconseja llamar para decidir sobre la controversia a una tercera instancia que este fuera de esa oposición y que bajo ningún aspecto sea partícipe del ejercicio del poder que la Constitución distribuye en lo esencial entre Parlamento y Gobierno. Que esa misma instancia reciba por ello un cierto poder es inevitable. Pero hay una gran diferencia entre configurar a un órgano ningún otro poder que se ala función de control de la Constitución y reforzar el poder de uno de los portadores del supremo poder mediante la atribución ulterior del control de la Constitución. Ésta sigue siendo la ventaja fundamental de un Tribunal constitucional, porque desde el principio no toma parte en el ejercicio del poder ni entra necesariamente en oposición con el Parlamento ni con el Gobierno.”.

Segundo Arantes (2004, p. 95-96) o sistema brasileiro afasta-se do republicanismo democrático e adota substancialmente “[...] o princípio liberal de contenção da maioria política, por meio de um sistema ultradescentralizado de controle constitucional, que permite às minorias políticas exercerem poder de veto, invocando a Constituição contra leis e atos normativos dos Poderes Legislativo e Executivo.”.

Além deste perfil de proteção das minorias políticas⁹⁰, há que considerar-se também, que durante o século XX o Poder Judiciário acabou assumindo um importante papel na implementação de diversos direitos sociais e políticos. Tal fato está associado à crise do Estado de Bem Estar social⁹¹, bem como a uma expansão dos direitos coletivos (ARANTES, 2004, p. 96).

Para Barroso (2009, s/p), este cenário de intenso aumento da atuação do Poder Judiciário tem suscitado diversas críticas, entre elas pode-se citar: grande risco à legitimidade democrática, politização inadequada da justiça e por fim os limites da capacidade institucional do Poder Judiciário.

Neste sentido, Santos, Marques e Pedroso (2015, p. 01) também defendem que este protagonismo do Judiciário tem levantado três questionamentos, quais sejam, quanto à legitimidade democrática desta atuação, quanto à capacidade de atuação e quanto à violação de independência dos poderes. Assim, quanto ao segundo questionamento levantado pelos autores em um primeiro momento questiona-se que esta expansão pode ocasionar uma diminuição da oferta e a consequente frustração da prestação da justiça, isso em virtude da rigidez do quadro de recursos humanos e de infraestrutura deste órgão. Em outro sentido, “[...] os tribunais não dispõem de meios próprios para fazer executar as suas decisões sempre que estas, para produzir efeitos úteis, pressupõem uma prestação ativa de qualquer setor da administração pública.” (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 2015, p. 01-02).

⁹⁰ Como suscitado por Maués e Leitão (2003, p. 7) as ações diretas de inconstitucionalidade propostas por partidos políticos podem indicar que “esses mesmos partidos, ao não terem suas propostas contempladas nas negociações parlamentares, utilizam-se das Ações Diretas de Inconstitucionalidade com o objetivo de converter o Supremo Tribunal Federal em uma terceira ‘Casa Legislativa’ na qual fosse possível modificar a decisão da maioria.”.

⁹¹ Neste momento, é oportuno lembrar que alguns cientistas jurídicos, entre eles Lenio Streck, defendem o Brasil não viveu o Estado de Bem Estar Social e isso também poderia explicar esta ampliação da atuação do Poder Judiciário na promoção dos direitos sociais, já que tem como agravante o fato de que, enquanto vários países passavam por esta forma de Estado o Brasil vivia a ditadura militar, responsável por aprofundar ainda mais as desigualdades sociais.

Quanto ao terceiro questionamento, no que se refere à independência dos poderes⁹², sabe-se que este é um dos primados do Estado e do constitucionalismo moderno, e ele surgirá também sob duas vertentes. Nos dizeres de Santos, Marques e Pedroso (2015, p. 02):

A questão da independência surge assim em dois contextos. No contexto da legitimidade, sempre que o questionamento desta leva o Legislativo ou o Executivo a tomar medidas que o Poder Judiciário entende serem mitigadoras da sua independência. Surge também no contexto da capacidade, sempre que o Poder Judiciário, carecendo de autonomia financeira e administrativa, se vê dependente dos outros poderes para se apetrechar dos recursos que consideram adequados para o bom desempenho das suas funções.

Por fim, o debate sobre a legitimidade⁹³, que é suscitado em sociedades consideradas como democráticas, fundamenta-se no fato de que seria ilegítima a intervenção do Poder Judiciário em questões relativas ao Poder Executivo e o Poder Legislativo já que os juízes não são eleitos pelo povo, ao contrário dos dois outros órgãos (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 2015, p. 01). Eis o principal argumento contra a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Barroso (2012, p. 30), por sua vez, sustenta que esta acentuada intervenção do Poder Judiciário na função de promoção dos direitos fundamentais na sociedade brasileira apresenta-se não como uma conduta antidemocrática, mas sim de fortalecimento da democracia, já que por vezes, trata-se de invalidar uma lei inconstitucional ou sanar uma omissão legislativa⁹⁴.

Ocorre que, independente de todas as críticas feitas à expansão da atuação do Poder Judiciário, que tem origem nos mais diversos fatores, seja através do incremento da atividade no exercício da jurisdição constitucional, seja em virtude do surgimento de novos direitos, em decorrência de uma retração da atuação do Estado ou então devido à crise de representatividade do Poder Executivo e do Poder Legislativo na sociedade brasileira atual, ela é uma realidade que não pode ser ignorada e que tem ocasionado muitas transformações, especialmente, quando o assunto é democracia na sociedade de momento contemporâneo.

⁹² Santos, Marques e Pedroso (2015, p. 02) defendem que este questionamento é suscitado pelo próprio Poder Judiciário, ao contrário do que ocorre com o questionamento da legitimidade democrática.

⁹³ Este tópico será analisado mais detalhadamente no item 2.3 deste trabalho.

⁹⁴ Por outro lado, Ely (2010, p. 176) sustenta que quando o Legislativo se omite da sua função de legislar é “[...] errado, não porque não é ‘como deveria ser’ – em algumas circunstâncias, é legítima a inversão de papéis entre as instituições –, mas porque é antidemocrático, no sentido bastante claro de que, recusando-se a legislar, nossos legisladores escapam de responder por seus atos, o que seria crucial para o funcionamento inteligível de uma república democrática.”

Para uma melhor análise do debate sobre a legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional, uma das vertentes da expansão da atuação do Poder Judiciário, e um dos objetos de análise deste trabalho, serão esclarecidas no próximo tópico as principais teorias a respeito desta atividade.

3.2 Principais teorias⁹⁵ sobre o exercício da jurisdição constitucional: oposição ao exercício da jurisdição constitucional, substancialistas, procedimentalistas e a teoria dos diálogos institucionais

Como ressaltado por Vianna *et al.* (1999, p. 22) aquele tradicional circuito “sociedade civil-partidos-representação-formação da vontade majoritária” vem gradativamente sendo substituído por uma atuação mais incisiva do Poder Judiciário através de sua provocação pelos indivíduos, grupos sociais e partidos políticos. Tal contexto tem abalado a tradicional concepção de soberania popular, especialmente quando o assunto é o exercício da jurisdição constitucional.

Ao Supremo Tribunal Federal, através do artigo 102 da Constituição Federal foi conferida a proteção da Constituição, tal função não foi atribuída com exclusividade a ele, mas foi previsto constitucionalmente o poder da última e definitiva instância, portanto é o principal guardião. Esta função é desempenhada, especialmente, por meio da jurisdição constitucional e conforme esclarecido por Rocha (1999, p. 16) “o controle de constitucionalidade projeta-se, assim, na atualidade, como uma garantia política (além de jurídica e além do jurídico) do cidadão. Daí a sua inigualável importância para a eficiência do regime democrático.”.

Mendes (2011a, p. 19) esclarece que “certo senso comum costuma supor que parlamentos⁹⁶ eleitos seriam a expressão mais imediata da democracia, enquanto que constituições e declarações de direitos, somados ao controle judicial de constitucionalidade, a manifestação autoexplicativa do constitucionalismo.”.

Com efeito, quando se fala em jurisdição constitucional, tradicionalmente costuma-se dissociar da ideia de democracia, já que esta se relaciona à soberania popular manifestada através da eleição dos membros dos órgãos representativos, quais sejam os Poderes Legislativo e Executivo.

⁹⁵ Destaca-se que há ainda outras teorias sobre a jurisdição constitucional, como os que defendem o substancialismo e o procedimentalismo débil. Conferir Linares (2008, 34-42).

⁹⁶ Em outra oportunidade, Mendes (2011b, p. 354) afirma que o Poder Legislativo possui “um *pedigree* democrático diferente”.

Assim, surge um mal-estar, uma crise entre cortes e parlamento, bem como uma tensão entre dois ideais, quais sejam constitucionalismo e democracia, respectivamente (MENDES, 2011a, p. 19). Salienta-se que esta realidade não é apenas brasileira, mas sim uma tendência mundial.

Conforme Souza Netto e Sarmento (2013, p. 129):

A dificuldade contramajoritária reside no reconhecimento de que, diante da vagueza e abertura de boa parte das normas constitucionais, bem como da possibilidade de que elas entrem em colisões, quem as interpreta e aplica também participa do seu processo de criação. Daí a crítica de que a jurisdição constitucional acaba por conferir aos juízes uma espécie de "poder constituinte permanente", pois lhes permite moldar a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas, em detrimento daquelas adotadas pelo legislador eleito. Esta visão levou inúmeras correntes de pensamento ao longo da história a rejeitarem a jurisdição constitucional, ou pelo menos o ativismo judicial no seu exercício.

Quando o assunto é jurisdição constitucional, as principais tendências na sociedade são: (i) os que não aceitam a revisão judicial já que esta violaria todo o arranjo democrático da sociedade, (ii) os que aceitam a revisão judicial, sem restrições, visto que seria uma das formas de efetivar a proteção aos direitos fundamentais, denominados de substancialistas, (iii) os que acreditam que a revisão judicial só se faz necessária em casos para resguardar o processo democrático quando os tribunais poderiam intervir apenas para proteger a formação da vontade popular, designados de procedimentalistas e, por fim, (iv) os teóricos que propõem a necessidade de um diálogo entre as instituições, ou seja, entre os poderes legislativo e Judiciário.

Waldron⁹⁷ (2010, p. 98) um dos principais opositores à jurisdição constitucional, defende que ao contrário do que se tenta sustentar quando os tribunais decidem algum caso eles não se restringem às questões principais que estão em discussão, mas apenas às secundárias, como precedentes e interpretação. Além disso, é uma prática politicamente ilegítima, uma vez que privilegia a maiorias dos votos de alguns juízes que não são eleitos pelo povo, não sendo possível responsabilizá-los depois e ainda “priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita estimados princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões de direitos.”.

⁹⁷ O autor (2010, p. 97) afirma que: “Pode ser ainda que o *judicial review* seja necessário como medida protetora contra patologias legislativas com relação ao sexo, raça ou religião em determinados países. Mas, mesmo que assim seja, vale a pena averiguar se este tipo de defesa alcança o âmago da questão ou se, em vez disso, deveria ser visto como uma razão excepcional para evitar a tendência do que, na maioria das circunstâncias, seria um argumento normativo irretorquível contra o *judicial review*.”.

Comumente argumenta-se que o parlamento é a expressão da tirania da maioria, contra tal assertiva Waldron (2010, p. 146) afirma que “[...] o aspecto majoritário realmente suaviza a tirania, pois indica que havia ao menos uma coisa não tirânica sobre a decisão: ela não foi tomada de uma maneira que excluísse tiranicamente determinadas pessoas da participação como iguais.”. Neste ponto, o autor (2010, p. 147) esclarece que a parte que ficou vencida na deliberação, ou seja, integrante da minoria decisória, não necessariamente está diante de uma tirania da maioria, já que para isso deveria ficar comprovado mais dois fatores: que a decisão tomada pela maioria está equivocada e é tirânica em relação aos direitos das minorias que estavam em jogo, e que a minoria votante também é a minoria tópica⁹⁸ e terá seus direitos afetados em virtude de uma decisão equivocada.

O simples fato de uma parcela dos votantes serem vencidos na deliberação não significa que se estará diante de uma tirania, basta que a maioria vencedora tenha levado em consideração os interesses das minorias envolvidas, em outras palavras, o fato de uma opinião não ter prevalecido, em momento algum significa uma ameaça aos direitos das minorias. Waldron (2010, p. 148) afirma que “Pessoas - incluindo membros de minorias tópicas – não têm necessariamente os direitos que pensam ter.”.

Segundo a teoria de Waldron acima exposta, não há motivos para apoiar a revisão judicial, já que esta é incoerente e inadequada para um sistema livre e democrático e seus defensores utilizam argumentos falaciosos e que são facilmente contestados. Nem mesmo existiria no caso de rejeição da revisão judicial, como costumam defender, a tirania da maioria com a opressão das minorias tópicas.

Por outro lado, há os que aceitam a jurisdição constitucional realizada pelos tribunais, são eles: os substancialistas e procedimentalistas. Vianna *et al.* (1999, p. 24) esclarecem que eles:

[...] teriam em comum o reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitadas às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autonomia individual e cidadã.

Mendes (2011a, p. 21) argumenta que na “democracia, quando estão em jogo direitos fundamentais depende de um *output* substantivo, não de um *input* procedimental” e na atualidade, quando o assunto é o controle de constitucionalidade, boa parte das democracias

⁹⁸ O autor (2010, p. 147) esclarece que minorias tópicas são aquelas que seus direitos e interesses estão sendo discutidos, ou seja, são os reais detentores dos direitos em análise.

constitucionais baseia-se nas ideias de Ronald Dworkin, ou seja, legitima-se a partir do discurso da defesa e promoção dos direitos fundamentais e das minorias a partir de uma leitura moral da Constituição.

Então, o principal representante da vertente substancialista é Ronald Dworkin, defensor do ideário de que está na função primordial a ser desempenhada pelas cortes a proteção dos direitos fundamentais, enquanto que assuntos relativos a políticas públicas seria competência a ser desempenhada pelos parlamentos eleitos pela sociedade. Para o autor (2005, p. 175), a polêmica a respeito da legitimidade democrática das revisões judiciais, distorce o real fim buscado pela democracia.

Neste sentido, Dworkin (2005, p. 101) afirma que:

Se queremos a revisão judicial – se não queremos anular *Marbury contra Madison* – devemos então aceitar que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes. A questão é que motivos, nas suas mãos, são bons motivos. Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas tem sobre nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral -, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva de representação, pessoas como iguais. Se estou certo a respeito disso e do que isso significa, são questões para a teoria jurídica e política, e essas são questões que devemos tentar responder.

Para sustentar sua tese, Dworkin parte do pressuposto de que o direito é um conjunto de regras e princípios⁹⁹ dotados de integridade¹⁰⁰, para que possa abordar toda a realidade complexa da sociedade, portanto não é apenas um rígido sistema de normas. A corte, na concepção do autor, é a guardiã dos princípios e valores constitucionais fundamentais para uma sociedade, sendo que as minorias não podem ser suprimidas em detrimento da vontade geral, mas um cuidado deve-se ter já que os juízes não podem impor suas vontades e convicções particulares (DWORKIN, 2007, p. 287-308).

Neste sentido, Rawls (1993, p. 287) também defende que em nenhuma hipótese poderão os juízes utilizar-se de suas moralidades particulares e nem mesmo “os ideais e

⁹⁹ Para Binenbojm (2014, p.75-76), Ronald Dworkin faz ressurgir e revalorizar o pensamento de Kant em um movimento conhecido como “Virada Kantiana”. O autor (2014, p. 76) então afirma que: “[...] a ideia de dignidade da pessoa humana, traduzida no postulado kantiano de que cada homem é um fim em si mesmo, eleva-se à condição de princípio jurídico, *valor fonte* do qual decorrem direitos fundamentais do homem que não podem ser *relativizados* em prol de qualquer projeto coletivo de bem comum.”

¹⁰⁰ Para Dworkin (2006, p. 291), “[...] o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhe apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.”

virtudes da moralidade em geral.”. Também não poderão utilizar nos fundamentos das decisões suas crenças religiosas e filosóficas. Pelo contrário, devem utilizar “[...] os valores políticos que julgam fazer parte do entendimento mais razoável da concepção pública e de seus valores políticos de justiça e de razão pública.”.

Para Dworkin (2006, p. 09-10) a democracia não está associada à vontade da maioria¹⁰¹, mas a leitura moral da constituição é que está em sintonia com a democracia, sendo indispensável para a sua consolidação. Entretanto, isso não significa que “democracia só existe quando os juízes têm o poder para deixar de lado ideias que a maioria das pessoas tem acerca do que é bom e justo.”¹⁰². Para o autor existem duas concepções de democracia: a democracia majoritária e a democracia constitucional.

A concepção de democracia majoritária aceita a premissa majoritária como condição elementar da democracia, por outro lado, Dworkin (2006, p. 26) defende que a democracia, na concepção constitucional, não pressupõe a premissa majoritária, “[...] mas que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito.”. E este seria o ideal de democracia para Dworkin a ser perseguido pela sociedade.

Veja que a ideia de democracia defendida por Dworkin relaciona-se com a necessidade de valoração da premissa de igual consideração e respeito a todos os cidadãos indistintamente, o que enfraquece a premissa majoritária pautada na ideia de soberania da maioria, já que esta tende a ignorar as minorias dentro do Estado que teriam seus interesses ignorados e oprimidos.

Dworkin (2006, p. 36) esclarece que a liberdade positiva, ou seja, a possibilidade que o indivíduo possui de se autodeterminar, torna possível que os indivíduos controlem aqueles que o governam. Assim, não há o comprometimento da democracia com a rejeição da premissa majoritária, já que a democracia constitucional pressupõe que sejam respeitadas as

¹⁰¹ Para Dworkin (2006, p. 27-28) “[...] a ideia de que a revisão judicial das normas compromete a democracia, a tal ponto que a questão central da teoria constitucional tem de ser a de saber se e quando este comprometimento é justificado. Essa opinião é filha de uma concepção majoritária da democracia e, portanto, é neta da premissa majoritária. E é ela que motiva a já mencionada busca sem fim por uma estratégia interpretativa ‘intermediária’ entre a leitura moral e o originalismo, e é ela que exerce seu poder de tentação e leva grandes teóricos a construir uma série de epísclos ptolomaicos na tentativa de reconciliar a prática constitucional com os princípios majoritários.”.

¹⁰² Nesta oportunidade Dworkin (2006, p. 10) ainda defende que a democracia não quer dizer que os tribunais (juízes) são detentores da última palavra quando o assunto é a Constituição, mas também não pressupõe que eles não a tenham.

condições democráticas¹⁰³, e estas nada mais são que “[...] as condições de participação moral numa determinada comunidade política.” mais “[...] a liberdade positiva aumenta na medida mesma em que a premissa majoritária é rejeitada em favor da concepção constitucional de democracia”.

Seguindo este raciocínio, Dworkin (2006, p. 26-27) esclarece que:

Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos. Mas quando não o fazem, ou quando esta garantia e esse respeito mostram-se deficientes, não se pode fazer objeção alguma, em nome da democracia, a outros procedimentos que garantam e respeitem as condições democráticas.

Para Dworkin (2006, p. 46), quando na formação de uma decisão judicial pelos tribunais, há um debate público generalizado, há o favorecimento da qualidade da discussão e da participação dos cidadãos que pode ser mais direcionada para a ideia de bem público do que uma decisão construída no legislativo, que na maioria das vezes está restrita a interesses pessoais e ideológicos dos agentes políticos. Ou seja, para o autor (2006, p. 47), o exercício da jurisdição constitucional apresenta-se como um modo superior de “[...] deliberação republicana sobre alguns assuntos. [...]”.

Veja que a atuação dos juízes, conforme defende Dworkin (2006, p. 57) deve se pautar na leitura moral da Constituição e para o autor:

Ela explica por que a fidelidade à Constituição e ao direito *exige* que os juízes façam juízos atuais de moralidade política e encoraja assim a franca demonstração das verdadeiras bases desses juízos, na esperança de que os juízes elaborem argumentos mais sinceros, fundamentados em princípios, que permitem ao público participar da discussão.

Mas não se pode ignorar o fato de que, a democracia diante de um equívoco cometido pelo Tribunal sobre os requisitos das condições democráticas, sofre um grave prejuízo, mas tal dano nem se aproxima dos causados em virtude de uma decisão majoritária

¹⁰³ Dworkin (2006, p. 27) afirma que: “[...] entre essas condições incluem-se sem dúvida, por exemplo, a exigência de que cargos públicos devam, em princípio, ser acessíveis em igualdade de condições às pessoas de todas as raças e grupos. Se existisse uma lei pela qual só os membros de uma determinada raça pudessem se candidatar aos cargos públicos, não caberia nenhum custo moral – não haveria motivo algum para arrependimento – se um tribunal que gozasse do poder constitucional de fazê-lo derrubasse essa lei por ser inconstitucional. Nessa ocasião provavelmente a premissa majoritária seria comprometida; mas embora isso seja motivo de arrependimento pela concepção majoritária de democracia, não o é pela concepção constitucional.”.

equivocada a respeito de uma questão constitucional que não é contestada e perdura ao longo do tempo (DWORKIN, 2006, p. 50).

Em síntese, Dworkin defende que os tribunais devem fazer a leitura moral da constituição através da deliberação pública, e assim contribuem para o fortalecimento da democracia e defesa dos direitos fundamentais e tendem a proferir decisões mais adequadas à resolução do conflito, defendendo assim uma postura substancialista dos tribunais.

Por sua vez, Ely (2010) é um dos principais representantes da vertente procedimentalista. O autor (2010, p. 156) defende que, “[...] o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático, e a negação do voto parece ser a mais representativa das obstruções.”¹⁰⁴. Veja que o autor busca conciliar o exercício da jurisdição constitucional com a essência democrática do sistema representativo através do governo da maioria.

A proteção das minorias é uma das preocupações esboçadas por Ely (2010, 102-117) que afirma que a ideia de que todos os cidadãos possuem os mesmos interesses, na atualidade, mostra-se um tanto quanto inadequada. O autor esclarece que “nenhuma lista finita de direitos pode abarcar todas as maneiras pelas quais a maioria pode tyrannizar as minorias, e nem sempre podemos nos apoiar nos mecanismos informais e mais formais de pluralismo.” (ELY, 2010, p. 108). O autor (2010, p. 108) então defenderá uma nova forma de pensar e executar a teoria da representação que vinha até então sendo desenvolvida. Para o autor o adequado sistema de representação não deve se limitar a apenas “que os representantes não separassem seus interesses dos interesses da maioria do eleitorado, mas também que não separassem os interesses da coalizão majoritária dos interesses das diversas minorias.”. Assim, os “[...] representantes devem representar a totalidade do eleitorado, sem dar, de maneira arbitrária, um tratamento relativamente adverso às minorias menos favorecidas.” (ELY, 2010, p. 114) e, portanto, “[...] em algumas situações em que o processo convencional de representação parece não promover suficientemente a defesa dos interesses minoritários - mesmo de interesses que têm direito de voto -, a intervenção do Judiciário é admissível.” (ELY, 2010, p. 114).

Ely (2010, p. 160) então afirma que:

¹⁰⁴ O autor (2010, p. 181) defende que: “[...] o princípio da representação que jaz no cerne do nosso sistema exige mais que o simples direito a voz e voto. Por mais aberto que seja o processo, aqueles que obtêm maior número de votos têm condições de garantir vantagens para si mesmos em detrimento dos outros, ou de recusar-se a levar em conta os interesses das outras pessoas e grupos.”. Então, é imprescindível que em uma democracia representativa os valores sejam determinados pelos representantes e caso os resultados destas escolhas não sejam satisfatórios é necessário que os representantes sejam expulsos do poder. Ademais, os representantes devem efetivamente garantir as regras do jogo democrático, bem como que os interesses das minorias sejam respeitados e concretizados.

Não devemos deixar que os ‘incluídos’ decidam quem deve ficar de fora -, portanto é obrigação dos tribunais assegurar não apenas que a ninguém se negue sem motivo seu direito ao voto, mas também que, quando há um motivo [...], ele seja bastante convincente.

Surgem então, três argumentos apresentados por Ely (2010, p. 117-138) para justificar o controle judicial das leis. O primeiro fundamenta-se no fato de que, ao analisar a constituição norte-americana, constata-se que a avassaladora maioria das escolhas valorativas é deixada ao arbítrio da poder político e preocupa-se fundamentalmente com dois postulados: a justiça procedimental na resolução dos litígios individuais e com a garantia de “participação ampla nos processos e distribuições do governo.” (ELY, 2010, p. 116).

Defendendo este argumento, Ely (2010, p. 133) afirma que para alcançar a meta fundamental da Constituição norte-americana, que é a liberdade, um valor substancial, a maneira mais adequada é:

[...] por um conjunto bastante amplo de proteções procedimentais e por um esquema ainda mais elaborado que visa assegurar que, ao se fazerem escolhas substantivas, o processo de decisão estará aberto a todos, em condições de relativa igualdade, e os responsáveis pelas decisões cumprirão o dever de levar em consideração os interesses de todos os que serão afetados por suas deliberações. (Na maioria das vezes, o documento parte do pressuposto de que assegurar o acesso efetivo ao processo é a melhor maneira de garantir que os interesses de um indivíduo sejam levados em conta, e isso em geral é verdade. [...]).

A Constituição norte-americana adota como estratégia que a maioria em hipótese alguma colocará em risco seus próprios direitos e tenta garantir que esta maioria não trate diferente as minorias existentes na sociedade, mas que seja conferido um tratamento igualitário. Neste sentido, Ely (2010, p. 134) esclarece que:

Para tanto, a Constituição estrutura o processo de decisão em todos os níveis a fim de assegurar, em primeiro lugar, que os interesses de todos, serão representados efetiva ou virtualmente (em geral de ambos os modos) no momento da decisão substantiva; e, em segundo lugar, que os processos de aplicação das leis aos casos individuais não serão manipulados de modo que reintroduzam na prática uma discriminação que na teoria não é permitida.

O segundo argumento quanto ao controle judicial de constitucionalidade refere-se à necessidade de uma jurisdição constitucional que garanta a representação. Neste argumento

Ely (2010, p. 135) sustenta que não se pode admitir que os magistrados tenham mais capacidade para refletirem os valores convencionais do que os poderes políticos, deve-se, de fato, assegurar que os representantes eleitos realmente representem os interesses da sociedade, indistintamente se maioria ou não.

Por fim, Ely (2010, p.117) apresenta o terceiro argumento fundamenta-se em que “[...] os tribunais, sendo especialistas em questões de processo e (mais importante ainda) estando à margem do jogo político, estão mais bem qualificados e situados para executar do que as autoridades políticas.”. O autor (2010, p.135-136) segue afirmando que:

Os profissionais do direito são especialistas no processo em sentido estrito, o processo por meio do qual são descobertos os fatos e as partes em litígio podem apresentar suas pretensões. E, até certo ponto, são especialistas no processo em sentido amplo, o processo por meio do qual as grandes questões políticas são determinadas de modo imparcial: parecem de fato capazes de perceber intuitivamente como assegurar que todos tenham voz [...].¹⁰⁵

Ely (2010, p.132) ainda sustenta que a adequada constituição não pode trazer em seu conteúdo uma extensa gama de valores substanciais, em suas palavras as “[...] tentativas de fixar valores substanciais não cabem numa constituição”. Em uma constituição só devem existir normas relacionadas a questões procedimentais¹⁰⁶.

Em síntese, Ely (2010, p.137) defende que quando se tratar de uma democracia representativa as valorações devem ser elaboradas pelo poder político, ou seja, pelos representantes eleitos, e caso não haja aceitação pela maioria a forma legítima de demonstrar a reprovação é a destituição através do voto.

Dessa forma, para Ely (2010, p. 137) o funcionamento inadequado ocorre quando os:

(1) incluídos estão obstruindo os canais da mudança política para assegurar que continuem sendo incluídos e os excluídos permaneçam onde estão, ou

¹⁰⁵ O autor (2010, p. 137) destacará que: “Há outras pessoas, especialmente aquelas que se dedicam à política em tempo integral, que também podem afirmar que conhecem profundamente os meios pelos quais o processo político distribui o poder de voz e os poderes em si. E é claro que muitos legisladores são também juristas. Então não é uma questão de perícia, e sim de ponto de vista.”.

¹⁰⁶ Nesta oportunidade o autor (2010, p. 132) citará como exemplo algumas disposições da constituição norte-americana. Ele afirmará que boa parte dos dispositivos constitucionais que tratava de valores substanciais foi revogada, como o que protegia a abstinência do álcool. Alguns ainda estão presentes na Constituição “[...] porque são tão obscuras que nunca dão problema (corrupção do sangue, aquartelamento de tropas), ou porque estão a tal ponto entrelaçadas com questões procedimentais que parecem ser apropriadas à Constituição (autoincriminação, *double jeopardy*). As que mais se destacavam, ou que eram suficientemente minuciosas para serem contestáveis, não sobreviveram. Os exemplos de maior impacto são a escravidão e a Lei Seca. Ambas foram eliminadas por revogação; [...] Mas não me interprete mal: nossa Constituição sempre teve o grande objetivo substancial de preservar a liberdade.”.

(2) quando, embora a ninguém se neguem explicitamente a voz e o voto, os representantes ligados à maioria efetiva sistematicamente põem em desvantagem alguma minoria, devido à mera hostilidade ou à recusa preconceituosa em reconhecer uma comunhão de interesses – e, portanto, negam a essa minoria a proteção que o sistema representativo fornece a outros grupos.

Para avaliar se estes itens estão sendo respeitados é que se destaca a atuação dos tribunais, isso porque estão “relativamente à margem do sistema governamental e só indiretamente precisam preocupar-se com a permanência no cargo” e, portanto são capazes de avaliar objetivamente todo o sistema, especialmente, quando o questionamento refere-se à obstrução de participação nos canais de mudança ou quando os representantes eleitos atuam como aliados na tirania da maioria, desvirtuando a real função para a qual foram eleitos¹⁰⁷ (ELY, 2010, p. 137).

Daí surge a tese sustentada por Ely de que a jurisdição constitucional justifica-se apenas quando for para assegurar que as regras do procedimento democrático sejam devidamente satisfeitas pelos representantes eleitos, de forma a garantir que todas as vontades, indistintamente se maioria ou minoria, sejam respeitadas, ou seja, apenas é legítimo quando for para resguardar questões relativas à participação da sociedade¹⁰⁸ e não de méritos substantivos das decisões políticas¹⁰⁹.

Neste sentido, seria função dos tribunais garantir que o Poder Executivo (administradores) se submeta à política legislativa imposta pelo Poder Legislativo, como também que as orientações da política legislativa sejam efetivamente fornecidas pelos agentes legislativos. Ocorre que, tal postura não é tão popular como deveria ser e uma das justificativas é justamente o fato de que como se vive em um mundo complexo e instável seria impossível ao legislador disciplinar todas as particularidades de um assunto em uma lei (ELY, 2010, p. 177-178).

¹⁰⁷ Em outra passagem Ely (2010, p. 142) sustenta que “[...] são os tribunais que devem policiar as restrições à liberdade de expressão e as outras atividades políticas, porque não podemos confiar em que nossos representantes eleitos o farão: em geral, os incluídos querem que os excluídos continuem excluídos.”

¹⁰⁸ Para Ely (2010, p. 156) “[...] o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se, basicamente, de eliminar as obstruções ao processo democrático, e a negação do voto parece ser a mais representativa das obstruções.”. Quanto a esta obstrução, Ely (2010, p. 156) defenderá que ela pode ocorrer tanto como forma de restringir o poder de voto a alguns setores da sociedade, como a proibição de partidos políticos minoritários de disputarem as eleições e a negativa em atribuir o cargo ao representante eleito pelo povo.

¹⁰⁹ Binenbojm (2014, p.102) faz o seguinte esclarecimento quanto à teoria proposta por Ely, para o qual o exercício da jurisdição constitucional deve ser: “[...] centrado apenas nas condições de formulação do ato legislativo (*input*), desprovido de qualquer pretensão de alcançar o seu resultado substantivo (*outcome*). Para Ely ‘apenas uma teoria que enxergue o controle de constitucionalidade, atribuído aos tribunais, como um reforço da democracia, e não como um guardião superior que arbitra quais resultados devem e quais não devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia.’”.

No entanto, Ely (2010, p. 178)¹¹⁰ sustenta que o fato de a sociedade do momento contemporâneo ser mais complexa e dinâmica não justifica a omissão legislativa quanto às particularidades do tema, já que primeiramente:

[...] a maioria das assembleias legislativas, e certamente o Congresso, pode dispor de especialistas tão bons quanto os que estão à disposição da administração, e que pelo menos no âmbito federal o congresso também tem direito à assistência do pessoal técnico dos órgãos do Executivo. A segunda, e mais fundamental, é que a doutrina da não delegação, mesmo em sua formulação mais radical, jamais insistiu em que a legislação fosse mais detalhada do que é possível, ou que as questões fossem resolvidas de modo mais definitivo do que o assunto em questão permitia. Tudo o que era exigido era que as leis dessem orientação para as decisões políticas que faz falta em boa parte da legislação contemporânea.

Binenbojm (2011, s/p), trazendo sua contribuição para o debate, esclarece que pela perspectiva procedimentalista as decisões valorativas devem, necessariamente, ser tomadas pelos representantes do povo, em suas palavras:

O argumento se funda, primariamente, na premissa de que, numa democracia, as escolhas valorativas devem ser feitas por representantes eleitos, e não por juízes não-eleitos. Se o povo não aprovar tais escolhas, os representantes podem ser substituídos por outros, que defendam diferentes opções axiológicas. A participação no processo político teria esse papel legitimador (ou de reprovação) das escolhas morais feitas pelos representantes eleitos.

Na perspectiva procedimentalista o expansionismo do direito em assuntos tipicamente políticos é visto como algo “patológico e sombrio”, assim deve-se limitar no máximo a atuação dos juízes para impossibilitar que ocorra qualquer tipo de obstrução à vontade popular, sendo admissível apenas em situações em que as regras do procedimento democrático sejam violadas.

¹¹⁰ Dworkin (2005, p. 81) afirma que a teoria de Ely apresenta algumas proposições: “(1) A revisão judicial deve ter em vista o processo da legislação, não o resultado isolado deste processo. (2) Ela deve avaliar esse processo segundo o padrão da democracia. (3) A revisão baseada no processo, portanto, é compatível com a democracia, ao passo que a revisão baseada na substância, que tem em vista os resultados é antagônica a ela. (4) O tribunal, portanto, erra quando cita um valor substantivo puramente fundamental para justificar a revogação de uma decisão legislativa.”. A essas assertivas Dworkin (2005, p. 81-82) faz as seguintes observações: “Penso que a primeira proposição é vigorosa e correta. Mas as outras três são erradas de diferentes maneiras e, em todos os aspectos, enganosas: são erros que ofuscam e subvertem o discernimento. A revisão judicial deve atentar para o processo, não para evitar questões políticas substantivas, como a questão de que direitos as pessoas têm, mas, antes, em virtude da resposta corretas a estas questões. A ideia de democracia é de pouquíssima utilidade na procura dessa resposta. Também não decorre, a partir simplesmente, do compromisso com o processo e não com os resultados isolados do processo, que as chamadas decisões de ‘devido processo legal substantivo’, que Ely e outros deploram, sejam imediatamente excluídas. Pelo contrário, o compromisso com o processo confere a algumas dessas decisões um respaldo novo e mais poderoso.”.

Por fim, outra possibilidade analisada neste trabalho, quanto ao exercício da jurisdição constitucional e o fato de os tribunais possuírem a última palavra sobre questões políticas e sociais é a dos diálogos institucionais¹¹¹. Esta teoria representa a desconfiança quanto ao excesso do ativismo judicial e a consequente ausência de legitimidade democrática para a atuação dos magistrados na resolução de questões tipicamente políticas.

Mendes (2011a), um dos estudiosos desta teoria, esclarece que esta teoria defende a necessidade de um diálogo entre os poderes, para que juntos possam efetivamente construir a decisão, de forma a torná-la realmente mais justa e democrática para a sociedade. Assim não há que se falar em última palavra de algum dos poderes. Dessa forma, decisões legislativas serão mais legítimas que as judiciais se aquelas e não estas, atenderem ao critério moral, e vice-versa. Para o autor (2011a, p. 190) “[...] a interação deliberativa entre os poderes tem um potencial epistêmico, ou seja, maior probabilidade de alcançar boas respostas nos dilemas constitucionais ao longo do tempo.”.

Para esta concepção, tanto os tribunais quanto o legislativo são detentores de “responsabilidades deliberativas”, portanto podem realizar mútuas provocações com o objetivo de exercer tal aptidão. Tal relação não é isenta de riscos e equívocos, bem como de insegurança e desordens, mas como esclarecido por Mendes (2011a, p. 204) “[...] a instituição com o melhor desempenho deliberativo sobressai-se na competição pelo melhor argumento e tem legitimidade para desafiar a outra (o que é diferente de desobedecê-la).”.

Sebastián Linares (2008, p. 200-220), contribuindo com o debate, esclarece que o diálogo entre as cortes e o parlamento, que ele prefere denominar de diálogo “interorgânico”, pode ocorrer de maneiras diferentes. Para o autor (2008, p. 200) a forma em que o diálogo desenvolve-se irá depender da rigidez ou flexibilidade das constituições ou cartas de direitos, bem como dos diferentes poderes conferidos aos juízes constitucionais quanto às leis (poder de veto, suspensão ou declaração de inconstitucionalidade) e dos

¹¹¹ Ferreira e Silva (2012, p. 04) fazem uma interessante observação: “Deve-se ressaltar, por oportuno, que o mecanismo do “diálogo institucional” não é eminentemente democrático. Se inserido em um contexto de liberdades democráticas, poderá potencializá-las. Entretanto, o ‘diálogo institucional’ também poderá ser utilizado em regimes autoritários, como foi o caso do Brasil da Era Vargas de 1937, em cuja Constituição assim se encontrava, no art. 96, parágrafo único: Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”.

poderes de reação conferidos ao parlamento diante das medidas adotadas pelo tribunal nas decisões judiciais¹¹². Assim, o diálogo pode ocorrer de diferentes formas institucionais.

Ocorre que, na prática, tal rodada procedimental é um tanto quanto complexa e a última palavra provisória, não impossibilita diversas outras rodadas procedimentais, até que se chegue a algum consenso entre os poderes, que pode ocorrer através de concessões mútuas, ou então quando um dos poderes aceitar a posição do outro (MENDES, 2011a, p. 205).

Linares (2008, p. 199) sustenta que, na atualidade, nenhuma das maneiras de diálogos existentes representa um efetivo diálogo democrático entre os tribunais e os parlamentos, isso porque por vezes, apesar de realmente existir um diálogo, a última palavra é confiada ora aos tribunais ora ao congresso, desprezando o efetivo diálogo entre as instituições, que é o que realmente importa para a democracia.

Assim, Linares (2008, p. 220-221) esclarece que para que efetivamente ocorra um diálogo, é fundamental o preenchimento de alguns requisitos. São requisitos para o diálogo que ambas as partes ofereçam fundamentos para sua decisão, que sejam destinados a convencer o oponente, ou seja, trata-se de uma “decisão fundamentada”, bem como que o diálogo seja irrestrito e centrado em princípios que qualquer pessoa possa minimamente admiti-los.

Existindo um diálogo há outros requisitos para que ele seja democrático. Neste sentido, Linares (2008, p. 221-222) elenca outros requisitos para que este diálogo seja essencialmente democrático: primeiramente é imprescindível que exista uma paridade, igualdade no processo de comunicação dos participantes, isto no contexto da inclusão e participação¹¹³, para que todos que sejam afetados por uma decisão tenham a oportunidade de expressar sua opinião. Neste contexto, considera-se que a cada opinião deva ser atribuído o mesmo valor para a aferição do resultado final. Evidente, que a concretização deste requisito ocorre por meio da representação política. Assim, o autor sustenta que o papel exercido pela representação é essencial para a constatação da existência de um diálogo democrático entre Cortes e Parlamento.

Ao final, Linares (2008, p. 222) posiciona-se da seguinte forma:

¹¹² Para o autor a melhor forma de diálogo é a que: “[...] argumentando a favor de un sistema que permita conservar las virtudes deliberativas del control judicial de las leyes y al mismo tempo deposite la última palabra institucional en el Congreso.”

¹¹³ Aqui não se ignora a dificuldade existente na sociedade contemporânea, quando as decisões políticas afetam milhões de pessoas, sendo impossível a participação de cada uma delas, então se adota o sistema de representação, segundo o qual os cidadãos elegem seus representantes. Mas, trata-se de um sistema imperfeito do ponto de vista democrático (LINARES, 2008, p. 221).

Teoricamente, se é o Congresso tem a palavra final, a decisão tomada contra o diálogo interorgânico terá credenciais democráticas, pois a decisão que prevalece é a que emana do processo que melhor respeita o direito de participação em pé de igualdade. Caso, por outro lado, é a justiça constitucional que tem a última palavra, então a decisão tomada terá credenciais democráticas mais fracas, pois o vínculo representativo dos juízes com o povo é mais fraco. Este é um dos pontos centrais desta tese: a democracia tem um importante compromisso com o princípio da inclusão e da participação, e o procedimento que melhor respeita estes princípios deve prevalecer sobre qualquer outro procedimento. Ou seja, em um sistema totalmente democrático é o Congresso que deve ter a última palavra institucional.¹¹⁴ *Tradução nossa.*

Em linhas gerais, pode-se afirmar que os principais pontos da teoria dialógica são os seguintes: a manutenção do equilíbrio entre os poderes na busca de uma legitimidade democrática; a defesa de um *weak judicial review* como contraponto aos riscos de um ativismo judicial e a promoção dos direitos fundamentais, especialmente, favoráveis aos setores minoritários (TAVARES; BERMAN, 2009. p. 2165).

Pois bem, após uma breve exposição das principais teorias sobre jurisdição constitucional, destaca-se que na sociedade brasileira, as teorias que mais se destacam e, portanto têm mais adeptos entre os juristas, são as que aceitam que o tribunal realize o controle de constitucionalidade, já que esta seria a expressão do constitucionalismo contemporâneo e uma das formas de proteção dos direitos fundamentais na atualidade.

Vivem-se tempos de uma sociedade plural em que há uma grande diversidade de interesses, que por vezes são interesses contraditórios e conflitantes. Assim, é uma tarefa árdua obter o consenso dos indivíduos e questões como o que é justiça e como determinar o que é justiça podem gerar grandes debates, dificultando o alcance de uma decisão final minimamente satisfatória.

Resulta então que, a perspectiva procedimentalista para o exercício da jurisdição constitucional seria a mais adequada para a sociedade de momento contemporâneo, isso porque, como já muito bem destacado em alguns dos votos proferidos pelos Ministros do

¹¹⁴ Original: “Teóricamente, si es el Congreso quien tiene la última palabra, la decisión que se tome tra el diálogo interorgánico tendrá credenciales democráticas, pues la decisión que prevalece es aquella que emana del procedimiento que respeta mejor el derecho de participación en pie de igualdad. Si en cambio es la justicia constitucional la que tiene la última movida, entonces la decisión que se adopte gozará de títulos democráticos más débiles, pues el vínculo representativo de los jueces y el pueblo es más endeble. Éste es uno de los ejes centrales de esta tesis: la democracia tiene un compromiso poderoso con el principio de inclusión y participación, y el procedimiento que respeta mejor esos principios debe prevalecer ante cualquier otro procedimiento. Esto es, en un sistema plenamente democrático es el Congreso quien debe tener la última palabra institucional.”.

Supremo Tribunal Federal¹¹⁵, a sociedade contemporânea, de considerável complexidade, possui como uma de suas características a ausência de certeza científica e grande complexidade social e em contextos de incertezas e complexidade, caberia ao Tribunal uma postura de autocontenção de seu âmbito de decisão, para evitar que danos maiores sejam produzidos futuramente e evitando assim, devendo ser evitado também, debates morais muito aprofundados e complexos.

Veja que, conforme destacado por Linares (2008, p. 38), na sociedade existiria quatro tipos de desacordo, são eles: (i) o dissenso sobre a concepção do que seria a boa vida; (ii) desacordo sobre quais decisões são mais justas; (iii) não há consenso sobre como saber quais decisões são realmente justas e por fim, há um (iv) desacordo sobre qual o procedimento político mais adequado para solucionar questões substantivas ou epistêmicas.

A perspectiva procedimentalista ocupa-se, apenas do quarto questionamento, a respeito de qual procedimento democrático é o mais adequado. Veja que os outros três questionamentos são muito mais complexos e exigiram um debate muito mais aprofundado, polêmico e cuidadoso, quando dificilmente seria possível alcançar algum tipo de consenso entre os debatedores. Estes desacordos são preocupações típicas dos adeptos do substancialismo.

Não se está aqui a defender que seja fácil chegar a algum acordo sobre qual o procedimento político é mais adequado e democrático, já que esta tarefa também se apresenta árdua e complexa, mas sim que é menos trabalhoso chegar a um consenso neste desacordo do que nos outros dissensos relacionados a questões de justiça.

3.3 A legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional

A atual conjuntura da sociedade tem sido favorável à expansão da atuação do Poder Judiciário, que cada vez mais tem sido acionado para resolver temas polêmicos, bem como solucionar conflitos tipicamente políticos e manifestar-se sobre a constitucionalidade das leis, especialmente no controle concentrado¹¹⁶. Dessa forma, tem sido o principal

¹¹⁵ Conferir voto da Ministra Ellen Gracie na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF, oportunidade na qual ela afirma que o Supremo Tribunal Federal não é uma Academia de Ciência e que “Por ora, cabe a esta Casa averiguar a harmonia do artigo 5º da Lei 11.105, de 24.03.2005, (Lei de Biossegurança) com o disposto no texto constitucional vigente.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510EG.pdf>. Acesso em: 20 de julho de 2015.

¹¹⁶ Até a data de 25 de janeiro de 2016, conforme dados do Supremo Tribunal Federal, foram propostas 3813 Ações Diretas de Inconstitucionalidade; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão foram 18; Ação Declaratória de Constitucionalidade foram 26 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 275. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>. Acesso em: 08

responsável por decisões políticas e sociais fundamentais para a sociedade na atualidade. Ocorre que, esta atuação tem sido bastante questionada por diversos setores da sociedade, tendo em vista que é uma instituição composta por membros que não foram escolhidos democraticamente pelos cidadãos.

Neste sentido, Linares (2008, p. 19) destaca que:

Em qualquer modelo de justiça constitucional há uma tensão que aparece toda vez que os juízes analisam a validade de um ato do Congresso ou do Parlamento. A tensão a que me refiro tem a ver com a possibilidade de que os juízes consideram que uma lei não é válida. E em qualquer uma dessas democracias alguém pode se perguntar, legitimamente: como é possível que em uma democracia, os juízes são capazes de anular uma lei aprovada pelos representantes da maioria do povo? Como pode um pequeno grupo de juízes, que não são eleitos diretamente pelos cidadãos, e não estão sujeitos a avaliações periódicas populares, prevalecer sobre a vontade do povo?¹¹⁷

Seguindo este raciocínio, Ely (2010, p. 8) afirma que o principal questionamento da jurisdição constitucional é que um órgão, que não foi eleito pelo povo, está rejeitando a vontade daqueles que foram eleitos para representar a sociedade, em suas palavras:

Quando uma Corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, no entanto, ela está *rejeitando* a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à “correção” pelo processo legislativo ordinário. Assim, eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. Isso pode ser desejável ou não, dependendo dos princípios em que tal controle se baseia.

de julho de 2015. Para melhor entendimento, em síntese, utiliza-se Ação Direta de Inconstitucionalidade para declarar ato normativo ou lei federal ou estadual contrária à Constituição; a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão objetiva através da declaração de inconstitucionalidade por omissão dar ciência ao órgão competente para que ele sane a referida omissão declarada, já que não está sendo possível a fruição do direito fundamental em virtude de omissão legislativa; a Ação Declaratória de Constitucionalidade objetiva obter a declaração de que a lei ou ato normativo federal é coerente com o ordenamento jurídico constitucional e; por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é utilizada para evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental oriundo de ato do Poder Público, se não houver outro meio de reparação ou quando relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os que forem anteriores à Constituição.

¹¹⁷ Original: “En todo modelo de justicia constitucional existe una tensión que aparece cada vez que los jueces analizan la validez de una ley del Congreso o parlamento. La tensión a la que me refiero tiene que ver con la posibilidad de que los jueces consideren que dicha norma legal no es valida. Y es que en cualquiera de estas democracias alguien puede preguntarse, legítimamente: ¿Cómo puede ser que, en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del Pueblo? ¿Cómo puede ser que un reducido grupos de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y que no están sujetos a periódicas evaluaciones populares, pueda prevalecer, en ultima instancia, sobre la voluntad popular?”.

A atuação dos tribunais começa a ganhar notoriedade, especialmente, no século XX. Neste período, em algumas oportunidades os tribunais ganharam destaque na sociedade, suscitando significativos debates. Santos, Marques e Pedroso (2015, p. 01) ilustram esta situação com os seguintes casos. O Tribunal da Alemanha na República de Weimar utilizava-se de “[...] critérios duplos na punição da violência política da extrema direita e da extrema esquerda [...]”. Nos Estados Unidos, a Corte ganhou notoriedade na década de 1930, quando tentou “[...] anular a legislação do New Deal de Roosevelt [...]”. Já os Tribunais Italianos, nos anos de 1960 e 1970 utilizavam-se do uso alternativo do direito, na tentativa de efetivar os direitos sociais e, por fim, destaca-se o Tribunal do Chile e a tentativa de obstaculizar, na década de 1970, as nacionalizações idealizadas por Salvador Allende.

Estes exemplos possibilitam visualizar que o protagonismo do Poder Judiciário, no século passado, na maioria das vezes, era decorrente de um conservadorismo dos tribunais e ocorriam esporadicamente¹¹⁸. Ocorre que, na atualidade, tais características têm se alterado sensivelmente e a atuação dos tribunais tem sido mais direcionada a um “controle de legalidade”, que vez ou outra conduz a tentativa de uma “reconstitucionalização do direito ordinário”, bem como tem se tornado cada vez mais frequente e comum, passando a integrar o cotidiano da sociedade¹¹⁹ (SANTOS; MARQUES; PEDROSO, 2015, p. 01).

Na sociedade predomina o ideário de que, como o Legislativo e o Executivo são órgãos eleitos pelo povo e, portanto representam a sociedade, suas atuações já são legitimadas e a sociedade não teria razões para desconfiar de seus atos e práticas, não sendo exigido nenhum tipo de fundamentação, nem mesmo “deliberações aprofundadas para suas decisões”¹²⁰, pelo contrário, “quando se trata de decisões eleitorais, em vez de se exigir

¹¹⁸ Santos, Marques e Pedroso (2015, p.01) afirmam que “[...] esses momentos de notoriedade se distinguem do protagonismo dos tempos mais recentes em dois aspectos importantes. Em primeiro lugar, em quase todas as situações do passado os tribunais se destacaram pelo seu conservadorismo, pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista ou dos agentes políticos progressistas, pela sua incapacidade para acompanhar os processos mais inovadores de transformação social, econômica e política, muitas vezes sufragados pela maioria da população. Em segundo lugar, tais intervenções notórias foram, em geral, esporádicas, em resposta a acontecimentos políticos excepcionais, em momentos de transformação social e política profunda e acelerada.”

¹¹⁹ Santos, Marques e Pedroso (2015, p. 01) defendem que: “Acréscce que esse intervencionismo, ao contrário dos anteriores, ocorre mais no domínio criminal do que nos domínios civil, laboral ou administrativo e assume como seu traço mais distintivo a criminalização da responsabilidade política, ou melhor, da irresponsabilidade política. Tampouco se dirige, como as formas anteriores de intervencionismo, aos usos do poder político e às agendas políticas em que este se traduziu. Dirige-se antes aos abusos do poder e aos agentes políticos que os protagonizam.”

¹²⁰ Os autores (2009, p. 47) seguem afirmando que: “Pode-se até mesmo esperar, mas não exigir, que haja um preâmbulo que anteceda um texto legal, mas o conteúdo de tal preâmbulo é raramente levado tão a sério quanto

deliberação e fundamentação, as normas parecem proibi-las.”¹²¹ (FEREJOHN; PASQUINO, 2009, p. 47-48).

Seriam então, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo, órgãos legitimados democraticamente pela sociedade, não existindo qualquer tipo de questionamento sobre sua atuação. O contrário, no entanto, ocorre com o Poder Judiciário, já que sua composição não é de indivíduos eleitos pelo povo, mas sim de cargos ocupados em razão de concursos públicos, à exceção do Supremo Tribunal Federal que sua composição é realizada através da indicação pelo Presidente da República e ratificação pelo Senado Federal, o que foge também do crivo democrático da sociedade brasileira, assim não é um órgão considerado como democrático. Eis a principal razão de tanto questionamento sobre a legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal¹²².

Destaca-se que, na atualidade, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo, têm sofrido inúmeras críticas, ocasionando uma crise de representatividade, combinado com o enfraquecimento da credibilidade destes órgãos. Esclarece Bonavides (2004b, p. 133) que:

[...] a crise da forma representativa em países do chamado Terceiro Mundo e a decadência da lei e do legislativo ordinário em sistemas nos quais impera ou deve imperar a normatividade e a supremacia da Constituição fazem avultar, sem dúvida, a importância da jurisdição constitucional, nomeadamente em regimes onde a expansão normativa do Poder Executivo ocorre sem freios, com o grave risco de absorção ou esmagamento do Poder Legislativo.

Veja que este é o cenário da sociedade brasileira, tendo em vista que o Poder Legislativo e o Poder Executivo encontram-se fragilizados, imersos em uma crise de representatividade com diversas denúncias de corrupção, e contribuindo para a fragilização, o Poder Executivo cada vez mais tem se utilizado de medidas provisórias¹²³, desrespeitando

o conteúdo da lei que o sucede. E quase nunca se modifica o entendimento de uma lei à luz do que está escrito no preâmbulo.”.

¹²¹ Neste sentido, Ferejohn e Pasquino (2009, p. 48) defendem que nesta afirmação se referem ao voto secreto, bem como a proibição de práticas como a “boca de urna”.

¹²² Para Bonavides (2004b, p. 128) “O conceito de jurisdição constitucional, qual a entendemos em sua versão contemporânea, prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais. E em se tratando, como só e acontecer, de sociedades pluralistas e complexas, regidas por um princípio democrático e jurídico de limitações do poder, essa instância há de ser, sobretudo, moderadora de tais conflitos.”.

¹²³ Só no ano de 2015, o Poder Executivo recorreu em 42 (quarenta e duas) oportunidades às medidas provisórias, em variados assuntos. Conferir: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/medidas-provisorias/2015-posteriores-a-emenda-constitucional-no32#content>. Acesso em: 05 de janeiro de 2016.

a exigência de utilizá-las apenas em situações extraordinária o que ocasiona um mal-estar com sociedade, bem como com os outros Poderes.

Todo este cenário contribui para que o Poder Judiciário seja cada vez mais acionado para resolução de questões sobre os assuntos mais diversos, inclusive, assuntos tipicamente políticos, destacando-se¹²⁴ a atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, comumente conhecido como controle de constitucionalidade.

A ocasião que mais tem destaque quando o assunto é o exercício da jurisdição constitucional por um tribunal é o caso de Marbury e Madison ocorrido nos Estados Unidos. Destaca-se que, neste país o controle de constitucionalidade não surgiu juntamente com a constituição, mas foi obra de construção jurisprudencial, consagrando-se na decisão de John Marshall no caso Marbury *versus* Madison. Tal decisão é de extrema importância, isso porque iniciou uma nova e polêmica fase na relação entre o direito e a política (BINENBOJM, 2011, s/p). Ademais, para Binenbojm (2014, p. 25) esta situação possibilitou a consagração da supremacia normativa da constituição em detrimento do poder parlamentar.

Cabe aqui fazer a importante distinção entre o que comumente denomina-se de controle de constitucionalidade forte e fraco¹²⁵. O controle de constitucionalidade forte ocorre quando o Tribunal possui total liberdade para deixar de aplicar determinada legislação ou então alterar o sentido de uma lei para que possa harmonizar com os direitos individuais, diferente do que efetivamente previsto na referida lei. Neste tipo de controle, ainda é possível que o Tribunal determine que específica lei ou dispositivo legal não sejam aplicados, podendo tornar-se “para todos os efeitos letra morta.” (WALDRON, 2010, p. 100)¹²⁶.

Neste sentido, Silva (2009, p. 213) afirma que o controle de constitucionalidade presente nos Estados Unidos da América e grande parte dos países da Europa podem ser considerados como um controle de constitucionalidade forte, já que a superação da

¹²⁴ Este destaque atribuído ao Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional é considerado por alguns como positivos, bem como negativo.

¹²⁵ Destaca-se, que esta classificação não é absoluta, tendo em vista que há controle de constitucionalidade que são intermediários entre estas duas vertentes, como é o caso do Canadá. Neste país, geralmente o Tribunal pode declarar uma lei nacional ou provincial inconstitucional e não aplicá-la, mas pode ser que a lei contenha a previsão expressa que a isente da análise de constitucionalidade, conhecida como cláusula do “não obstante” (WALDRON, 2010, p. 102).

¹²⁶ Nesta oportunidade, Waldron (2010, p. 100) afirma que há controle de constitucionalidade ainda mais forte que esse, que ocorre quando o Tribunal tem total poder para excluir definitivamente uma lei do ordenamento jurídico.

declaração de inconstitucionalidade proferida pelo tribunal só seria possível caso a constituição fosse emendada, procedimento este, um tanto quanto trabalhoso e moroso.

Por outro lado, Waldron (2010, p. 101) esclarece que no controle de constitucionalidade fraco os tribunais não podem recusar a aplicação de determinada lei, dispositivo legal ou ato normativo, apesar de possuírem a liberdade de realizar uma análise mais detalhada da legislação em questão e a sua conformidade com os direitos fundamentais. Como exemplo deste tipo de controle há o do Reino Unido em que o juiz pode proferir uma declaração de incompatibilidade que não acarreta nenhuma consequência quanto à validade e aplicação da lei, dispositivo legal ou ato normativo. O único efeito é que o Ministro de Governo pode através desta declaração iniciar um procedimento legislativo visando sanar esta incompatibilidade¹²⁷.

O controle de constitucionalidade que interessa para a análise da legitimidade do exercício da jurisdição constitucional é o forte ou ultra-forte. Veja que o controle de constitucionalidade previsto na Constituição brasileira, conforme defendido por Silva (2009, p. 217-218) é o ultra-forte, já que além de o Tribunal ter o poder de deixar de aplicar uma lei, dispositivo legal ou ato normativo, em virtude da incompatibilidade com os mandamentos constitucionais, ainda há um rol de dispositivos que são considerados cláusulas pétreas e, portanto, não podem ser modificados, sendo alterados apenas com a promulgação de uma nova Constituição.

No Brasil, a origem do controle de constitucionalidade pode ser atribuída à Constituição de 1891¹²⁸, sendo a Constituição de 1988 a responsável pela introdução no ordenamento jurídico brasileiro do sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis difuso e concentrado¹²⁹ instaurando um sistema misto¹³⁰.

Destaca-se que ao Supremo Tribunal Federal é constitucionalmente atribuída a guarda da Constituição, conforme previsto no artigo 102 da Carta Magna, que é realizada

¹²⁷ Neste ponto, Waldron (2010, p. 101) também afirma que há controle de constitucionalidade ainda mais fraco, quando os juízes nem mesmo podem proferir esta declaração de incompatibilidade, como ocorre na Nova Zelândia.

¹²⁸ Silva (2009, p. 214) esclarece que “Ainda antes da promulgação da constituição de 1891, o Decreto 848/1890 já previu a competência dos juízes para não aplicar a lei entendida como inconstitucional.”

¹²⁹ Segundo Binenbojm (2014, p. 37), o controle concentrado de constitucionalidade teve sua origem na Áustria com a Constituição de 1920, que além de concentrar a análise de constitucionalidade na Corte, também previu a necessidade de uma ação especial para tal finalidade. Por outro lado, Silva (2009, p. 200) esclarece que a Constituição Austríaca não foi a primeira a prever o controle de constitucionalidade do tipo europeu, sendo antecedida em poucos meses pela Constituição da Tchecoslováquia. Neste sentido, Favoreau (2004, p. 16) quando afirma: “A *história das Cortes Constitucionais* não é longa, pois realmente teve início em 1920, com a criação da Corte Constitucional da Tchecoslováquia (Constituição de 29 de fevereiro de 1920) e a da Alta Corte Constitucional da Áustria (Constituição de 1º de outubro de 1920).”

¹³⁰ O primeiro controle de constitucionalidade experimentado pela sociedade brasileira foi o difuso (BONAVIDES, 2004b, p. 134).

através do controle de constitucionalidade concentrado. Sabe-se que no momento contemporâneo a Constituição tem adquirido um papel de destaque, de fundamental importância, sendo considerada como “a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania.” (BONAVIDES, 2004b, p.127). Daí o papel de destaque que tem sido atribuído aos tribunais no exercício da jurisdição constitucional.

Dessa forma, com a promulgação da Constituição de 1988 trazendo a previsão de novas formas de questionar leis e atos normativos, bem como com a ampliação dos agentes legitimados para provocação do controle de constitucionalidade abstrato, propiciou um ambiente favorável à intensificação da jurisdição constitucional no Brasil. Além disso, não é possível desconsiderar a diversidade e abrangências dos temas disciplinados constitucionalmente.

Neste sentido, Souza Neto e Sarmento (2013, p. 124) esclarecem que:

Na atualidade, considerando-se a amplitude do leque dos órgãos e entidades que podem ajuizar ações diretas no STF, bem como a abrangência de temas tratados na Constituição, é muito improvável que medida que suscite alguma polêmica não venha a ser questionada diretamente na Corte. Para alguns dos legitimados ativos – como os partidos políticos da oposição –, esta via se torna um poderoso instrumento nas suas lutas, praticamente sem custos políticos ou financeiros, de que podem se valer para tentar reverter derrotas na arena legislativa.

Toda esta conjuntura tem ocasionado uma significativa ampliação no número de ações questionando abstratamente a constitucionalidade das leis ou atos normativos que são protocoladas junto ao Tribunal. E é justamente o sistema de controle de constitucionalidade concentrado, realizado pelo Supremo Tribunal Federal que tem suscitado grandes questionamentos sobre a sua legitimidade democrática (BONAVIDES, 2004b, p. 129).

Um importante questionamento suscitado, e que muito contribui para o presente estudo, é feito por Baggio (2014, p. 639) e consiste no seguinte: “ [...] a substituição do espaço público de organização política da sociedade pela via da judicialização contribui para o avanço de nossas democracias? Como produzir e qual o papel dos tensionamentos referidos diante desse quadro?.”

Binenbjom (2011, s/p) faz outra importante indagação, e que vai ao encontro da análise realizada neste trabalho. O autor questiona em que se fundamentaria a legitimidade dos juízes, que não são eleitos pelo povo, de fazer valer imperativamente suas visões e

interpretações da Constituição, sobrepondo seu entendimento aos dos agentes políticos eleitos democraticamente e que, em tese, representariam a vontade da maioria dos cidadãos?

Além do questionamento da legitimidade democrática da atuação dos tribunais, pelo fato de serem compostos por juízes não eleitos, portanto não representariam a sociedade e nem mesmo são suscetíveis ao crivo democrático periódico, em virtude da democracia representativa, Binenbjom (2014, p. 51-52) suscita outro questionamento, qual seja o fato de que as decisões dos tribunais não estão submetidas a nenhum controle de legitimidade democrática. Têm-se, então, duas problemáticas sobre a legitimidade da atuação dos tribunais.

Souza Neto e Sarmento (2013, p. 126) afirmam que:

A crítica ao controle jurisdicional de constitucionalidade insiste que, em casos assim, a decisão sobre a interpretação mais correta da Constituição deve caber ao próprio povo ou aos seus representantes eleitos e não a magistrados. A simples invocação da supremacia da Constituição não basta, portanto, para justificar a legitimidade do controle de constitucionalidade nestes *hard cases*.

A atual tendência vivenciada pela sociedade brasileira, segundo Bonavides (2004b, p. 133) é de uma demanda cada vez maior no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado, que tende a tornar-se uma atuação ainda mais ilegítima, em suas palavras:

A perda ou a desativação do controle difuso de constitucionalidade de leis e atos normativos, para a qual parece caminhar a jurisdição constitucional no Brasil, significará uma grave queda ou erosão da legitimidade do sistema fiscalizador, visto que, quanto mais se concentra o controle na cúpula do Judiciário, como está acontecendo, menos democrática, aberta, independente, judicial, ligada à cidadania será a jurisdição: por isso mesmo, mais vulnerável e sujeita às pressões e interferências políticas do Poder Executivo.

A modalidade de controle de constitucionalidade concentrado, segundo Bonavides (2004b, p. 140), confere poderes em demasia ao Supremo Tribunal Federal que acredita possuir a “soberania constitucional”, em suas palavras:

Tamanha preeminência político-normativa derivada da natureza mesma desse controle dá, com frequência, a quem o executa, uma hegemonia indisputável, em se tratando, no caso, de Corte que é a cabeça do Judiciário, e se acha investida da soberania constitucional por ser a mais alta instância da fiscalização de constitucionalidade. De modo que tal primazia se pode tornar num determinado sentido eventualmente

perturbadora da harmonia, equilíbrio e paridade dos três Poderes, os quais, no seu conjunto, enfeixam a titularidade da soberania.

Ou seja, juntamente com o questionamento sobre a legitimidade democrática da atuação do Supremo Tribunal Federal, quanto à possibilidade de proferir decisões contramajoritárias no exercício da jurisdição constitucional, também se questiona que esta atribuição constitucional, por vezes tem gerado uma instabilidade na relação entre os três poderes, fragilizando a soberania exercida por eles.

Outra problemática levantada com relação ao exercício da jurisdição constitucional é que, a Corte Constitucional ao aplicar a Constituição, fatalmente a interpreta de alguma forma, visto que a interpretação do texto constitucional para Binenbojm (2014, p. 68-69) apresenta possíveis formas de interpretação e ao Tribunal é atribuída a função de escolher a interpretação que lhe parece mais conveniente. Tal situação é intensificada diante de Constituições que apresentam um significativo rol de princípios, já que a “[...] densificação, concretização e ponderação enseja sempre uma larga margem de participação criativa do interprete.”. Veja que este é o caso da Constituição brasileira.

Ademais, os que defendem que o controle de constitucionalidade concentrado tenderia a ser ainda mais antidemocrático que o controle difuso, argumentam ainda que o Supremo Tribunal Federal seria mais suscetível às pressões do Poder Executivo e, portanto poderia ceder a interesses específicos deste órgão, em nada beneficiando a sociedade.

Apesar destas críticas, há os que defendem o exercício da jurisdição constitucional, inclusive o controle de constitucionalidade concentrado, em um sistema democrático. Neste sentido, Mendes (2011a, p. 27-28) argumenta que “A revisão judicial, além de um mero contrapeso ou ‘um veto a mais’, legitima-se por seu potencial de enriquecer a qualidade argumentativa da democracia, por propiciar uma ‘interlocução institucional’ ”. O autor (2011a, p. 28) defende ainda o argumento de que em se tratando da proteção de direitos fundamentais quando não há consenso, deve-se questionar qual instituição tem “o direito de errar por último.”¹³¹.

Binenbojm (2014, p. 48-48) defende que a jurisdição constitucional seria o árbitro do jogo democrático na sociedade, isso porque ela é a responsável por aferir se os conteúdos mínimos dos direitos fundamentais, previstos constitucionalmente, estão sendo respeitados

¹³¹ O autor (2011, p. 28) ainda afirma que: “O erro da instituição majoritária pode insuflar maior responsabilidade coletiva do que o erro de uma instituição não representativa, e a oportunidade de errar é inerente ao autogoverno democrático.”.

pela vontade majoritária, isso considerando que a constituição é o manual de instruções à disposição dos agentes políticos.

A jurisdição constitucional ganha ainda mais adeptos diante da crise de representatividade que a sociedade brasileira vem enfrentando com a constante divulgação de corrupções que acometem tanto o Poder Legislativo, quanto o Poder Executivo. Estes órgãos, na sociedade brasileira atual, estão desacreditados pela sociedade e o Poder Judiciário passa a ser visto pela como o efetivo guardião dos direitos fundamentais e do jogo democrático, impedindo que os direitos das minorias sejam suprimidos¹³².

Os adeptos da jurisdição constitucional sustentam que, através dela, é possível fazer com que se respeitem os direitos fundamentais inerentes a todo ser humano e que foram positivados na Constituição. Estes direitos podem ser, em determinadas situações, desrespeitados pelo legislador ordinário, entende-se, então, que a anulação destas leis é benéfica e favorável à democracia, já que preserva os direitos fundamentais, imprescindíveis ao bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito.

Contribuindo com o debate, Binenbojm (2014, p. 68) defende que apenas o Judiciário como órgão alheio às pressões da sociedade e à disputa política é que seria capaz de dar efetiva proteção à normatividade da Constituição, já que tanto o Legislativo quanto o Executivo a interpretariam de forma parcial conforme seus interesses e por vezes tenderiam a violar direitos e princípios constitucionais. Neste sentido, Mendes (2011b, p. 346) destaca que como o Poder Judiciário é “uma instituição insulada das disputas da política eleitoral, independente e imparcial, habituada e cobrada a argumentar, teria melhores condições para decidir racionalmente.”.

Ademais, o Poder Judiciário para Binenbojm (2011, s/p) seria a instituição mais adequada para interpretar a Constituição, isso porque “os juízes se encontram numa posição melhor para identificar o *ethos* da comunidade [...]”. Tal status privilegiado se daria em virtude de que não sendo um órgão político, estaria imune a qualquer pressão política dominante na sociedade. Outro fator determinante é que “juízes são partes desinteressadas, o que os habilita, nas palavras do Juiz Stone, ‘a um sóbrio segundo olhar.’”.

Pois bem, o fato é que a expansão da atuação do Judiciário, especialmente no âmbito da jurisdição constitucional é uma realidade e há quem defenda, como Cittadino (2004, p. 106) que “a expansão do poder judicial é vista como um reforço da lógica democrática. Com

¹³² Um recente exemplo sobre a conquista dos direitos pelas minorias no Brasil e que esteve em debate no Supremo Tribunal Federal refere-se ao reconhecimento de que a união estável entre casais de mesmo sexo tem os mesmos direitos que a união estável de casais heterossexuais. Tal reconhecimento se deu através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF julgada em maio de 2011.

efeito, seja nos países centrais, seja nos países periféricos, na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade.”.

Para amenizar os riscos democráticos e tornar a atuação dos tribunais legítima para a sociedade, ganha força o movimento em prol da exigência de que todas as decisões judiciais sejam motivadas, fundamentadas e amparadas em princípios ou dispositivos constitucionais, para que então os cidadãos possam identificar a defesa dos ideais democráticos, mesmo diante da anulação de uma lei ou ato normativo, elaborado pelo Poder Legislativo.

Binenbojm (2011, s/p) então afirma que:

Qualquer boa decisão constitucional envolve inevitavelmente uma justificativa de sua própria razão de existir, é dizer, uma discussão sobre o que ela deveria ser, pois o que ela é remanesce sempre uma questão em aberto. Daí que uma decisão do tribunal constitucional é apenas momentaneamente a última voz da razão neste inconcluso debate – um debate “necessariamente sem garantidores e sem fim”, para tomar de empréstimo a imagem utilizada por Claude Lefort. A legitimidade do sistema reside na existência mesma do próprio debate racional, a possibilidade da sua existência e renovação contínua, ainda que ele seja desprovido de certezas e de acesso garantido ao certo, ao justo e ao verdadeiro.

Importante contribuição para o debate é formulada por Rawls¹³³ (1993, p. 264) que defende que o supremo tribunal¹³⁴ é o principal exemplo da razão pública¹³⁵, quando do exercício da revisão judicial em uma democracia constitucional¹³⁶. Para o autor (1993, p. 261) “a razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual.”. A razão pública relaciona-se apenas com os “ ‘elementos constitucionais’ essenciais e questões de justiça básica” e aplicam-se no momento em que ocorre a “argumentação política no fórum público”, bem

¹³³ Importante esclarecer que apesar destes argumentos, de que o supremo tribunal é um caso exemplar da razão pública, Rawls (1993, p. 290) esclarece que ele não utiliza estes argumentos em defesa das Cortes, mas ele objetiva tão somente construir uma ideia de razão pública e para facilitar a compreensão utilizou-se da suprema corte, já que para ele é o caso mais exemplar. No entanto, ele não exclui a possibilidade de defender a suprema corte diante dos fatos históricos e da cultura política.

¹³⁴ O autor (1993, p. 281) esclarece que devem ser levantadas duas questões sobre este assunto: “[...] a primeira é que a razão pública é bastante apropriada para ser a razão do tribunal no exercício de seu papel de intérprete judicial supremo, mas não o de intérprete último da lei mais alta e a segunda é que o supremo tribunal é o ramo do Estado que serve de caso exemplar da razão pública.

¹³⁵ Rawls (1993, p. 261) afirma que nem todas as razões são públicas, como as razões de igrejas, universidades e outras associações civis.

¹³⁶ Para Rawls (1993, p. 284) a democracia constitucional é dualista, já que “[...] distingue o poder constituinte do poder ordinário, assim como a lei mais alta do povo da lei ordinária dos órgãos legislativos. A supremacia parlamentar é rejeitada.”.

como “à forma pela qual os cidadãos devem votar nas eleições, quando os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica estão em jogo.” (1993, p. 264).

No momento em que é construída a decisão judicial é imprescindível que os juízes justifiquem e fundamentem os argumentos utilizados nas decisões na constituição, nos principais precedentes, bem como em estatutos, eis então o porquê de ser um dos principais exemplos do exercício da razão pública. O mesmo não ocorre com os atos do legislativo e do executivo, já que não precisam motivar desta forma suas decisões¹³⁷ (RAWLS, 1993, p. 264-265).

Neste sentido, Rawls (1993, p. 284) esclarece que: “Ao aplicar a razão pública, o tribunal deve evitar que a lei seja corroída pela legislação de maiorias transitórias ou, mais provavelmente, por interesses estreitos, organizados e bem posicionados, muito hábeis na obtenção do que querem.”. Nesta situação, quando efetivamente assim procede, apesar de uma prática antimajoritária, não há que se falar que é antidemocrática.

Nesta situação, há uma prática antimajoritária apenas em relação à legislação ordinária, mas “o tribunal não é antimajoritário com respeito à lei mais alta quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a constituição em si, com as emendas feitas a ela e com as interpretações politicamente determinadas.”¹³⁸ (RAWLS, 1993, p. 284).

Rawls (1993, p. 288) irá defender ainda que os tribunais, como principal exemplo do exercício da razão pública, dão “força e vitalidade à razão pública no fórum público; isso o tribunal faz por meio de seus julgamentos autorizados sobre questões políticas fundamentais. O tribunal desempenha esse papel quando interpreta clara e efetivamente a constituição de uma forma razoável [...]”. Por fim, entre as contribuições trazidas por Rawls (1993, p. 288), deve ser destacado que “a constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio de outros poderes, permitirá à Corte dizer que ela é.”¹³⁹.

¹³⁷ Nesta oportunidade Rawls (1993, p. 286) esclarece que: “Os cidadãos e os legisladores podem votar de acordo com suas visões mais abrangentes quando os elementos constitucionais essenciais e a justiça básica não estiverem em jogo; não precisam justificar, por meio da razão pública, por que votam desta ou daquela maneira, ou dar consistência a suas razões e articulá-las numa visão constitucional coerente, que abranja todas as suas decisões. O papel dos juízes é fazer exatamente isso e, ao fazê-lo, não tem nenhuma outra razão e nem quaisquer outros valores além daqueles de índole política. À parte isso, devem agir de acordo com o que pensam estar sendo requerido pelos casos, práticas, tradições constitucionais e pelos textos históricos constitucionalmente significativos.”.

¹³⁸ Para o autor (1993, p. 289) as emendas se apresentam como uma possibilidade de que o texto constitucional seja adequando à realidade da sociedade, ou seja, “[...] ajustar valores constitucionais básicos à circunstâncias políticas e sociais em processo de transformação, ou incorporar à constituição um entendimento mais amplo e mais abrangente destes valores.”.

¹³⁹ Para esta afirmação Rawls (1993, p. 288) esclarece que: “uma interpretação específica da constituição pode ser imposta à Corte por emendas, ou por uma maioria política ampla e estável, como ocorreu no *New Deal*.”.

Trazendo para a realidade brasileira, o “fórum público de princípios” onde serão discutidas as regras políticas gerais pode ser identificado como o *amicus curiae*¹⁴⁰ e as audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal. Nesta ocasião há uma abertura institucional possibilitando que os cidadãos, partidos políticos, entidades representativas entre outros participem dos julgamentos¹⁴¹.

Veja que Rawls dá muita importância ao exercício da razão pública realizado pelos juízes em um tribunal e estabelece uma exigência para a decisão judicial, qual seja a de que seja fundamentada e que os argumentos utilizados, sejam argumentos constitucionais só assim é possível conferir legitimidade democrática às decisões e fazer com que sejam aceitas pela sociedade.

Corroborando com os argumentos trazidos acima por Rawls, Bonavides (2004b, p. 132) defende que a legitimidade da jurisdição constitucional, em consequência, da atuação de um juiz, é aferida pelo respeito e apego das decisões judiciais e das argumentações utilizadas aos princípios e valores consagrados constitucionalmente. Ou seja, a legitimidade do exercício da jurisdição constitucional é retirada da própria constituição.

Dessa forma, como uma alternativa para conferir maior legitimidade à atuação dos tribunais, cada vez mais tem sido exigida que a atuação dos juízes sempre deva ser fundamentada na constituição, sendo isto imprescindível para a legitimação e autoridade dos tribunais. Ferejohn e Pasquino (2009, p. 45) destacam dois aspectos que demonstram esta importância. O primeiro aspecto é o democrático, isso porque os juízes não foram eleitos pela sociedade, dessa forma os argumentos utilizados em suas decisões “podem prover uma justificativa indiretamente democrática para os atos públicos.”. Os autores (2009, p. 45) seguem afirmando que:

E mesmo quando não se consegue traçar o vínculo entre as deliberações jurídicas e os atos legislativos, se estas estão enraizadas em princípios morais e constitucionais que fundamentam o regime democrático ou que são pressupostos democraticamente pela população, a argumentação jurídica pode ser compreendida como democrática, de modo indireto ou transitivo. Os votos e a decisão judicial são, neste sentido, o desdobramento destes princípios democráticos sob novas circunstâncias e particularidades de casos específicos.

¹⁴⁰ O *amicus curiae* está previsto no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999, que disciplina a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade ajuizadas no Supremo Tribunal Federal.

¹⁴¹ Não se ignora nesta oportunidade, o fato de que, muitas vezes, as informações levadas ao conhecimento dos julgadores através das audiências públicas e do *amicus curiae* não são consideradas no momento da construção das decisões judiciais, que por vezes, fundamentam-se apenas em valores e convicções pessoais dos julgadores.

Complementando o debate, Ferejohn e Pasquino (2009, p. 44) afirmam que “[...] os juízes ao exercerem papel deliberativo, podem aperfeiçoar os poderes dos representantes eleitos ao prover um sistema mais flexível e inteligente para a implementação e o aprimoramento da legislação e das determinações públicas.”.

Neste sentido, a expansão da atuação do Poder Judiciário refletiria também na expansão e fortalecimento das práticas democráticas, sendo totalmente saudável para a sociedade¹⁴². E mais, “como tais atos jurídicos se embasam em princípios constitucionais ou morais, juízes com competência deliberativa podem aumentar a autoridade do povo (tanto como uma coletividade, quanto de cada indivíduo) e distingui-la de seus representantes.” (FEREJOHN; PASQUINO, 2009, p. 45). Neste sentido, também Gilmar Mendes (S/D, p. 8), afirmando que “Nos Estados constitucionais contemporâneos, é incumbência da jurisdição constitucional ser a guardiã da Constituição, nunca em detrimento dos demais Poderes democraticamente constituídos.”.

O segundo aspecto levantado por Ferejohn e Pasquino (2009, p. 46), no que se refere às argumentações utilizadas nas decisões, é que se abre a possibilidade de antever as implicações da decisão no futuro. Ou seja, há a possibilidade de potencializar a eficiência já que “[...] os seus efeitos visam mais uniformizar e a predizer do que justificar a decisão.”. Isso contribuirá para que as pessoas possam planejar suas ações, tendo em vista que sabem as possíveis consequências e, por conseguinte, possibilita o aperfeiçoamento do sistema normativo com a experiência. Neste sentido, as deliberações e a fundamentação seriam como substitutas da legitimação democrática conferida aos Poderes Legislativo e Executivo¹⁴³.

Outro elemento que contribui para a legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional pelos tribunais é a deliberação. Quanto ao momento deliberativo nos tribunais, Mendes (2011b, p. 347-355) faz uma interessante análise que merece ser aqui comentada. O autor defende que há três momentos de análise da deliberação realizada no tribunal, são eles: (i) a preparação das deliberações (conjunto de regras processuais que

¹⁴² No entanto, os autores (2009, p. 45-46) alertam para a possibilidade de que: “[...] os juízes, agindo de acordo com os argumentos deliberados, podem modificar ou anular atos democráticos e demandar uma coerência legislativa ou uma racionalidade que proíbam representantes eleitos de tomar determinadas medidas, independentemente de quão politicamente atraentes estas sejam. Estes riscos são interpretados como democráticos ou antidemocráticos a depender, dentre outros aspectos, da relação estabelecida entre o Poder Legislativo e a sociedade civil.”.

¹⁴³ Ou seja, “Quando se tem votos, não é mais necessário persuadir outros a apoiarem sua decisão, dados que estes essencialmente já prometeram fazê-lo ao elegerem a pessoa específica para representá-los.” (FEREJOHN e PASQUINO, 2009, p. 45).

coordenam os argumentos utilizados pelo tribunal), (ii) o momento da deliberação propriamente dita e, por fim, (iii) o produto da deliberação, qual seja a decisão judicial.

Quanto ao momento que antecede a deliberação não há muita controvérsia, já que se refere às normas postas no ordenamento jurídico, que teoricamente não colocam obstáculos na busca pela democracia. A parte mais controversa é quanto ao momento da deliberação e ao momento da elaboração da decisão judicial.

Quanto ao momento da deliberação, Mendes (2011b, p. 352) destaca que são dois os critérios a se analisar. O primeiro diz respeito à diversidade dos indivíduos que estão deliberando e o segundo refere-se à qualidade da deliberação internamente. É neste momento que se sobressai a possibilidade de que, através dos argumentos utilizados no debate público, exista a oportunidade de que um dos deliberadores seja convencido a mudar sua posição diante de um melhor argumento, de forma que a “abertura para ser convencido e mudar de posição e o uso de razões publicamente defensáveis são requisitos indispensáveis.”.

Por sua vez, no momento da elaboração da decisão judicial, surge um pequeno inconveniente, já que impossível apresenta-se a possibilidade de sintetizar em uma decisão toda a qualidade da deliberação que foi desempenhada durante o julgamento, assim Mendes (2011b, p. 353) propõe a necessidade de uma identidade institucional e “[...] o esforço de tradução da deliberação colegiada numa decisão supraindividual, que não se confunde com mera soma de opiniões isoladas [...]”. Ressalta-se que essa identidade institucional sempre pressupõe também o respeito às posições contrárias.

Quando se utiliza os parâmetros acima elencados para analisar a tomada de decisão pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos, especialmente em casos complexos e de grande repercussão social, percebe-se que muitas coisas ainda precisam ser ajustadas para atingir um ponto ideal e que de fato sejam legítimas perante a sociedade. Quanto ao critério da fundamentação das decisões do Supremo Tribunal Federal, pouco questionamento é feito, sendo as principais críticas quanto ao momento da deliberação.

O momento da deliberação que ocorre no Supremo Tribunal Federal é comumente representado pela metáfora de que os Ministros representam “onze ilhas”¹⁴⁴ que em nada ou praticamente nada se comunicam. Eis uma das principais críticas feitas ao Tribunal.

Neste sentido, Mendes (2010, s/p) afirma que:

¹⁴⁴ Esta expressão é comumente utilizada para designar de que maneira se manifesta a atuação e relacionamento entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal. E os críticos costumam a utilizar para se referir a dois momentos, pode ser em relação à construção da decisão ou então em relação à apresentação das razões de decidir pelo Supremo Tribunal Federal (MENDES, 2012, p. 70-71; SILVA, 2009, p. 217).

Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, porém, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos “do tribunal” quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal. Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros.

E de fato, é isto que comumente acontece nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, quando na maioria das vezes os Ministros já levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e pouca importância é atribuída ao possível debate que pode ocorrer durante as sessões.

O ideal seria uma postura totalmente contrária a esta normalmente adotada, seria fundamental que os Ministros tivessem “[...] disposição para duvidar de suas convicções iniciais, vontade de minimizar o desacordo e o reconhecimento da importância de uma opinião institucional coesa, fundada em razões claras.” (MENDES, 2010, s/p). Só assim, se alcançaria diante da sociedade maior legitimidade em sua atuação.

Mendes (2010, s/p) esclarece que:

O aperfeiçoamento da deliberação colegiada do STF contribuiria para a qualidade do debate público. E o Supremo se apresentaria não somente como autoridade que toma decisões a serem obedecidas, mas também como fórum que oferece razões a serem debatidas. Criaria uma oportunidade de reforçar sua legitimidade.

Com efeito, é possível constatar que potencial para legitimar o exercício da jurisdição constitucional através da fundamentação e da deliberação o Supremo Tribunal Federal possui, o que se faz necessário é um esforço individual de cada um dos Ministros no sentido de tornar as decisões não uma “colcha de retalhos” como normalmente são, costuradas com argumentos individuais, mas que se construam decisões que realmente sejam da instituição Supremo Tribunal Federal.

4 REFLEXOS DO MOMENTO PÓS-MODERNO NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3937/SP E Nº 3357/RS

O Supremo tribunal Federal tem demonstrado, em diversos julgados, a influência que tem sofrido em virtude do momento pós-moderno. E não é para menos, a partir do ano 2000 chegaram ao referido Tribunal, principalmente através da jurisdição constitucional, diversos casos de elevada repercussão social, polêmicos e complexos, em que muitas vezes não havia sequer estudos científicos consolidados a respeito do tema.

A título de exemplificação, cita-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF relativa à utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* para a realização de pesquisas e terapias, a ADI nº 4619/SP cujo objeto é a rotulagem de transgênicos no estado de São Paulo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101/DF relativa à importação de pneus usados e é claro o objeto de análise do presente estudo, especialmente as ADIns nº 3937/SP e nº 3357/RS que tem como objeto a extração, utilização, industrialização e comercialização da substância asbesto/amianto da variedade crisotila.

Em todas estas ações, os Ministros destacam que o momento contemporâneo é caracterizado por grande insegurança e complexidade, quando não é possível chegar a nenhum conhecimento científico plenamente seguro que possibilite tomar decisões sabendo as reais consequências que poderão acontecer. Destaca-se que, normalmente nestas ações, ora os Ministros do Supremo Tribunal Federal utilizam o termo sociedade de risco ora a terminologia de sociedade pós-moderna para designar o momento contemporâneo vivenciado pelos indivíduos.

No voto proferido pela Ministra Ellen Gracie no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF ela esclareceu que a Corte não é uma academia de ciência, portanto “A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988.”¹⁴⁵.

Salienta-se ainda que, o Ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto nesta mesma ação, afirma que no momento contemporâneo não é mais possível falar em riscos individuais diante da constatação de valores transindividuais. O Ministro então, baseado nos

¹⁴⁵ Conferir acórdão Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510/DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>. Acesso em: 04 de junho de 2015.

estudos de Ulrich Beck discorre afirmando que se vive em uma sociedade de risco em que há a admissibilidade de que existem setores da vida cotidiana permeados pela imprevisibilidade das ameaças oriundas do desenvolvimento tecno-industrial. Esta constatação pode ser encontrada em outros julgados como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3378/DF, em que é questionada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) a constitucionalidade ou não da composição pecuniária do fundo de compensação para o problema de impacto ambiental¹⁴⁶.

Dessa forma, a conjuntura da sociedade atual, dinâmica, complexa, com diversos âmbitos de imprevisibilidade e ameaças, impõe aos indivíduos novas reflexões sobre a realidade social o que por vezes impõe a adoção de novas práticas e metodologias¹⁴⁷ ocasionado mudanças, inclusive, na tomada das decisões políticas e sociais fundamentais para a sociedade brasileira, como no caso das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS.

4.1 Discussão judicial

¹⁴⁶ Esta ação questiona a constitucionalidade do artigo 36 e seus §§ 1º, 2º e 3º da Lei estadual 9.985/00. Estes dispositivos preveem o compartilhamento-compensação ambiental. Ao fazer esta previsão, alega-se que o referido dispositivo da Lei estadual teria violado o princípio da legalidade, da razoabilidade e da separação dos poderes. O Supremo Tribunal Federal por maioria dos votos decidiu o seguinte: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 36 E SEUS §§ 1º, 2º E 3º DA LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. CONSTITUCIONALIDADE DA COMPENSAÇÃO DEVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DE EMPREENDIMENTOS DE SIGNIFICATIVO IMPACTO AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO § 1º DO ART. 36. 1. O compartilhamento-compensação ambiental de que trata o art. 36 da Lei nº 9.985/2000 não ofende o princípio da legalidade, dado haver sido a própria lei que previu o modo de financiamento dos gastos com as unidades de conservação da natureza. De igual forma, não há violação ao princípio da separação dos Poderes, por não se tratar de delegação do Poder Legislativo para o Executivo impor deveres aos administrados. 2. Compete ao órgão licenciador fixar o quantum da compensação, de acordo com a postura do impacto ambiental a ser dimensionado no relatório – EIA/RIMA. 3. O art. 36 da Lei nº 9.985/2000 densifica o princípio usuário-pagador, este a significar um mecanismo de assunção partilhada da responsabilidade social pelos custos ambientais derivados da atividade econômica. 4. Inexistente desrespeito ao postulado da razoabilidade. Compensação ambiental que se revela como instrumento adequado à defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, não havendo outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional. Medida amplamente compensada pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez. 5. Inconstitucionalidade da expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”, no § 1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000. O valor da compensação-compartilhamento é de ser fixado proporcionalmente ao impacto ambiental, após estudo em que se assegurem o contraditório e a ampla defesa. Prescindibilidade da fixação de percentual sobre os custos do empreendimento. 6. Ação parcialmente procedente.”. Da decisão foram oferecidos Embargos de Declaração que se encontra pendentes de julgamento.

¹⁴⁷ Nesta oportunidade, pode-se citar como exemplo a mudança de concepção com relação ao meio ambiente. Anos atrás, pouca preocupação havia com relação aos impactos que as condutas humanas poderiam causar ao meio ambiente, mais preocupação havia com o que o meio ambiente poderia causar ao homem, na atualidade a principal preocupação é com o que o homem pode causar à natureza. E é justamente esta mudança de concepção que, segundo Giddens (2000, p. 141) assinala a transição para a sociedade de risco.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3357/RS¹⁴⁸ foi proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI), uma entidade sindical de grau superior, questionando a constitucionalidade da Lei estadual nº 11.643/01 do Estado do Rio Grande do Sul que disciplina a proibição de produção e comercialização de produtos à base de amianto no estado do Rio Grande do Sul. Por sua vez, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP¹⁴⁹ foi proposta em agosto de 2007, também pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria, alegando a inconstitucionalidade da Lei estadual nº 12.684/07 do Estado de São Paulo. Tal Lei proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, tenham fibras da referida substância em sua composição.

Antes de adentrar na discussão judicial sobre a qual versam as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS, convém fazer alguns esclarecimentos. O amianto é um mineral encontrado na natureza e que tem sido constantemente utilizado na indústria durante os últimos anos. Há basicamente dois grupos de amianto: as serpentinas e os anfíbolios. O primeiro grupo tem como principal representante a variedade crisotila ou também conhecido como "amianto branco" e tem como característica principal, fibras curvas e maleáveis. Já o segundo grupo, qual seja, os anfíbolios, são pouco explorados e representam apenas 5% (cinco por cento) de todo o amianto explorado e consumido

¹⁴⁸ Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade alega que a Lei estadual nº 11.643/01 ofende o princípio da livre iniciativa previsto no artigo 170 da Constituição Federal e não observa a cláusula da reserva legal proporcional, alega ainda que houve ofensa ao princípio federativo o Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º e inciso I do §4º do artigo 60 da Magna Carta. Ademais, teria invadido a competência legislativa da União, assim está acometida de uma inconstitucionalidade formal, por violar os incisos XI e XII do artigo 22 e inciso V e § 1º do artigo 24 da Constituição Federal. Sustenta que caso a Lei estadual visasse proteger e controlar o meio ambiente também seria da competência concorrente da União, conforme previsto no artigo 24, incisos, VI e XII e também haveria extrapolação da competência Estadual supletiva.

¹⁴⁹ Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade defende que há um equívoco na Lei estadual questionada tendo em vista que esta Lei visa proteger a população e os trabalhadores dos danos à saúde em virtude da exposição ao amianto. Ocorre que, segundo afirmam, cientificamente não há provas de que esta substância cause algum malefício à saúde. Aponta o risco para a economia, com baixa nos índices de emprego caso a Lei continue vigente. Alegam ainda que a norma ofende os princípios da reserva legal proporcional e da livre iniciativa, previstos nos artigo 5º, inciso II e LIV e parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal. Defende existir uma inconstitucionalidade formal, tendo em vista que há uma usurpação de competências para legislar da União, especificamente incisos I, IX e XII do artigo 22 e § 1º e incisos V, VI e XII do artigo 24 da Constituição Federal. Isso porque, já há uma Lei federal nº 9.055/95 que disciplina a “extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que contenham, bem como as fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim.”. Defende que não é mais possível o Estado se utilizar da competência residual, prevista nos §§ 2º, 3º e 4º do artigo 24 da Constituição Federal. Alega ainda, ofensa ao princípio federativo do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º e inciso I do §4º do artigo 60 da Magna Carta, bem como vício de iniciativa do projeto de lei. Ainda alega que o texto da Lei é idêntico à da Lei declarada inconstitucional na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2656/SP, assim haveria uma afronta ao Supremo Tribunal Federal.

mundialmente e é proibida a sua exploração e comercialização em grande parte do planeta, em virtude dos malefícios que causam à saúde do homem¹⁵⁰.

O amianto branco que é utilizado, principalmente, na construção civil¹⁵¹ e para o isolamento acústico e térmico, está banido em 58 países¹⁵², entre eles estão, principalmente, os países europeus e outros países como o Japão, Uruguai e Emirados Árabes. No Brasil, apenas seis Estados¹⁵³ conseguiram efetivar, pelo menos momentaneamente, a proibição para a utilização do amianto branco são eles: Rio de Janeiro¹⁵⁴, Rio Grande do Sul¹⁵⁵, Pernambuco¹⁵⁶, São Paulo¹⁵⁷, Amazonas¹⁵⁸ e Mato Grosso¹⁵⁹. Os estados do Espírito

¹⁵⁰ Todas estas informações foram retiradas do site do INCA. Disponível em: http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?ID=15. Acesso em: 22 de julho de 2015.

¹⁵¹ O amianto branco é utilizado na fabricação de pisos vinílicos, telhas, caixas d'água, divisórias, forros falsos, tubulações, vasos de decoração e para plantio e outros artefatos de cimento-amianto. O site do INCA esclarece ainda que: "Foi empregado também em materiais de fricção nas guarnições de freios (lonas e pastilhas), em juntas, gaxetas e outros materiais de isolamento e vedação, revestimentos de discos de embreagem, tecidos para vestimentas e acessórios anti-chama ou calor, tintas, instrumentos de laboratórios e nas indústrias bélica, aeroespacial, petrolífera, têxtil, de papel e papelão, naval, de fundições, de produção de cloro-soda, entre outras aplicações.". Disponível em: http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?ID=15. Acesso em: 22 de julho de 2015.

¹⁵² A seguir lista dos países que proibiram a utilização do amianto e o ano da proibição: África do Sul: 2007; Honduras: 2004; Alemanha: 1993; Hungria: 2005; Arábia Saudita: 1998; Irlanda: 2000; Argentina: 2001; Islândia: 1983; Austrália: 2003; Itália: 1992; Áustria: 1990; Japão: 2004; Bahrain: 1996; Jordânia: 2005; Bélgica: 1998; Kuwait: 1995; Brunei: 1994; Látvia (Letônia): 2001; Bulgária: 2005; Lituânia: 2005; Burkina Faso: 1998; Luxemburgo: 2002; Chile: 2001; Malta: 2005; Chipre: 2005; Noruega: 1984; Cingapura: 1989; Nova Caledônia: 2007; Coreia do Sul: 2007; Nova Zelândia: 2002; Croácia: 2006; Omã: 2001; Dinamarca: 1986; Polônia: 1997; Egito: 2005; Portugal: 2005; Emirados Árabes: 2000; Principado de Mônaco: 1997; Eslováquia: 2005; Qatar: 2010; Eslovênia: 1996; Reino Unido: 1999; Espanha: 2002; República Checa: 2005; Estônia: 2005; Romênia: 2005; Finlândia: 1992; Suécia: 1986; França: 1996; Suíça: 1989; Grécia: 2005; Taiwan: 2009; Holanda: 1991; Uruguai: 2002. Disponível em: <http://www.abrea.com.br/07panorama.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2015.

¹⁵³ Alguns municípios também possuem leis proibindo ou restringindo a utilização do amianto da variedade crisotila, entre eles: Barretos, Recife e Natal. Conferir: <http://www.abrea.com.br/QUADRO%20ATUAL%20banimento.htm>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

¹⁵⁴ Este Estado possui a Lei nº 3579/01 que prevê a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto. Esta lei é objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3470/RJ e nº 3409/RJ que estão sob análise do Supremo Tribunal Federal. Além disso, o Estado também possui o Decreto nº 40.647/07 que está em vigência no Estado e dispõe sobre a vedação aos órgãos da administração direta e indireta da utilização de qualquer tipo de asbesto.

¹⁵⁵ Este Estado editou a Lei nº 11.643/01 que prevê a proibição de produção e comercialização de produtos à base de amianto de qualquer tipo. Esta Lei é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3357/RS que também é objeto de análise do presente trabalho.

¹⁵⁶ O Estado de Pernambuco editou a Lei nº 12.589/04 que dispõe sobre a proibição da fabricação, comércio e o uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto ou asbesto em qualquer atividade, especialmente na construção civil, pública e privada. Esta Lei é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3356/PE.

¹⁵⁷ O Estado de São Paulo possui a Lei nº 12.684/07 que proíbe o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição. Ela é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP que será objeto de análise deste trabalho. Ressalta-se que o Estado de São Paulo já havia editado outra norma, qual seja a Lei estadual nº 10.813/01 que proibia a importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos que continham o amianto, que foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2656/SP declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em 2003, por unanimidade de votos, em virtude de invasão de competência da União. Neste julgamento os Ministros do Tribunal entenderam que a

Santo¹⁶⁰ e do Pará¹⁶¹ tiveram os projetos de lei que disciplinavam a utilização do amianto branco, vetados pelos Governadores dos Estados. Já o Estado do Mato Grosso do Sul teve revogada a Lei estadual nº 2.210/01 que proibia a comercialização de produtos à base de amianto/asbesto destinados à construção civil, em virtude da procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2396/MS. Neste julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu por unanimidade de votos que o Estado do Mato Grosso do Sul teria desrespeitado a competência prevista constitucionalmente, ao elaborar a referida lei. Isso porque, compete à União legislar sobre produção e consumo (art. 24, V, CF), proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI, CF), bem como sobre a proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CF).

À exceção do Estado do Mato Grosso e do Amazonas, todos os outros Estados acima mencionados tiveram suas leis vetadas pelos Governadores, ou então, as Leis são objeto de questionamento sobre a constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal. Tal conflito ocorre já que as Leis Estaduais editadas, proibindo ou restringindo a utilização do amianto da variedade crisotila, estariam invadindo competência legislativa concorrente da União. Destaca-se que desde 1995 existe uma Lei federal, qual seja Lei nº 9.055/95 que disciplina a

defesa da saúde pública e do meio ambiente é de interesse nacional, assim como já há uma Lei federal nº 9.055/95 disciplinando a matéria, caberia ao Estado legislar apenas de forma supletiva.

¹⁵⁸ O Estado do Amazonas recentemente proibiu a utilização do amianto através da publicação da Lei nº 258/15. A lei foi promulgada em 6 de maio de 2015.

¹⁵⁹ Este Estado editou uma lei em 2005, mas que não foi sancionada pelo então Governador Blairo Maggi e o veto foi mantido pela Assembleia Legislativa do Estado. Apenas em 2011, o Estado teve êxito na luta contra o amianto com a promulgação da Lei nº 9.583/11.

¹⁶⁰ Este Estado possuía a PL nº 236/2008 que previa a proibição do uso, no Estado do Espírito Santo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto. Tal projeto não foi sancionado pelo então Governador Paulo Hartung.

¹⁶¹ No Pará em 2007 “[...] a governadora do Estado do Pará, Ana Júlia Carepa (PT) vetou integralmente, por inconstitucionalidade, o Projeto de Lei nº. 93/ 2005, de 6 de dezembro do ano passado. O Projeto proibia a fabricação, estabelecia restrições ao uso e comercialização e definia prazos para banimento de materiais produzidos com qualquer forma de asbesto ou amianto, no Pará. A mensagem vetando o Projeto foi publicada no Diário Oficial do Estado, em 08 de janeiro. Segundo a governadora, a matéria em questão trata de tema compreendido na esfera de competência legislativa concorrente à União, Estados e Distrito Federal, cabendo à União estabelecer normas gerais e aos Estados a competência suplementar, conforme dispõe o artigo 24, inciso V, da Constituição Federal. Nesse sentido, a União editou a Lei nº. 9.055, de 1º de junho de 1995, que ‘disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte de asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim’. O Projeto de Lei nº. 93/ 2005, portanto, criaria norma conflitante com a lei federal, ultrapassando a competência legislativa existente. Na mensagem publicada pelo Diário Oficial do Estado do Pará, a governadora lembrou ainda a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que julgou procedente em 2004 a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) proposta pelo Estado de Goiás, contra os estados de Mato Grosso do Sul e São Paulo. Na ocasião, o STF entendeu que a lei estadual que proibia a fabricação, o comércio e o uso de materiais e equipamentos, constituídos por amianto em qualquer atividade, especialmente na construção civil, pública ou privada, violava o princípio de livre iniciativa (artigo 170 da Constituição Federal) e invadia a competência legislativa reservada a União, que já editou a lei nº. 9.055/95, que regula o assunto. Na época do julgamento da ADIN a atual presidente do STF, Ministra Ellen Gracie sustentou: ‘A extração, industrialização, uso e comercialização da crisotila e material próximo estão liberados’.” Disponível em: <http://www.abrea.com.br/paravetocarepa.htm>. Acesso em: 22 de julho de 2015.

extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim. Esta Lei permite no artigo 2º extração, utilização, industrialização ou comercialização do amianto da variedade crisotila. Regulamentando esta Lei, há o Decreto nº 2.350 de 15 de outubro de 1997.

Ocorre que, tal instabilidade no ordenamento jurídico pode ter um fim, já que a referida Lei federal é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4066/DF. Esta ação foi proposta em 2008 pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) e pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e questiona a constitucionalidade do artigo 2º da Lei federal nº 9.055/95 que permite a livre extração, industrialização, exploração e comercialização do asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco). Eles alegam na ação que já está comprovado por pesquisas científicas que o amianto, em suas diversas formas – tanto o marrom quanto o branco ou azul, causam diversos prejuízos à saúde do homem e ao meio ambiente. Entre os principais malefícios causados por esta substância à saúde do homem está o câncer de pulmão.

O Brasil possui em atividade apenas uma mina para exploração do amianto branco, que está localizada em Minaçu, no Estado de Goiás, e atualmente está entre os cinco principais produtores, consumidores e exportadores mundiais deste tipo de amianto.

Há grande controvérsia a respeito da utilização do amianto, e elas referem-se, principalmente, quanto aos malefícios que esta substância causa à saúde do homem e ao meio ambiente. Segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) 100.000 (cem mil) trabalhadores morrem por ano em virtude de doenças causadas pela exposição ao asbesto¹⁶² entre elas estão, principalmente, asbestose, placas pleurais, câncer de pulmão e mesotelioma.

Pois bem, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS alegam-se a inconstitucionalidade das Leis estaduais nº 12.684/07 e nº 11.643/01, respectivamente, tendo em vista que elas proíbem a utilização nos Estados, de produtos, materiais ou artefatos que possuam quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, porventura, contenham fibras de amianto na sua composição. Ocorre que, a Lei federal nº 9.055/95 permite a extração, industrialização, utilização e comercialização do asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco).

¹⁶² Conferir Resolução sobre o amianto – OIT. Disponível em http://www.ilo.org/public/english/protection/safework/health/resolution_on_asbestos.pdf. Acesso em: 23 de julho de 2015.

O fundamento das Ações está, principalmente, na invasão de competências da União pelo Estado. Conforme prevê o artigo 24 da Constituição Federal que cabe à União legislar sobre produção e consumo (art. 24, V, CF), proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI, CF) e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CF).

Em 8 de maio de 2003 o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de manifestar-se, pela primeira vez, sobre leis estaduais que vedavam a utilização e comércio do amianto branco através do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2396/MS¹⁶³, de relatoria da Ministra Ellen Gracie e a de nº 2656/SP¹⁶⁴ cujo relator foi o

¹⁶³ Ementa de acórdão: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 2.210/01, DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. OFENSA AOS ARTIGOS 22, I E XII; 25, § 1º; 170, CAPUT, II E IV; 1º; 18 E 5º CAPUT, II E LIV. INEXISTÊNCIA. AFRONTA À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS REFERENTES À PRODUÇÃO E CONSUMO, À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO E À PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ARTIGO 24, V, VI E XII E §§ 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias. Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional. Sendo possível a este Supremo Tribunal, pelos fatos narrados na inicial, verificar a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não os indicados na inicial, verifica-se que ao determinar a proibição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII). A Lei nº 9.055/95 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila. A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta. Compreensão que o Supremo Tribunal tem manifestado quando se defronta com hipóteses de competência legislativa concorrente. Precedentes: ADI 903/MG-MC e ADI 1.980/PR-MC, ambas de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º e de seus §§ 1º, 2º e 3º, do art. 2º, do art. 3º e §§ 1º e 2º e do parágrafo único do art. 5º, todos da Lei nº 2.210/01, do Estado do Mato Grosso do Sul.”.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2396%2E+NUMERO%2E+29+OU+%28ADI%2E+ACMS%2E+ADJ2+2396%2E+ACMS%2E+29&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/afo9l8k>. Acesso em: 16 de setembro de 2015.

¹⁶⁴ Conferir ementa de acórdão: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI PAULISTA. PROIBIÇÃO DE IMPORTAÇÃO, EXTRAÇÃO, BENEFICIAMENTO, COMERCIALIZAÇÃO, FABRICAÇÃO E INSTALAÇÃO DE PRODUTOS CONTENDO QUALQUER TIPO DE AMIANTO. GOVERNADOR DO ESTADO DE GOIÁS. LEGITIMIDADE ATIVA. INVASÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO. 1. Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista, com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade ativa do Governador de Goiás para iniciar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e pertinência temática. 2. Comercialização e extração de amianto. Vedação prevista na legislação do Estado de São Paulo. Comércio exterior, minas e recursos minerais. Legislação. Matéria de competência da União (CF, artigo 22, VIII e XIII). Invasão de competência legislativa pelo Estado-membro. Inconstitucionalidade. 3. Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei 9055/95). Consequência. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, artigo 24, §§ 1º e 4º) a competência estadual para editar normas gerais sobre a matéria. 4. Proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente. Questão de interesse nacional. Legitimidade da regulamentação geral fixada no âmbito federal. Ausência de justificativa para tratamento particular e

Ministro Maurício Corrêa. Nesta oportunidade, ficou firmado o entendimento no sentido da inconstitucionalidade formal de alguns dos dispositivos das leis estaduais que proíbem a utilização e comércio do amianto, tendo em vista a invasão de competências da União.

Após o julgamento destas Ações, foram propostas outras questionando as leis estaduais que de alguma forma restringissem a exploração do amianto branco. Ocorre que, as que mais ganharam destaque na sociedade foram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS, razão pela qual, elas são objeto de análise neste trabalho.

Na oportunidade do julgamento do pedido de liminar para que suspendesse a vigência da Lei estadual questionada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP, os Ministros Marco Aurélio, Menezes Direito e Ellen Gracie votaram pela concessão da liminar, por outro lado, os Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Brito, Celso de Mello e Cezar Peluso pela não concessão. O Ministro Gilmar Mendes não participou da sessão de julgamento, portanto não proferiu seu voto. Dessa forma, por 7 (sete) votos contrários e 3 (três) favoráveis, por maioria de votos, a liminar não foi concedida e a lei continua vigente.

Foi possível perceber que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal mudou e dá sinais de abandonar aquela postura estritamente formal adotada no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2396/MS e nº 2656/SP. Ademais, foi possível constatar ainda, tanto nos votos proferidos na ocasião do julgamento do pedido da liminar na ADI nº 3937/SP quanto nos dois votos proferidos no julgamento final das Ações, que a concepção de pós-modernidade, sociedade risco e insegurança quanto às informações disponibilizadas pela ciência influencia no momento do voto.

Justamente em virtude dessa nova forma de abordar os casos complexos e de grande repercussão social, quando estão em jogo direitos transindividuais, começou a ocorrer com frequência a intervenção nos julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal de órgãos ou entidades através do *amicus curiae*. Através deste instrumento processual é possível que especialistas nos assuntos discutidos no STF intervenham no processo como interessados, ou seja, são considerados como:

diferenciado pelo Estado de São Paulo. 5. Rotulagem com informações preventivas a respeito dos produtos que contenham amianto. Competência da União para legislar sobre comércio interestadual (CF, artigo 22, VIII). Extrapolação da competência concorrente prevista no inciso V do artigo 24 da Carta da República, por haver norma federal regulando a questão.”.

Disponível

em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2656%2E+NUMERO%2E+29+OU+%28ADI%2E+ACMS%2E+ADJ2+2656%2E+ACMS%2E+29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bkajg9m>. Acesso em 16 de setembro de 2015.

"Amigo da Corte". Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa¹⁶⁵.

Pois bem, este tipo de intervenção ocorre, normalmente, e com frequência em casos complexos, típicos da pós-modernidade e servem para ampliar as informações disponíveis concernentes ao assunto em discussão, possibilitando aos julgadores tomarem suas decisões mais informados¹⁶⁶ e esclarecidos. Veja que nos processos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 3937/SP e n° 3357/RS não foi diferente.

No decorrer do processo, várias entidades solicitaram a intervenção como *amicus curiae*, sendo que na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3937/SP 7 (sete) entidades foram autorizadas a ingressar como amigos da corte, são elas: Associação Brasileira das Indústrias e Distribuidores de Produtos de Fibrocimento – ABIFIBRO, Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – ABREA, Instituto Brasileiro do Crisotila – IBC, Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração de Minerais Não-Metálicos de Minaçu-GO, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT e Instituto Brasileiro de Mineração – IBRAM.

Por sua vez, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3357/RS foram autorizadas 4 (quatro) entidades a ingressar como *amicus curiae*, são elas: Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – ABREA, Instituto Brasileiro do Crisotila – IBC, Associação Brasileira das Indústrias e Distribuidores de Produtos de Fibrocimento – ABIFIBRO e Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT.

Após, quase 8 (oito) anos de tramitação para a Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3357/RS e de quase 5 (cinco) anos de tramitação para a ADI n° 3937/SP quando finalmente iniciou o julgamento conjunto das Ações, logo após o voto do Ministro Ayres Britto (Relator da ADI n° 3357/RS) julgando improcedente a ação e o voto do Ministro

¹⁶⁵ Este é o conceito de *amicus curiae* que é encontrado no glossário do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>. Acesso em: 20 de setembro de 2015.

¹⁶⁶ Nesta ocasião não está sendo ignorando o fato de que na atualidade há uma enorme variedade de informações relativas ao mesmo assunto que podem ocasionar informações contraditórias e conflitantes e que por vezes se baseiam em estudos científicos. Ocorre que esta é justamente uma das características de uma sociedade pós-moderna, qual seja a ausência de conhecimento científico seguro.

Marco Aurélio (Relator da ADI nº 3937/SP), julgando-a procedente, o julgamento foi suspenso e até o momento não foi retomado.

4.2 A análise dos votos proferidos pelos ministros

Os processos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS são fontes que sintetizam características do momento pós-moderno e as características e possibilidades da atual situação da jurisdição constitucional. Estas ações ganharam grande repercussão na sociedade nos últimos anos, tendo em vista que, envolvem interesses relativos ao meio ambiente, saúde e interesse econômico de empresas e até mesmo de prefeituras, especificamente a administração pública de Minaçu, município situado no Estado de Goiás. E principalmente porque será mais uma decisão política tomada pelo Supremo Tribunal Federal

Salienta-se que outras leis sobre a utilização do amianto já foram questionadas em outras oportunidades perante o Supremo Tribunal Federal, quando foram declaradas inconstitucionais por violarem o disposto pela Lei federal nº 9.055/95 e outras ainda estão sendo questionadas. Ocorre que com relação a estas ações a repercussão foi maior tendo em vista que começou a surgir uma grande divergência entre os posicionamentos dos Ministros do STF, que sinalizam uma mudança de entendimento e posicionamento da Corte com relação às Leis estaduais que disciplinam a utilização do amianto da variedade crisotila.

Os objetos de análise, nesta fase do trabalho, são os seguintes: os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal proferidos em sede de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP, bem como o voto final do Ministro Marco Aurélio na nesta Ação e o voto do Ministro Ayres Britto no julgamento final da ADI nº 3357/RS.

Nestas Ações pode-se identificar a potencial deliberativo das votações que ocorrem no Supremo Tribunal Federal, a tendência substancialista dos votos dos Ministros, bem como a influência da ideia de risco, incerteza e insegurança no momento da formação das decisões judiciais.

4.2.1 Os votos dos ministros e o potencial deliberativo do Supremo Tribunal Federal

Na sociedade contemporânea, dominada pela ideia de risco, é imprescindível que as práticas sociais sejam revistas para se adaptarem à nova realidade. Assim, o processo de tomada de decisões começa a sofrer algumas alterações, nas palavras de Beck (2002, p. 07)

“[...] abertura do processo de decisão, não apenas dos estados, mas também das corporações privadas e das ciências.”. Seguindo este movimento, estão as decisões tomadas no Supremo Tribunal Federal.

Grande destaque tem ganhado a democracia deliberativa, que segundo Christiano (2007, p. 81) tem como principal tese: “que a tomada de decisão democrática deve ser fundamentada em um processo substancial de deliberação pública, no qual os argumentos pró ou contra leis e política são apresentados em função de sua contribuição para o bem comum dos cidadãos e a justiça da sociedade política.”.

Conforme Benhabib (2007, p. 50-51) esclarece, para que o modelo de democracia deliberativa, conquiste a tão almejada:

[...] legitimidade e racionalidade no processo de tomada de decisão coletiva em uma comunidade política, a condição necessária é que suas instituições estejam de tal forma arranjadas, de modo que o que é considerado do interesse comum de todos resulte dos processos de deliberação coletiva conduzidos de modo racional e equitativo entre indivíduos livre e iguais. Quanto mais coletivos forem os processos de tomada de decisão, tanto mais o modelo deliberativo de democracia se aproxima do pressuposto de sua legitimidade e racionalidade.

Veja então que, os defensores da democracia deliberativa afirmam que através da deliberação é possível se alcançar uma considerável grau de racionalidade¹⁶⁷ prática¹⁶⁸, bem como tornar a decisão política bem mais legítima aos olhos da sociedade, já que em tese são decisões imparciais e tomadas por indivíduos livres e iguais.

Nas palavras de Monteiro (2009, p. 199):

A democracia deliberativa, ao postular a centralidade do processo público de discussão e de deliberação como princípio constitutivo da vontade popular, atende aos requisitos de um mundo globalizado, organizado em redes informacionais. Por outro lado, as referências às associações

¹⁶⁷ Benhabib (2007, p. 55) afirma que: “Um modelo deliberativo de democracia propõe uma condição necessária, mas não suficiente, de racionalidade prática, pois como em qualquer procedimento, o modelo pode ser mal interpretado, mal empregado e mal usado. Procedimentos não podem nem ditar os resultados, nem definir a qualidade das razões desenvolvidas na argumentação, e nem ao menos controlar a qualidade da argumentação e as regras da lógica e inferência usadas pelos participantes. Os modelos procedimentais de racionalidade são indeterminados.”.

¹⁶⁸ Bonaldo e Beneduzi (2009, p. 691) esclarecem que: “A razão é, portanto, a faculdade humana de conhecimento intelectual dotada de dois usos ou funções: a apreensão da verdade e a escolha do bem. Ainda que ela se manifeste de duas formas distintas, tais manifestações permanecem unidas em nível ontológico. Só com base nesta advertência é que se pode afirmar existir uma *razão teórica* – cuja finalidade é conhecer por conhecer – e uma *razão prática* – cuja finalidade é dirigir as operações realizadas pelo ser humano. Como é usual afirmar-se, a cada uma corresponde um modo típico de comportamento humano: a *contemplação*, à razão teórica, e a *ação*, à prática.”.

voluntárias (a sociedade civil organizada) e ao pluralismo cultural permitem captar a complexidade do processo de formação da opinião nas sociedades contemporâneas, multiculturais e politicamente divididas. A força da democracia deliberativa advém justamente de sua aplicabilidade plena às condições reais e atuais da sociedade do século XXI.

Importante destacar, que a democracia deliberativa, segundo Mendes (2011b, p. 345) possibilita um incremento na qualidade da democracia, sendo que, “melhor será esta quanto melhor for seu desempenho deliberativo, e maior será este quanto maior for sua capacidade de oferecer razões públicas para as decisões coletivas.”. Além disso, a prática deliberativa possui muitas vantagens¹⁶⁹, entre elas: (i) a possibilidade de alcançar a decisão correta é bem maior, (ii) amenizaria o desacordo, bem como (iii) através da utilização de argumentos seria possível justificar racionalmente os motivos que levaram àquela decisão (MENDES, 2011b, p. 344) tornando-a muito mais legítima aos olhos da sociedade.

Ademais, a deliberação e a discussão facilitam a compreensão dos interesses e anseios dos “membros da comunidade, bem como sobre os aspectos comuns da sociedade relacionados a esses interesses. A discussão e a deliberação permitem-nos submeter nossa compreensão a um teste de exame crítico.” (CHRISTIANO, 2007, p. 85).

Para Mendes (2011b, p. 344), deliberação ainda supõe que “[...] os agentes decisórios estão sujeitos a formar e a transformar suas posições políticas no calor do debate, estão dispostos a persuadir e a serem persuadidos.”. Há, portanto, a possibilidade de que as posições individuais de cada indivíduo sejam alteradas, diante de um argumento mais forte do outro. Note que, a decisão através de votos considerada pela democracia deliberativa é distinta da típica decisão coletiva, já que esta considera a soma dos votos, quando a maioria irá vencer o pleito.

Importante contribuição é trazida por Manin (2007, p. 32) quando afirma que:

[...] a deliberação tende a aumentar a informação e a localizar as preferências dos indivíduos. Isto os ajuda a descobrir aspectos das soluções propostas e de seus próprios objetivos que antes não haviam percebido. Mas a deliberação não é apenas um processo de descoberta: as partes não estão satisfeitas com a apresentação de teses variadas e conflitantes; elas também tentam persuadir uma à outra. Elas argumentam. A argumentação é uma sequência de proposições que almejam produzir ou reforçar o acordo daquele que está ouvindo. Neste sentido, é um processo discursivo e racional.

¹⁶⁹ Outra vantagem trazida pelo autor (2011b, p. 344) refere-se à possibilidade de despertar o respeito mútuo entre os indivíduos que estão deliberando.

Ferejohn e Pasquino (2003-2004, p. 1692) esclarecem que a deliberação pode ocorrer de duas formas, internamente e externamente. A deliberação interna diz respeito à troca de fundamentos, razões e argumentos dentro de um grupo determinado e objetiva harmonizar as diversas ideias individuais, fazendo com que o este grupo tenha uma mesma decisão, por outro lado a deliberação externa objetiva atingir, convencer indivíduos alheios, fora do referido grupo.

Destaca-se que o ideal para uma deliberação é que ela ocorra das duas formas, tanto internamente quanto externamente, já que só assim é possível alcançar a decisão mais adequada em um caso concreto, bem como para efetivamente consolidar a democracia constitucional.

Veja que, quando o assunto é democracia deliberativa, comumente, logo se associa aos poderes legislativo e executivo, bem como à sociedade civil organizada. O Poder Judiciário, por sua vez, normalmente, é associado a uma instituição antidemocrática e antideliberativa, mas segundo Silva (2009, p. 209) há um “[...] potencial ainda pouco explorado no que diz respeito à interação do controle de constitucionalidade com as práticas deliberativas.”.

Na sociedade brasileira atual, com a crise das instituições representativas, bem como com o retraimento da atuação do Estado em alguns setores, os cidadãos passam a considerar o Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal, como uma das instituições mais importantes para resguardar e assegurar a construção de uma sociedade democrática e o respeito aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. Destaca-se que a atuação do STF que mais tem ganhado destaque na sociedade para supostamente exercer tais atribuições é desempenhada, principalmente, através do exercício da jurisdição constitucional e aí surge, também, o debate sobre a legitimidade desta atividade jurisdicional, já que decisões políticas e sociais fundamentais estão sendo tomadas pelo Tribunal.

Concomitantemente à discussão sobre a legitimidade democrática do exercício da jurisdição constitucional, têm surgido argumentos em defesa desta legitimidade utilizando-se do fundamento de que os tribunais são representantes legítimos da democracia deliberativa na sociedade do momento contemporâneo, especialmente, a partir da utilização de argumentos e princípios constitucionais, bem como da persuasão na construção das decisões judiciais.

Neste sentido, Silva (2009, p. 211) afirma que:

Assim, de um lado, é preciso que um tribunal superior, no exercício do controle de constitucionalidade, fale como instituição, de forma clara, objetiva, institucional e, sempre que possível, única. Esse é o papel da deliberação interna. Ou seja: especialmente o objetivo de se alcançar uma decisão institucional e única parece ser possível apenas por meio de uma deliberação do tipo interno. Já o papel da deliberação externa - que seria, sobretudo, o de chamar a atenção da sociedade civil, ou pelo menos da comunidade acadêmica e jornalística, para questões fundamentais no cenário político-jurídico de um país - que também é de extrema importância, pode ser exercido de outra forma. Ou seja: o diálogo entre tribunal e sociedade civil, ou entre tribunal e poderes políticos, não precisa ser feito por meio de uma fragmentação da deliberação e de uma desagregação argumentativa, que são, na minha opinião, características da deliberação externa. A meu ver, a tarefa de diálogo entre o tribunal e outros autores - quaisquer que sejam - pode ser exercida tanto pelos juízes no seu atuar individual fora do tribunal quanto - e mais importante para os objetivos deste trabalho - por meio do diálogo entre poderes, de um diálogo constitucional.

Enriquecendo o debate, Mendes (2011b, p. 344) utiliza a sistematização de Jon Elster e afirma que ao falar de deliberação é necessário dissociar-se da ideia de decisão coletiva, já que esta pressupõe a soma de posições individuais, ou seja:

Quando falamos em tomada de decisão por meio do voto, referimo-nos à agregação de posições individuais. A decisão coletiva é o produto da soma destas decisões individuais e a maioria vence. Quando falamos em deliberação, supomos que os agentes decisórios estão sujeitos a formar e a transformar suas posições políticas no calor do debate, estão dispostos a persuadir e a serem persuadidos. Ou seja, suas posições não são imutáveis e eles não as trazem prontas e acabadas de casa. Constroem-nas em conjunto com os outros no fórum público.

Para Mendes (2011b, p. 346), a formação da decisão judicial em um Tribunal, “seria o ponto institucional mais próximo da ‘situação ideal de discurso’, um padrão regulativo que concebe um ambiente em que todos os participantes da deliberação tenham igual oportunidade de falar e não sofram constrangimentos de nenhum tipo.”. Assim, “[...] uma corte que tende maximizar seu desempenho deliberativo estará menos vulnerável às eventuais objeções remanescentes.” (MENDES, 2011b, p. 346).

Por sua vez, Silva (2009, p. 209) defende que uma das principais vantagens da deliberação feita nos Tribunais é que “Ao contrário do que ocorre com os poderes políticos - e mesmo com a sociedade civil organizada - os membros de um tribunal não podem invocar a sua moralidade, a sua religiosidade e suas ideologias pessoais para fundamentar suas decisões.”, portanto a chance de uma decisão justa, adequada ao caso concreto e imparcial é bem maior.

Destaca-se que, uma das grandes dificuldades enfrentadas pelos juízes no momento da deliberação deve-se justamente ao momento contemporâneo. O direito, na atualidade, não se compõe de normas claras e objetivas que estão organizadas harmonicamente entre si, pelo contrário, por isso grande destaque têm ganhado as normas principiológicas que são abertas e possibilitam harmonizar valores e interesses contraditórios inerentes à sociedade (OLIVEIRA JUNIOR, 1999, p. 49-50). Outro fator relevante, é que o Direito é incapaz de acompanhar todas as transformações que ocorrem na sociedade, que é cada vez mais dinâmica e complexa, e convive com novas situações em que não há conhecimento científico suficiente para adotar posicionamentos seguros.

Neste sentido, Cittadino (2004, p. 108-109) defende que:

Não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que as integram, e, neste sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em face de conflitos entre direitos fundamentais – têm necessariamente o caráter de ‘decisões de princípio’.

Binenbojm (2014, p. 82) esclarece que para além de um guardião da harmonia do ordenamento jurídico os tribunais desempenham o papel de possibilitar o debate público a respeito dos princípios constitucionais, sempre compelindo os agentes políticos a respeitarem e considerá-los no decorrer do processo democrático.

Ocorre que, apesar desta potencialidade do caráter deliberativo dos Tribunais, Silva (2009, p. 217) afirma que:

O modelo brasileiro pode ser considerado como um modelo extremo de deliberação externa, o que o afasta definitivamente dos modelos continentais europeus. Especialmente devido à (1) quase total ausência de trocas de argumentos entre os ministros: nos casos importantes, os ministros levam seus votos prontos para a sessão de julgamento e não estão ali para ouvir os argumentos de seus colegas de tribunal; (2) inexistência de unidade institucional e decisória: o Supremo Tribunal Federal não decide como instituição, mas como a soma dos votos individuais de seus ministros; e (3) carência de decisões claras, objetivas e que veiculem a opinião do tribunal: como reflexo da inexistência de unidade decisória, as decisões do Supremo Tribunal Federal são publicadas como uma soma, uma colagem, de decisões individuais; muitas vezes é extremamente difícil, a partir dessa colagem, desvendar qual foi a real razão de decidir do tribunal em determinados casos, já que, mesmo os ministros que votaram em um mesmo sentido podem tê-lo feito por razões distintas.

Silva (2009, p. 219) vai mais além e afirma que entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal não há interação, nem mesmo deliberação e busca por consensos, o que existe é apenas a somas de 11 posicionamentos, em suas palavras:

[...] os ministros do Supremo Tribunal Federal não interagem entre si. Neste ponto, é preciso tornar o STF uma instituição que tenha voz própria, que não seja a soma de 11 vozes dissociadas. Em sua forma atual, não há deliberação, não há busca de clareza ou de consenso, não existem concessões mútuas entre os ministros. Se um tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, tem que ser um *locus* privilegiado da deliberação e da razão pública, e se sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, é preciso repensar a forma de deliberação do STF. Além disso, parece-me claro que uma unidade institucional é pré-requisito para o diálogo, já que o diálogo constitucional não ocorre entre pessoas, mas entre instituições.

Neste sentido, Mendes (2011b, p. 357) também esclarece que os Ministros percorrem caminhos distintos e que não se preocupam com a convergência de entendimentos e dificilmente há a mudança de posicionamentos dos Ministros, ou seja:

Há na prática decisória do STF, sintomas preocupantes que sugerem um caráter predominantemente agregativo do tribunal. Em primeiro lugar, gera óbvia suspeita a baixa frequência de mudança de posicionamentos individuais em virtude dos argumentos novos suscitados no julgamento. O fato de que os votos já chegam prontos e são, com muita frequência, meramente lidos na sessão pública, dá alguma medida do descaso relativo à opinião dos outros membros. Parece evidente não haver consciência do valor da convergência de posições individuais quando não se faz sequer um esforço de composição de votos que alcançam um mesmo ponto de chegada, apesar de percorrerem caminhos diversos. Segundo, a rígida formalidade da sequência de votos, ainda que pareça importante como princípio organizacional do julgamento, inibe uma interação mais livre se seguida a todo custo. Terceiro, o curioso instituto do voto-vista permite que qualquer ministro, sem ter necessariamente ouvido as opiniões de outros ministros, interrompa o julgamento (fato ocorrido na primeira sessão do caso das células-tronco)¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Neste sentido, Silva (2009, p. 219-220) faz algumas sugestões: “A primeira delas diz respeito à ideia de deliberação. Como já exposto anteriormente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal não interagem entre si. Neste ponto, é preciso tornar o STF uma instituição que tenha voz própria, que não seja a soma de 11 vozes dissociadas. Em sua forma atual, não há deliberação, não há busca de clareza ou de consenso, não existem concessões mútuas entre os ministros. Se um tribunal, no exercício do controle de constitucionalidade, tem que ser um *locus* privilegiado da deliberação e da razão pública, e se sua legitimidade depende da qualidade de sua decisão, é preciso repensar a forma de deliberação do STF. Além disso, parece-me claro que uma unidade institucional é pré-requisito para o diálogo, já que o diálogo constitucional não ocorre entre pessoas, mas entre instituições. Por fim, é possível afirmar que a própria vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal depende, em certa medida, dessa unidade institucional. E para fomentar um aumento no grau de deliberação e de diálogo interno no Supremo Tribunal Federal não são necessárias reformas constitucionais, bastam algumas reformulações no seu regimento interno. Essas simples reformulações regimentais teriam talvez o potencial de produzir transformações mais profundas e benéficas do que grandes pacotes constitucionais ou legislativos. A

Em síntese, há o ideário na sociedade de que o Supremo Tribunal Federal não concretiza efetivamente todo o seu potencial deliberativo, o que de fato é facilmente verificável pela simples análise aos julgamentos que ocorrem no Tribunal. De fato, na maioria das vezes, os Ministros levam os seus votos prontos e pouca importância dão ao debate que é ou pode ser desenvolvido durante a sessão de julgamento. O que efetivamente constata-se é a concretização da expressão de que os Ministros são “onze ilhas”.

Ocorre que, contrariando em parte, o que foi descrito acima, há as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS. Neste julgamento, foi possível constatar a capacidade deliberativa das decisões construídas no Supremo Tribunal Federal, em que cada um dos Ministros apresenta os fundamentos do seu voto, possibilitando que ocorram debates públicos, bem como que, através do *amicus curiae*, entidades, especialistas e outros interessados possam de alguma forma intervir na formação da decisão pelo Tribunal.

Veja que, no julgamento do pedido da liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP ocorreu a seguinte situação: o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, proferiu o seu voto manifestando o entendimento de que o Estado, ao legislar sobre o amianto, teria invadido a competência da União, portanto a Lei estadual nº 12.684/2007 é inconstitucional, devendo ser suspensa a sua vigência. Acompanharam o voto do Ministro Relator a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Ricardo Lewandowski.

Em seguida, o Ministro Eros Grau proferiu o seu voto no sentido de que a Lei estadual questionada era totalmente válida e não contém nenhum vício que a impeça de ser plenamente vigente, já que a inconstitucionalidade estaria na Lei federal nº 9.055/95 que possibilita a comercialização do amianto branco. Veja que o Ministro Eros Grau, diferente do Ministro Marco Aurélio, fez uma análise próxima de uma perspectiva substancial, afirmando que a matéria era extremamente complexa e que merecia maiores cuidados para evitar que a decisão causasse graves danos à sociedade.

O Ministro Joaquim Barbosa, após o pedido de vista, proferiu o voto no sentido de que a Lei estadual questionada é totalmente constitucional. Para fundamentar o seu voto o Ministro utilizou-se, principalmente, de argumentos científicos, dessa forma apresentou uma variedade de informações relativas a dados técnicos da substância, bem como possíveis malefícios à saúde humana indicando algumas doenças que podem ser causadas em virtude

segunda ideia diz respeito à tentativa de conciliação de posições extremas como as de Dworkin e Waldron. Essa tentativa, que procura superar radicalizações como aquelas expressas por motes como ‘todo o poder aos juízes’ ou ‘todo o poder ao legislador’, implica necessariamente a construção de um diálogo entre poderes.”.

da exposição do homem ao amianto. O Ministro então conclui que, não há níveis seguros para a utilização do amianto, independente de sua variedade, razão pela qual a Lei estadual que proíbe a utilização do amianto branco deve ser considerada constitucional, já que seria mais benéfica para a sociedade e estaria em consonância com os princípios constitucionais.

Para o Ministro tais leis possuem respaldo na Organização Internacional do Trabalho, através do Decreto nº 126 de 22 de maio de 1991¹⁷¹ e segundo o Ministro não há “sentido prático em se saber se são leis específicas que devem ser confrontadas com uma lei geral.”. Em outras palavras, para o Ministro a Lei Federal não possui o status de geral, isso porque a Convenção Internacional, no caso específico do amianto, é que possui o status de norma geral.

Os votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau foram decisivos e substancialmente importantes no julgamento do pedido da liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP, visto que após o pronunciamento destes votos, tanto o Ministro Ricardo Lewandowski quanto a Ministra Cármen Lúcia alteraram seus votos, posicionando-se contrários à concessão da liminar para a suspensão da Lei estadual nº 12.684/07.

A justificativa apresentada pela Ministra Cármen Lúcia para a alteração do posicionamento exposto no voto foi a seguinte:

Na assentada do mês de agosto passado, acompanhei o Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio; mas estudando novamente a matéria e principalmente considerando o que foi votado, após a minha fala, pelo Ministro Eros Grau e, agora, com as razões apresentadas também pelo Ministro Joaquim Barbosa, mais uma alento material que nos chegou, vejo na contingência de pedir vênias, evidentemente, ao Ministro Marco Aurélio, que acompanhei naquela ocasião, para reajustar meu voto no sentido de acompanhar a divergência, até porque a matéria que foi ventilada era basicamente a questão, realente muito bem posta pelo Ministro Marco Aurélio, no qual o ponto central estava em que uma norma estadual estaria a contrariar uma norma federal que tinha sido editada no exercício de sua competência. Entretanto, reexaminando a matéria agora, verifiquei, conforme os princípios constitucionais, que especialmente alguns direitos, como o direito à saúde, são não apenas de competência concorrente, como realçou aqui o Ministro Eros Grau quanto o Ministro Joaquim Barbosa, mas também de competência comum [...]¹⁷².

¹⁷¹ Através deste acordo internacional o Brasil se comprometeu a desenvolver e implementar medidas para proteger todos os trabalhadores expostos ao amianto.

¹⁷² Conferir íntegra do voto proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP, disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2544561>. Acesso em 20 de junho de 2015.

Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski (2008, p. 124) esclareceu que, mesmo após proferir seu voto, continuou refletindo sobre o assunto, e os argumentos lançados pelo Ministro Joaquim Barbosa na sessão de julgamento foram fundamentais para o seu convencimento:

[...] desde o voto que proferi na assentada passada, venho meditando profundamente sobre esta questão e até conversando com os Colegas sobre a importância da decisão que vamos proferir nesta tarde de hoje. E, à luz do voto proferido agora pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa e também pelas ponderações feitas pelo Ministro Eros Grau, secundados pelos argumentos da Ministra Cármen Lúcia – como todo o respeito ao voto anteriormente proferido pelo eminente Ministro Marco Aurélio entendo que esta posição do Ministro Joaquim Barbosa [...] é a que melhor homenageia o princípio federativo que, ao lado do princípio democrático e do princípio republicano, constitui uma das vigas mestras da Carta Magna de 1988.

Em seguida a estas mudanças de posicionamentos, os Ministros Menezes Direito e Ellen Gracie votaram junto com o relator, favoráveis à concessão da liminar para suspender a vigência da Lei estadual que disciplina a utilização do amianto e os Ministros Carlos Brito e Cesar Peluso votaram pela não concessão da Liminar. Assim, a liminar não foi concedida tendo como resultado da votação, 6 (seis) voto contrários e 3 (três) favoráveis à concessão da liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP.

Salienta-se que, apesar de o Ministro Menezes Direito votar pelo deferimento da liminar, na fundamentação de seu voto também afirmou que o voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, “contém argumentos robustos no sentido de oferecer uma nova interpretação à disciplina constitucional da legislação dita concorrente.”. Por sua vez, nos fundamentos do voto do Ministro Cesar Peluso que também negou a concessão da liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP há referência aos fundamentos apresentados pelos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa em seus votos.

É possível perceber que, neste caso em específico, os argumentos utilizados pelos Ministros em seus votos e expostos durante o debate exerceram influência sobre os outros Ministros, acarretando inclusive a mudança de posicionamento e alteração da fundamentação dos votos já proferidos no Tribunal ou então, apesar de não alterar o posicionamento a respeito do tema, o reconhecimento pelos Ministros de que alguns argumentos e fundamentos apresentados por alguns Ministros durante a sessão de julgamento são fortes e que merecem atenção e todo o respeito.

Pois bem, o que chama a atenção no julgamento desta ação é justamente a comprovação do caráter deliberativo dos julgamentos que ocorrem no Supremo Tribunal Federal, como bem asseverado por Mendes (2011b, p. 344) com os debates que ocorrem durante o julgamento há a possibilidade de que opiniões sejam alteradas diante de argumentos mais fortes e adequados ao caso concreto, possibilitando o fortalecimento da democracia deliberativa exercida pelo Tribunal.

Veja que esta foi a situação do caso em análise no julgamento do pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP, já que o Ministro Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia já haviam proferido os seus votos, quando foram convencidos, especialmente diante dos votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau, de que deveriam votar pela não concessão da liminar. Os Ministros deixam bem claro que o fator principal da mudança de posicionamento foram as explanações realizadas durante a exposição dos votos na sessão de julgamento. Veja que os argumentos utilizados nos votos os persuadiram que a posição mais adequada era a defendida pelo Ministro Joaquim Barbosa e pelo Ministro Eros Grau.

Assim, assiste razão a Rawls quando defende que os tribunais são os principais representantes do exercício da razão pública, que na ocasião dos julgamentos seus integrantes expõem os posicionamentos apresentando para toda a sociedade os fundamentos e os argumentos utilizados na construção dos votos e aí possibilitam uma decisão mais justa aos olhos da sociedade. Entretanto, não se ignora o fato de que, na maioria das vezes a deliberação interna realizada entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal é residual, já que comumente os votos já são levados prontos para as sessões de julgamento e muitas vezes o debate não se desenvolve.

4.2.2 Análise dos votos proferidos no julgamento sob uma perspectiva substancialista

Em linhas gerais, pode-se afirmar que os tribunais refletem as características do ordenamento jurídico, bem como da realidade a que estão submetidos. Tal situação pode ser identificada nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que nos últimos tempos têm sido acometidos por algumas modificações e influências.

Leal (2008, p. 98) afirma que a postura do Supremo Tribunal Federal modificou-se muito com a promulgação da Constituição de 1988. O autor defende que antes da promulgação da Carta Magna o referido Tribunal adotava uma postura basicamente procedimental e em casos controversos e tipicamente políticos “[...] que traziam a

possibilidade de tensão para com os Poderes Executivo e Legislativo, adotava uma jurisprudência defensiva (*self restraint*), deixando, para aqueles Poderes, a missão de solucionar o conflito inerente a seus representados, o povo.”.

Com a promulgação da Constituição de 1988 e a restauração do regime democrático as relações institucionais adquirem outra natureza e como afirma Leal (2008, p. 106):

A breve caminhada em relação ao reconhecimento pelas instâncias julgadoras da força normativa dos princípios constitucionais serve para que passemos ao degrau seguinte, que é a apresentação da postura do Tribunal no passado e atualmente. Uma vez que a Constituição traz, pela redação de seus dispositivos, possibilidades de leitura variadas quando do seu processo de interpretação e, a partir do momento em que os Poderes Legislativo e Executivo não avançam na concretização dessas ideias, o Judiciário aparece, meio sem jeito, numa arena de cujo conhecimento, do qual é possuidor vem, em grande parte, dos livros. Temos, portanto, senhores de toga ingressando, lenta, mas poderosamente, na arena do povo.

Tal contexto pode ser identificado nos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS. Ao analisar os argumentos utilizados e os posicionamentos adotados pelos Ministros é possível perceber duas vertentes quanto à natureza dos votos: por um lado pode-se identificar que a maioria dos votos possui uma ligação estreita com a perspectiva substancialistas e por outro, a minoria dos votos afasta-se desta perspectiva, restringindo-se a uma análise formal da constitucionalidade das leis.

Dessa forma, instaura-se uma nova ordem e uma nova postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal, qual seja um posicionamento mais próximo de uma perspectiva substancialista em que o Tribunal, por muitas vezes, resolve questões controvertidas e complexas decidindo assuntos que tipicamente a solução seria dada pelos poderes políticos, Legislativo e Executivo.

Em síntese, votos substancialistas são aqueles que não se limitam a analisar apenas aspectos formais da constitucionalidade das leis, mas adentram em análises substanciais, especialmente principiológicas e morais, da compatibilidade da lei questionada à Constituição Federal. Assim, adentram em temas polêmicos e controversos existentes na sociedade brasileira.

Já na análise dos votos proferidos no julgamento do pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP é possível identificar dois posicionamentos. Veja que os ministros Marco Aurélio, Menezes Direito e Ellen Gracie votaram favoráveis à concessão da liminar atestando a inconstitucionalidade da lei estadual. Seus argumentos

centraram-se, principalmente, na invasão da competência concorrente da União pelo Estado de São Paulo. Por outro lado, os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carlos Brito, Cezar Peluso, Cármem Lúcia e Ricardo Lewandowski posicionaram-se no sentido de indeferir a liminar. A análise feita por estes Ministros vai muito além de uma mera invasão de competências da União pelo Estado. Eles entram em debates científicos e principiológicos complexos caracterizando uma tendência substancialista.

Salienta-se que, nesta oportunidade, os Ministros Ricardo Lewandowski e Cármem Lúcia, em um primeiro momento, se filiaram ao posicionamento de uma análise formal, votando pela concessão da liminar para suspender a vigência da lei do Estado de São Paulo, mas após os votos dos Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau, posturas que se aproximam de uma perspectiva substancialista, foram convencidos pela constitucionalidade da lei, alterando o posicionamento e o conteúdo de seus votos.

Para os Ministros que adotaram uma postura que se afasta da perspectiva substancialista, a Lei estadual de São Paulo nº 12.684/2007 desrespeita a regra de competência prevista constitucionalmente, tendo em vista que invadiu a competência concorrente da União quando legislou sobre produção e consumo, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente, proteção e defesa da saúde. Isso porque, conforme posicionamento do Ministro Marco Aurélio no voto final proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP, já existe uma Lei federal, qual seja 9.055/95 que disciplina tais assuntos. Veja que tal perspectiva é estritamente formal.

Por outro lado, conforme entendimento dos Ministros que adotaram um posicionamento próximo da perspectiva substancialista, e, portanto adentraram em conteúdos materiais e principiológicos das leis questionadas e da Constituição, a Lei estadual que proíbe a comercialização de produtos à base do amianto branco, realmente dá efetividade ao princípio da eficácia máxima da Constituição no que se refere aos direitos fundamentais, tendo em vista que cumpre em grau satisfatório a determinação constitucional de proteção à saúde e ao meio ambiente. Este posicionamento foi exposto pelo Ministro Ayres Britto no voto final da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3357/RS.

Destaca-se que, dos dois votos finais proferidos pelos relatores até o momento no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS pode-se identificar o posicionamento não substancialista do Ministro Marco Aurélio e o voto próximo da perspectiva substancialista do Ministro Ayres Britto.

De uma maneira geral, especificamente nos votos proferidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 3937/SP e n° 3357/RS, é possível afirmar que os votos não substancialistas estão relacionados ao posicionamento de inconstitucionalidade das Leis estaduais e eles restringem-se, apenas, a uma análise puramente formal de compatibilidade das Leis estaduais à Constituição Federal. Por outro lado, os votos com estreita ligação com a perspectiva substancialista são no sentido de constitucionalidade das referidas Leis, e apresentam uma análise mais ampla, especialmente uma análise principiológica, adentrando em conteúdos substanciais da compatibilidade entre as Leis questionadas e a Constituição.

Por fim, destaca-se que com relação aos Ministros que participaram do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 2656/SP e n° 2396/MS e também participaram do julgamento das ADIns n° 3937/SP e n° 3357/RS, apenas o Ministro Celso de Mello mudou seu posicionamento, já quanto aos Ministros Marco Aurélio e Ellen Gracie não houve qualquer mudança de posicionamento, permanecendo uma postura não substancialista. As posturas próximas da perspectiva substancialista são atribuídas, principalmente, aos Ministros que ingressaram no Supremo Tribunal Federal após o julgamento em 2003.

A única mudança de posicionamento pode ser imputada apenas ao Ministro Eros Grau, que em seu voto no julgamento da liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3937/SP reconheceu que no julgamento da ADI n° 3356/PE¹⁷³, em que é relator, havia adotado uma postura essencialmente formal, entendendo pela inconstitucionalidade formal da Lei estadual questionada, mas que o assunto em discussão é extremamente complexo e que demanda certos cuidados.

Em síntese, pode-se perceber que houve uma considerável mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, quando comparado com o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 2656/SP e n° 2396/MS em 2003, já que quando do julgamento destas ações por unanimidade os Ministros entenderam pela inconstitucionalidade das Leis estaduais, sendo a análise e o debate desenvolvido restrito apenas às questões formais de invasão de competências da União. Por outro lado, no julgamento conjunto em estudo, a maioria dos Ministros, quando da análise do pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3937/SP, entrou em debates substanciais

¹⁷³ Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tem como relator o Ministro Eros Grau, questiona a constitucionalidade da Lei do Estado de Pernambuco que disciplina a proibição do uso do amianto ou asbesto nas obras públicas e nas edificações no Estado de Pernambuco para evitar o contato das pessoas com aquela substância. Esta ação está aguardando julgamento.

e aprofundados em muito se distanciando do perfil adotado pelos Ministros em maio de 2003.

4.2.3 A conexão entre a sociedade de risco e os argumentos utilizados pelos Ministros nos votos

O momento contemporâneo é essencialmente mais complexo e dinâmico, e uma de suas principais características é a necessidade que possuem os cidadãos de lidarem com um futuro incerto e problemático. Os indivíduos cada vez mais buscam construir suas vidas desprovidas do rigor que tradição impunha no momento moderno, buscam incessantemente pela sua autobiografia¹⁷⁴.

Importante contribuição para a análise do momento contemporâneo é trazida por Beck (2008, p. 89) quando esclarece que:

Com a destruição industrial dos fundamentos ecológicos e naturais da vida inicia-se uma dinâmica social e política de desenvolvimento historicamente sem precedentes e que até o momento não tem sido bem compreendida, o que nos obriga a repensar a relação entre natureza e sociedade¹⁷⁵. *Tradução nossa.*

Uma das principais características da atualidade é quanto à ciência, esta perdeu o monopólio da verdade, e os indivíduos desenvolveram uma nova relação com ela e com a tecnologia. Pascual (2006, p. 354) afirma que se assiste ao limite da ciência, “Se algo sabemos hoje, com certeza é que nada podemos saber com certeza”¹⁷⁶ (*tradução nossa*), os cientistas, na atualidade, somente podem oferecer hipóteses que podem e são contestadas a todo momento.

Como as descobertas científicas afetam os indivíduos de maneira imediata, eles desenvolveram uma relação dialógica com a ciência, passando a questioná-la e não mais aceitá-la passivamente. Na atualidade, como bem destacado por Beck (2002, p.124) “Os especialistas em seguros contradizem os engenheiros especialistas em

¹⁷⁴ Os indivíduos não mais se limitam a aceitar a tradição que é passada de geração a geração, há uma ânsia em construir sua história e seu modo de vida.

¹⁷⁵ Original: “Con la destrucción industrial de las bases ecológicas y naturales de la vida se pone en marcha una dinámica social e política de desarrollo históricamente sin precedentes y que hasta ahora no há sido comprendida, la cual nos obliga a repensar la relación entre naturaleza e sociedade.”

¹⁷⁶ Original: “Si algo sabemos hoy con certeza es que nada podemos saber con certeza.”.

seguridade”¹⁷⁷(*tradução nossa*), vive-se um momento de contradição do conhecimento cientificamente produzido.

Beck (2002, p. 116-117) ao constatar todas estas mudanças na sociedade, bem como a presença constante da ideia de risco em todas as atividades humanas, afirmará que os indivíduos, na atualidade, vivem em uma “sociedade de risco” que se baseia na transformação sistêmica de três áreas fundamentais da sociedade. A primeira área de transformação refere-se às que ocorrem na relação da sociedade industrial contemporânea com a natureza e a cultura. A segunda transformação diz respeito à que ocorre na relação entre a sociedade e os perigos e problemas produzidos, que abalam a base de seguridade na sociedade e se convertem em um problema sobre toda a atividade política e sobre os âmbitos das decisões. E por fim, a que se refere à exaustão das fontes de significado e particularidades de cada grupo (como a consciência de classe), da cultura da sociedade industrial, o que conduz ao trabalho de definição a priori imposto aos indivíduos, este processo é o que Beck denominou de individualização¹⁷⁸.

Em consequência da segunda transformação, a sociedade de risco desloca a atenção para questões que antes não despertavam o interesse da comunidade nacional e internacional, áreas que eram estritamente discretas, como a natureza, passam a ser uma das principais preocupações no cenário nacional e mundial. Beck (2008, p. 89) esclarece que: “[...] esta transformação das ameaças civilizatórias da natureza em ameaças sociais, econômicas e políticas do sistema é o verdadeiro desafio do presente e do futuro que justifica e conceito de sociedade de risco”(*tradução nossa*¹⁷⁹).

Beck (2008, p. 27-28) destaca que o risco tem uma importância social e histórica. Para o autor os riscos sempre existiram na sociedade, só que na atualidade tem ganhado destaque a sua dimensão global. Ademais, os riscos ulteriores eram perceptíveis sensorialmente, ao contrário dos atuais, que muitas vezes passam imperceptíveis, relacionando, muitas vezes, às formulas físico-químicas. Ou seja, a diferença entre os riscos atuais e os da antiguidade reside, principalmente, na dimensão global de sua ameaça e em decorrência de suas causas modernas, são riscos da modernização.

¹⁷⁷ Original: “Los expertos en seguros contradicen a los ingenieros expertos en seguridade.”

¹⁷⁸ Beck (2002, p. 118) afirma que a individualização não se baseia na liberdade de decisão dos indivíduos, mas na compulsão pela fabricação, pelo autoprojeto e a autorrepresentação, não somente da própria biografia, mas também das articulações e compromissos com a sociedade. Assim, esta se torna uma biografia escolhida, ou reflexiva. Este é o processo denominado por Giddens de biografia reflexiva.

¹⁷⁹ Original: “[...] esta transformación de las amenazas civilizatórias de la naturaleza en amenazas sociales, económicas y políticas del sistema es el desafío real del presente y del futuro que justifica e concepto de sociedad del riesgo.”

O risco, então, passa a ser um dos principais focos de atenção na atualidade, especialmente nos últimos 30 anos, adquirindo “[...] uma posição central em diversos campos do saber. A pesquisa sobre risco deu-se nas mais variadas matrizes disciplinares e teórica”¹⁸⁰ (MAGALHÃES, 2009, p.735) e como destacado por Luhmann (2006, p. 48) os antropólogos culturais, sociais e cientistas políticos afirmam que a constatação do risco com a sua avaliação e aceitação apresenta-se como um problema social no momento contemporâneo.

Beck (2002, p. 214) esclarece que os riscos representam na sociedade contemporânea a ameaça de destruição, abalando as bases de segurança e de confiança presente na sociedade de momento moderno. Eles representam, uma posição intermediária entre a sensação de seguridade e a destruição. E o conceito contemporâneo de risco, relacionado com a sociedade de risco e a incerteza fabricada, conduz “a uma peculiar síntese do conhecimento com o desconhecimento”¹⁸¹ (*tradução nossa*) (BECK, 2002, p. 222) e está em relação direta com a perda da credibilidade e confiança das ciências.

Por sua vez, Magalhães (2009, p. 737) afirma que a noção contemporânea de risco desprende-se da ideia de que o risco é inconciliável com a ideia de segurança, mas que a ideia de risco supõe que decisões futuras podem acarretar danos futuros, ou seja, “O risco nesta percepção, é inerente a cada decisão.”. O principal defensor desta tese é Niklas Luhmann (2006, p. 64) quando faz o seguinte esclarecimento:

Nos utilizaremos, mais efetivamente, da distinção entre risco perigo. Esta distinção supõe (e assim da diferença precisamente de outras distinções) que tem uma incerteza com relação a danos futuros. Surge então duas possibilidades. Pode-se considerar que o possível dano é uma consequência da decisão, e então falamos de risco e, mais precisamente de risco da decisão. E quando o possível dano é causado externamente, ou seja, é atribuído ao meio ambiente; neste caso, falamos de perigo¹⁸². *Tradução nossa.*

¹⁸⁰ A autora (2009, p. 735) segue afirmando que: “No campo das ciências econômicas, a referência ao *cálculo dos riscos* tornou-se usual. Para isso contribuíram as pioneiras pesquisas de Frank Knight, que explicou o lucro empresarial a partir da função de *absorção de incertezas*, diferenciando os conceitos de risco e incerteza. Também a teoria da decisão, no campo da teoria das organizações e da administração e a teoria dos jogos, na ciência política, fizeram do risco ponto central de suas controvérsias, que giraram em torno da noção de sujeito e, mais particularmente, a psicologia social, colocaram em discussão a possibilidade de que aqueles mesmos sujeitos, com base em seus cálculos racionais, fossem capazes de controlar os riscos das decisões. Já os antropólogos observaram que a consideração do risco e a disposição em aceitá-lo não é uma questão meramente psíquica, mas também cultural. Na pesquisa sociológica, o conceito de risco ocupa, atualmente, uma posição central, o que se revela na nova etiqueta utilizada por alguns autores contemporâneos para identificar a sociedade: *sociedade de risco*.”.

¹⁸¹ Original: “a una peculiar *síntesis de conocimiento y desconocimiento*.”.

¹⁸² Original: “Nos serviremos, más concretamente, de la distinción entre riesgo y peligro. Esta distinción supone (y así de diferencia precisamente de otras distinciones) que hay una incertidumbre con relación a daños

Veja que grande importância na atualidade é dada ao processo de tomada de decisões e, neste sentido, Luhmann (2006, p. 90) ainda afirma que se vive o rompimento drástico entre o passado e o futuro, em suas palavras:

Se é mais provável que o futuro será diferente do passado (por que tem que dramatizar esta distinção?) E se não há tempo no presente, como se realizará então a mudança repentina do passado para o futuro? Às cegas? Vamos ver como eles tentam evitar, pelo menos, esta consequência, ou difamar como decisionismo¹⁸³. *Tradução nossa.*

Luhmann (2006, p.66) afirma que o risco no momento contemporâneo não é uma condição de existência do homem, nem mesmo uma categoria ontológica do mundo, ele é simplesmente fruto das decisões humanas, por isso afirmar que o mundo exterior não conhece riscos já que não faz parte dele as decisões, valorações ou até mesmo probabilidades, o risco pertence apenas à sociedade em virtude de sua capacidade de produzir decisões (LUHMANN, 2006, p. 51).

Contribuindo com o debate, Beck (2008, p. 87) esclarece que à medida que os riscos desenvolvem-se, em virtude do processo de modernização e mais ameaçados tornam-se os valores basilares da generalidade e mais perceptível este fato, mais influências e alterações sobre as questões de poder, bem como na relação entre a economia, política e opinião pública e mais provável que alterem-se as questões de responsabilidade, centralize as competências de atuação e ocultem alguns pontos do processo de modernização, através de um maior controle, bem como por planificações burocráticas.

Os riscos predominantes na atualidade são os riscos fabricados¹⁸⁴. Estes surgem com o desenvolvimento da sociedade, em especial da ciência e da tecnologia. Muitas vezes não se sabe quais são estes riscos, nem quando eles podem concretizar-se e eles têm se

futuros. Se presentan entonces dos posibilidades. Puede considerarse que el posible daño es una consecuencia de la decisión, y entonces hablamos de riesgo y, mas precisamente, del riesgo de la decisión. O bien se juzga que el posible daño es provocado externamente, es decir, se le atribuye al entorno; y en este caso, hablamos de peligro.”.

¹⁸³ Original: “Si con mucha probabilidad el futuro será distinto del pasado (¿por qué habrá que dramatizar tanto esta distinción?) y si no hay tiempo en el presente, ¿cómo se realiza entonces el cambio repentino del pasado al futuro? ¿A ciegas? Vamos a ver cómo se intenta evitar por lo menos esta consecuencia, o difamarla como decisionismo.”.

¹⁸⁴ Giddens (2000, p. 142-143) faz a distinção entre dois tipos de risco, são eles os riscos externos e os riscos fabricados. Os primeiros pertencem à sociedade industrial e são os capazes de afetar os indivíduos inesperadamente, mas com regularidade e frequência previsíveis, e, portanto seguráveis. Já os riscos fabricados são os intrínsecos à sociedade contemporânea, e é consequência do desenvolvimento humano, especialmente da ciência e da tecnologia. Muitas vezes não se sabe nem mesmo quais são eles, nem mesmo como podem se manifestar.

espalhado por todos os âmbitos da sociedade e é consequência de uma parte da ciência e da tecnologia que os especialistas não previram (GIDDENS, 2000, p. 143).

Neste sentido, Giddens (2000, p. 145) irá afirmar que:

[...] o surgimento do risco fabricado pressupõe uma nova política porque pressupõe a reorientação dos valores e das estratégias visando a implementá-los. Nenhum risco pode ser sequer descrito sem que se faça referência a algum valor. Tal valor pode ser simplesmente a preservação da vida humana, embora geralmente se trate de algo mais complexo.

Assim como Giddens, Beck (2002, p. 78-79) também afirmará que com o advento da sociedade industrial surge uma nova categoria de riscos, quais sejam os riscos industriais, que implicam em uma reformulação nas regras de responsabilização, em suas palavras:

Ao surgir os riscos industriais no proceso de tomada de decisão origina-se de forma irrevogável o problema da exigência de responsabilidades [*accountability*] sociais, inclusive naqueles âmbitos nos quais as normas dominantes da ciência e do direito somente admitem em casos excepcionais a exigência de responsabilidades. As pessoas, as empresas, as organizações estatais e os políticos são responsáveis pelos riscos industriais¹⁸⁵. *Tradução nossa*.

Neste sentido, como os riscos contemporâneos são majoritariamente difusos, com origens múltiplas, e tanto os que o causam como aqueles que sofrem sua ação não podem mais ser adequadamente identificados, não é mais possível exigir responsabilidades pelos riscos causados de acordo com as tradicionais normas de causalidade existentes. Surge então uma problemática na sociedade quanto à responsabilização pelos riscos causados.

Além disso, o anseio pela racionalidade das ciências visando analisar objetivamente o conteúdo dos riscos e suas consequências mostra-se debilitado. Beck (2008, p. 35) apresenta duas hipóteses que explicam tal fragilidade. Por um lado, suas análises repousam em meras suposições especulativas, baseadas exclusivamente em probabilidades. Neste sentido, Pascual (2006, p. 354) também afirmará que os cientistas apenas formulam hipóteses influenciadas pela experiência, mas que são refutáveis, portanto sempre deixam margem para dúvidas e incertezas.

Por outro lado, Beck (2008, p. 35) destaca que deve ser adotada uma posição axiológica para falar em risco, e:

¹⁸⁵ Original: “[...] al originarse los riesgos industriales en lo proceso de toma de decisiones se plantea de forma irrevocable el problema de la exigencia de responsabilidades [*accountability*] sociales, incluso en aquellos ámbitos en los que las normas dominantes de la ciencia y del derecho sólo admiten en casos excepcionales tal exigencia de responsabilidades. La gente, las empresas, las organizaciones estatales y los políticos son responsables de los riegos industriales.”.

As constatações do risco se baseiam em possibilidades matemáticas e interesses sociais, inclusive e especificamente, onde se apresentam certezas técnicas. Ao ocupar-se dos riscos civilizatórios, as ciências têm abandonado seu fundamento na lógica experimental e têm contraído matrimônio polígamo com a economia, a política e a ética, ou mais exatamente: vivem com estas sem ter formalizado o matrimônio¹⁸⁶. *Tradução nossa.*

Salienta-se, que este contexto com o predomínio do risco intensifica-se com a globalização, já que esta é um fator que tem contribuído para que eles propaguem-se com maior rapidez e intensidade, como Beck afirma (2008, p. 42):

A produção industrial é acompanhada por um universalismo dos perigos, independente dos lugares de sua produção: as cadeias de alimentos se conectam na prática com todos os habitantes da Terra. Atravessam as fronteiras. Os ácidos presentes no ar atacam não apenas as esculturas e os tesouros artísticos, mas tem dissolvido há muito tempo as barreiras aduaneiras modernas. No Canadá, os lagos têm muito ácido, também nos cumes da Escandinávia os bosques estão morrendo¹⁸⁷. *Tradução nossa.*

Ou seja, não há que falar-se em riscos localizados, que respeitam fronteiras, muito pelo contrário, as consequências das ações que produzem os riscos, podem ser encontradas nos lugares mais longínquos, a milhares de quilômetros de distância, em continentes diferentes. E não é só, dependendo da classe social a que o indivíduo pertença ele estará exposto ao risco em diferentes proporções. Os riscos, de uma maneira geral, são repartidos na sociedade entre as classes sociais de acordo como a distribuição de riquezas, mas de maneira inversa, as riquezas acumulam-se nas classes sociais favorecidas, enquanto os riscos distribuem-se entre as classes sociais desfavorecidas (BECK, 2008, p. 40-41)¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Original: “Las constataciones del riesgo se basan en posibilidades matemáticas e intereses sociales incluso y precisamente allí donde se presentan con certeza técnica. Al ocuparse de los riesgos civilizatorios, las ciencias ya han abandonado su fundamento en la lógica experimental y han contraído un matrimonio polígamo con la economía, la política y la ética, o más exactamente: viven con éstas sin haber formalizado el matrimonio.”.

¹⁸⁷ Original: “[...] la producción industrial le acompaña un universalismo de los peligros, independientemente de los lugares de su producción: las cadenas de alimentos conectan en la práctica a todos los habitantes de la Tierra. Atraviesan las fronteras. El contenido en ácidos del aire no ataca sólo a las esculturas y a los tesoros artísticos, sino que ha disuelto ya desde hace tiempo las barreras aduaneras modernas. También en Canadá los lagos tienen mucho ácido, también en las cumbres de Escandinavia se mueren los bosques.”.

¹⁸⁸ Nesta oportunidade Beck (2008, p. 41) faz o seguinte esclarecimento: “Frente a ello, los ricos (en ingresos, en poder, en educación) pueden *comprarse* la seguridad y la libertad respecto del riesgo. Esta <<ley>> de un reparto de los riesgos específico de las clases y, por tanto, de la agudización de los contrastes de clase mediante la concentración de los riesgos en los pobres y débiles estuvo en vigor durante mucho tiempo y sigue estándolo hoy para algunas dimensiones centrales del riesgo: el riesgo de no conseguir un empleo es hoy mucho mayor para quienes no han estudiado que para quienes están muy cualificados. Los riesgos de daño, radicación e intoxicación que están vinculados al trabajo en las empresas industriales correspondientes están repartidos de manera desigual en las diversas profesiones. Son en especial las zonas residenciales baratas para grupos de

Diante das ameaças dos riscos, as classes sociais com maior poder aquisitivo, podem comprar a “falsa” seguridade e a liberdade em relação aos riscos, ou pelo menos amenizá-los, enquanto que as classes sociais menos favorecidas deparam-se com uma situação em que não possuem condições de proteger-se ou ao menos mitigar as consequências dos riscos, produzidos em grande parte pelas classes sociais favorecidas (BECK, 2008, p. 41)¹⁸⁹.

Neste contexto, Beck (2002, p. 115-116.), afirmará que os conflitos da sociedade contemporânea:

Giram em torno da pergunta de como é possível distribuir, evitar, controlar e legitimar as consequências dos riscos que acompanham a produção de mercadorias: tecnologia nuclear e química em grande escala, engenharia genética, ameaças ao meio ambiente, a escalada dos armamentos e o crescente empobrecimento da humanidade que vive fora da sociedade industrial ocidental¹⁹⁰. *Tradução nossa.*

Muitos têm sustentado¹⁹¹ que uma das formas de amenizar os impactos dos riscos na sociedade atual seria a partir da incorporação do princípio da precaução, que tem sua origem no Direito Alemão. A noção de precaução surge quando se percebe que os mecanismos tradicionais de defesa da sociedade diante dos perigos não são mais suficientes para uma eficaz proteção, tanto da saúde dos indivíduos quanto do meio ambiente (PASCUAL 2006, p. 257).

Este princípio estabelece que, na ausência da certeza científica formal sobre a segurança de determinados produtos, teses e processos desenvolvidos em ciência e tecnologia, é necessário adotar medidas que possam avaliar e prever seus potenciais riscos e suas possíveis consequências, e mesmo que continue na incerteza ele não deverá ser abandonado.

población con ingresos bajos que se encuentran cerca de los centros de producción industrial las que están dañadas permanentemente por las diversas substancias nocivas que hay en el aire, el agua y el suelo. Con la amenaza de la pérdida de ingresos se puede obtener una tolerancia superior.”.

¹⁸⁹ Segundo Beck (2008, p. 41). “Los riesgos de daño, radiación e intoxicación que están vinculados al trabajo en las empresas industriales correspondientes están repartidos de manera desigual en las diversas profesiones. Son en especial las zonas residenciales baratas para grupos de población con ingresos bajos que se encuentran cerca de los centros de producción industrial las que están dañadas permanentemente por las diversas sustancias nocivas que hay en el aire, el agua y el suelo.”.

¹⁹⁰ Original: “[...] se desatan en torno a la pregunta de cómo se pueden distribuir, evitar, controlar y legitimar las consecuencias de los riesgos que acompañan a la producción de mercancías: tecnología nuclear y química a gran escala, ingeniería genética, amenazas al medio ambiente, la escalada de armamentos y el creciente empobrecimiento de la humanidad que vive fuera de la sociedad industrial occidental.”.

¹⁹¹ Gabriel Doménech Pascual (2006, p. 253-307) é um dos autores que defende a necessidade de incorporação do princípio da precaução.

Ocorre que, não se pode ignorar o fato de que este princípio, como bem esclarece Pascual (2006, p. 254) é bastante abstrato, já que não há consenso sobre o seu conteúdo, apresentando uma considerável carga de indeterminação e por vezes ocasionado confusão e certo grau de incerteza.

O fato é que, toda a atuação humana, atualmente, deve-se pautar em condutas que visam evitar ou pelo menos amenizar os impactos das consequências dos riscos na sociedade presente e futura. Outro objetivo é preparar as gerações futuras para conviver com estas consequências, de forma que não venham a sofrer tanto com as consequências da sociedade risco. Assim, o debate sobre o futuro baseia-se em variáveis projetáveis, causas projetáveis da atuação presente, seja ela pessoal ou política, de maneira que esta atuação recai diretamente sobre o futuro.

Beck (2002, p. 19) esclarece ainda que: “A incerteza endêmica é o que caracteriza o mundo e a existência básica da maioria das pessoas – incluindo as classes médias aparentemente acomodadas – nos anos vindouros.”¹⁹² (tradução nossa).

Em síntese, o momento pós-moderno é caracterizado por um estágio de avançado desenvolvimento tecnológico, permeado pela sensação de insegurança e incerteza e pela perda do monopólio da verdade pela ciência. Tal conjuntura propicia ao que Beck denomina de sociedade de risco, em que os riscos são imprevisíveis e difusos. Todos estes fatores têm exercido significativa influência nas decisões políticas, bem como jurídicas. Uma destas influências é o deslocamento da tomada de decisões políticas e sociais complexas e de grande repercussão social dos poderes políticos para o Supremo Tribunal Federal. Prova disto são os votos proferidos no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS.

A regulamentação do amianto branco pelos Estados há tempos vem sendo questionada, isso porque se sustenta que o assunto relativo a esta substância já está totalmente disciplinado pela Lei federal nº 9.055/1995. Os primeiros questionamentos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal foram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2656/SP e nº 2396/MS. A ADI nº 2656/SP¹⁹³ foi proposta em 2002 pelo Governador de

¹⁹² Original: “La incertidumbre endémica es lo que caracterizará el mundo de la vida y la existencia básica de la mayoría de las personas – incluyendo las clases medias aparentemente acomodadas – en los años venideros.”

¹⁹³ Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade questionava a constitucionalidade dos artigos 1º ao 8º da Lei nº 10.813/2001 do Estado de São Paulo, que proibia a importação, extração, beneficiamento, comercialização, fabricação e instalação de produtos contendo qualquer tipo de amianto.

Goiás questionando a lei do Estado de São Paulo e a ADI nº 2396/MS¹⁹⁴ também proposta pelo Governador de Goiás em 2001 questionando a lei do estado do Mato Grosso do Sul. Estas ADIns foram julgadas no mesmo dia em maio de 2003.

No primeiro julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹⁵ sobre leis estaduais que proibiam a utilização do amianto branco em 2003, os Ministros, a princípio, evitaram manifestar-se sobre questões científicas e morais complexas, especificamente, sobre o risco, à saúde e ao meio ambiente, da utilização do asbesto branco.

Nesta ocasião, no voto da Ministra Ellen Gracie, relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2396/MS, firmou-se o entendimento de que não era da competência do Tribunal proferir a última palavra sobre propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Caberia ao Tribunal apenas averiguar a compatibilidade entre a lei impugnada e a Constituição Federal. Para a Ministra, os estudos relacionados aos riscos da utilização do amianto deverão nortear as atividades desenvolvidas pelas autoridades sanitárias, em nada se relacionando com a atuação do Tribunal. Em seu entendimento, com a promulgação da lei estadual houve a ofensa à divisão de competências, especificamente, a competência concorrente prevista no artigo 24, incisos V, VI e XII da Constituição Federal, que preveem, respectivamente, a competência da União para legislar sobre: proteção e consumo; proteção do meio ambiente e controle da poluição, bem como proteção e defesa da saúde. Ademais, também foi reconhecida a violação ao § 2º do artigo 24 da Carta Magna já que houve a “exacerbação da competência legislativa suplementar” prevista no referido dispositivo, por isso foi declarado inconstitucional o artigo 1º e seus §§ 1º, 2º e 3º, do artigo 2º, do artigo 3º e §§ 1º e 2º e do parágrafo único do artigo 5º da Lei estadual nº 2.210/01¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Esta Ação Direta de Inconstitucionalidade alegava que a Lei nº 2.210/01 do Estado do Mato Grosso do Sul ofendia os artigos 22, I e XII; 25, §1º; 170, caput, II e IV; 1º; 18 e 5º caput, II e LIV da Constituição Federal.

¹⁹⁵ Conferir Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2396/MS e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2656/SP.

¹⁹⁶ Dispositivos declarados inconstitucionais da Lei estadual nº 2.210/01: “Art. 1º É vedada a fabricação, o ingresso, a comercialização e a estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, no território do Estado de Mato Grosso do Sul. § 1º Para os efeitos deste artigo, denomina-se amianto/asbesto toda forma fibrosa dos silicatos minerais que pertencem às rochas metamórficas do grupo das serpentinas, e do grupo das anfíbolas, isto é, a actinolita, a amosita (amianto azul), a amosita (amianto marron), a antolifita, a crocidolita (asbesto azul), a tremolita, ou todo composto que contenha um ou mais desses elementos minerais. § 2º Incluem-se nos produtos deste artigo todo e qualquer produto, derivado ou misto, de silicato natural, hidratado de cálcio e magnésio. § 3º Não estão atingidos pelos efeitos deste artigo os estoques de produtos à base de amianto, existentes à data da publicação desta Lei. Art. 2º Fica proibida a pulverização do amianto em todas as suas formas. Art. 3º O não cumprimento do disposto no art. 1º da presente Lei sujeitará o infrator ao pagamento de multa correspondente a 500 (quinhentas) UFIR’s. § 1º Em caso de reincidência, a penalidade prevista neste artigo deverá ser aplicada em dobro. § 2º As infrações à presente Lei, sem prejuízo das sanções previstas neste artigo, deverão ser encaminhadas ao Ministério Público, mediante comunicação circunstanciada, para as devidas providências. [...] Art. 5º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no

Este entendimento da Ministra Ellen Gracie, exposto no voto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2396/MS, foi acompanhado por todos os outros Ministros presentes na sessão de julgamento, quais sejam: Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes. A única divergência foi com relação ao Ministro Marco Aurélio que entendeu que os artigos 4º, 5º, 6º e 7º da Constituição também eram inconstitucionais em virtude de estarem “umbilicalmente relacionados”, mas seu entendimento restou vencido.

Por sua vez, o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2656/SP também foi baseado apenas em uma análise formal, e que ao final, os Ministros, por unanimidade entenderam pela inconstitucionalidade dos artigos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 7º da Lei nº 10.813/ 2001¹⁹⁷ do Estado de São Paulo, visto que violou o artigo 22, incisos VIII e XIII com a invasão de competência legislativa privativa da União, bem como por ofensa ao artigo 24, inciso V e §§ 1º e 4º, por invasão de competência legislativa concorrente da União, todos da Constituição Federal de 1988. Participaram deste julgamento os mesmos ministros que compuseram o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2396/MS.

É possível perceber que a análise realizada pelos Ministros no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2396/MS e nº 2656/SP restringiu-se apenas a questões

prazo de 120 (cento e vinte) dias. [...]”. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/1b758e65922af3e904256b220050342a/fe017eda00ddcb1904256c000053d434?OpenDocument&Highlight=2,amianto>. Acesso em: 12 de novembro de 2015.

¹⁹⁷ Dispositivos declarados inconstitucionais da Lei estadual nº 10.813/01: “Artigo 1º - Ficam proibidos, a partir de 1º de janeiro de 2005, a importação, a extração, o beneficiamento, a comercialização, a fabricação e a instalação, no Estado de São Paulo, de produtos ou materiais contendo qualquer tipo de amianto, sob qualquer forma. Artigo 2º - Após 12 (doze) meses da data de publicação desta lei, ficam proibidas a fabricação, a comercialização e a instalação, no Estado de São Paulo, de materiais de fricção e outros materiais automotivos contendo amianto. Artigo 3º - A partir da data da publicação desta lei, ficam proibidas a fabricação, a comercialização e a instalação, no Estado de São Paulo, de equipamentos de proteção individual e artefatos de uso infantil, tais como brinquedos, equipamentos destinados a parques infanto-juvenis, materiais escolares e giz de cera, que contenham amianto ou materiais que possam estar contaminados por amianto. Artigo 4º - Os órgãos da administração direta e indireta do Estado de São Paulo ficam proibidos de instalar, a partir da publicação desta lei, em suas edificações e dependências, assim como adquirir, materiais produzidos com qualquer tipo de amianto e produtos que contenham este mineral. Parágrafo único - Os serviços conveniados, contratados ou terceirizados ficam enquadrados na proibição estabelecida no “caput” deste artigo, bem como os equipamentos privados de uso público, como estádios esportivos, teatros, cinemas, escolas, creches e hospitais. Artigo 5º - Até que se elimine definitivamente o uso do amianto, nos ambientes de trabalho onde ocorra extração ou produção de materiais que contenham o mineral, não deverá ser ultrapassada a concentração de 0,1 (um décimo) de fibras de amianto por centímetro cúbico, devendo ocorrer, no mínimo a cada 6 (seis) meses, avaliação ambiental, de acordo com o Código Sanitário do Estado de São Paulo, Lei n. 10.083, de 23 de setembro de 1998, e demais dispositivos legais em vigor. [...] Artigo 7º - No período compreendido entre a data da publicação desta lei e 1º de janeiro de 2005, as empresas que comercializam ou fabricam produtos que contenham amianto ficam obrigadas a informar nas embalagens dos seus produtos, com destaque, a existência do mineral em seu produto e que a sua inalação pode causar câncer, sem prejuízo das disposições constantes das legislações federal, estadual e municipal no que diz respeito à rotulagem preventiva [...]”. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/lei-10813-24.05.2001.html>. Acesso em: 12 de outubro de 2015.

formais, ou seja, uma inconstitucionalidade formal das Leis estaduais, tendo em vista que afrontavam a Constituição Federal quanto às regras de competência. Ademais, trata-se de votos objetivos, sem debates principiológicos muito aprofundados.

Ocorre que, na oportunidade do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3357/RS e nº 3937/SP, em 2012, a postura adotada pelos Ministros foi bastante diferente. Esta mudança é representada para Giddens (1991, p. 45) como uma reflexividade, que consistiria no fato de que as práticas sociais constantemente são examinadas e reformadas, em virtude de novas informações sobre estas próprias práticas, modificando substancialmente o seu caráter. Ressalta-se que todas as culturas e as práticas sociais são alteradas em virtude de sucessivas e contínuas descobertas que passam a informá-las, mas apenas na atualidade esta prática é radicalizada e passa a ser aplicada a todos os aspectos da vida humana.

A mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal já pode ser percebida no julgamento do pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP, oportunidade em que votaram os seguintes Ministros: Cezar Peluso, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Brito, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Veja que dos 10 (dez) Ministros presentes nesta votação, 3 (três) participaram do julgamento da Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2656/SP e nº 2396/MS.

A liminar não foi concedida pelo Supremo Tribunal Federal¹⁹⁸. Votaram pela concessão da liminar, suspendendo a vigência da Lei Estadual nº 12.684/07 do Estado de São Paulo, o Ministro Marco Aurélio, Ellen Gracie e Menezes Direito. Estes Ministros fizeram uma análise formal da constitucionalidade da Lei estadual em questão. O Ministro Marco Aurélio defendeu que compete à União legislar sobre a produção e consumo do amianto branco, fato este que já foi concretizado com a promulgação da Lei federal nº 9.055/1995, portanto a Lei estadual nº 12.684/2007 é flagrantemente inconstitucional, devendo ter sua vigência imediatamente suspensa.

Seguindo o entendimento do Ministro Marco Aurélio, a Ministra Ellen Gracie se posicionou no sentido de que cabia à Corte, naquele caso concreto, a repartição de competência legislativa, nada mais. Para a Ministra, a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo excedeu a autorização dada pela Constituição para legislar sobre o assunto,

¹⁹⁸ A liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP, a princípio havia sido deferida pelo Ministro Relator Marco Aurélio em dezembro de 2007, mas em momento posterior, no julgamento colegiado pelo Tribunal foi cassada, voltando a ter vigência a Lei estadual paulista que proíbe a utilização do amianto em qualquer situação.

cabendo ao Legislativo apenas o preenchimento de lacunas, caso necessário. Nesta oportunidade, a Ministra novamente destaca que o Tribunal não é uma academia de ciências, não sendo de sua competência debater sobre a nocividade do produto em questão, qual seja o amianto da variedade crisotila.

Pode-se afirmar que uma das poucas coincidências entre o voto proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2396/MS com relação às Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS refere-se ao voto da Ministra Ellen Gracie que em 2003 já afirmava que não cabe ao Supremo Tribunal Federal manifestar-se sobre as propriedades técnico-científicas do amianto e nem mesmo dos riscos de sua utilização para a saúde do homem, devendo-se limitar apenas a análise de afronta ou não à Constituição. Em suas palavras:

Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades tecno-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. [...] Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação de ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional.

Por sua vez, o Ministro Menezes Direito afirma que o Ministro Joaquim Barbosa apresentou uma série de argumentos fortes contrários à concessão da liminar suspendendo a Lei questionada, mas posiciona-se favorável à concessão da liminar pleiteada acompanhando o Relator Marco Aurélio pela inconstitucionalidade formal da Lei estadual nº 12.684/2007.

Já os outros Ministros fizeram debates aprofundados sobre questões de risco à saúde das pessoas que manuseiam a substância do amianto branco e risco ao meio ambiente, tendo em vista a insuficiência e contradições que existem nos estudos e pesquisas sobre a substância do amianto. Estes votos basearam-se em uma constitucionalidade material da Lei estadual, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, recorrendo à princípios constitucionais na fundamentação de seus votos.

O debate desenvolvido no julgamento colegiado do pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/RS em 2008, liderado pelo voto do Ministro Joaquim Barbosa, afasta-se consideravelmente do debate realizado na ocasião do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2396/MS e nº 2656/SP. No julgamento realizado em 2008 os Ministros adentraram em debates científicos, sob o argumento de que era necessário “oferecer alguns esclarecimentos de natureza científica”.

O Ministro Joaquim Barbosa exhibe em seu voto, quanto ao pedido de liminar na ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP, uma revisão dos estudos científicos desenvolvidos sobre os riscos que o amianto pode oferecer à saúde e ao meio ambiente e sobre as possíveis doenças ocasionadas em decorrência do contato com esta substância¹⁹⁹. O Ministro chega à conclusão de que “não parecem existir níveis seguros para a utilização do amianto, inclusive o crisotila” e então afirma que em se tratando de riscos à saúde humana, os Estados podem legislar, ou seja, trazendo para o caso em análise, é legítimo ao Estado de São Paulo legislar sobre o amianto, já que esta substância oferece sérios riscos à saúde.

Veja que neste voto já é possível notar a influência que a sociedade de risco começa a exercer sobre as decisões na sociedade contemporânea, já que um dos principais argumentos utilizado pelo Ministro para não conceder a liminar suspendendo a vigência da Lei estadual é que a substância do amianto traz diversos riscos à saúde humana e ao meio ambiente, razão pela qual a Lei estadual é mais protetiva que a Federal, portanto deve ser declarada plenamente válida de acordo com os princípios constitucionais de um Estado Democrático.

Este posicionamento do Ministro Joaquim Barbosa baseia-se em dois fundamentos: na Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada pelo Decreto 126/1991 e no argumento de que “não é razoável que a União exerça uma opção permissiva em lugar do estado, retirando-lhe a liberdade de atender, dentro de limites razoáveis, os interesses da comunidade”.

Pois bem, o respaldo fornecido pela Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada pelo Decreto 126/1991, torna-se legítimo, no entendimento do Ministro Joaquim Barbosa, uma vez que a Convenção protege os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente, exigindo que os Estados signatários, imponham condições à utilização do amianto, incentivando o desenvolvimento de materiais alternativos, e caso reste comprovada a viabilidade de materiais alternativos ao amianto da variedade crisotila, deve ser realizado a substituição pela substância que menor impacto cause à saúde do homem. Tal obrigação encontra fundamento no artigo 196 da Constituição Federal, sendo um dever constitucional.

¹⁹⁹ O Ministro Joaquim Barbosa esclarece que: “Há três doenças relacionadas ao uso do amianto: asbestose (causada pela reação do tecido à deposição de poeira no interior do pulmão), câncer de pulmão, e mesotelioma (tumores formados no tecido seroso que reveste órgãos como pulmão, coração e abdômen). Outras também têm sido associadas à exposição ao amianto (câncer de laringe, câncer de orofaringe, câncer de estômago, câncer colo-retal, e câncer de rim) (Mendes, p. 9-10)”.

O Ministro Joaquim Barbosa, ainda nos esclarecimentos de natureza científica, traz em seu voto os resultados de estudos recentes que teriam encontrado substitutos para o amianto, que são “fibras artificiais de origem mineral ou orgânica. Entre as fibras artificiais minerais destacam-se as seguintes: filamento vítreo contínuo, microfibras vítreas; lã de vidro, lã de rocha, lã de escória e fibra refratária cerâmica, fibras de aplicação especiais, entre outras.”.

Quanto ao argumento de defesa da saúde, o Ministro Joaquim Barbosa afirma que é desarrazoado confrontar uma lei geral federal com leis específicas estaduais, ademais a limitação imposta pela Lei estadual nº 12.684/07 quanto ao amianto branco é aceitável, já que analisando o caso concreto não é possível propor uma medida que seja intermediária à proibição.

Por sua vez, o Ministro Eros Grau havia proferido o seu voto posicionando-se pela constitucionalidade da Lei estadual e afirmando que a Lei Federal nº 9.055/95²⁰⁰ é que está em conflito com dispositivos constitucionais. Nesta oportunidade, o Ministro afirmou que a matéria é extremamente complexa e, portanto requer algumas ponderações. Afirma ainda, que a matéria não pode ser examinada apenas no aspecto formal e que o artigo 196²⁰¹ da Constituição Federal está sendo desrespeitado.

Este posicionamento dos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa foi acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski e pela Ministra Carmen Lúcia que, inclusive, mudaram o conteúdo de seus votos após ouvirem as exposições dos referidos Ministros. Também acompanharam este entendimento os Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso.

Este novo posicionamento da maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal deve-se ao significativo número de transformações que tem ocorrido no momento contemporâneo e que tem conduzido a uma nova forma de abordar os conflitos que surgem na sociedade, bem como a uma nova forma de tomada das decisões.

Tal situação pode ser constatada no caso em análise, veja que à medida que os estudos sobre o amianto foram desenvolvendo-se, mais insegurança e incerteza sobre a substância ocasionou. Isso porque os estudos desenvolvidos paralelamente, em algumas informações, são contraditórios, confusos e insuficientes para fornecer um conhecimento seguro e tomar uma decisão segura, já que além de contraditórios, os estudos indicam

²⁰⁰ Esta é a Lei federal que permite a extração, industrialização, exploração e comercialização de asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco).

²⁰¹ O artigo 196 da Constituição dispõe o seguinte: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”.

apenas as probabilidades dos riscos ocasionados a partir do contato com a substância amianto.

Prova disto são os estudos científicos indicados nos *amicus curiae* das Ações Diretas de Inconstitucionalidade em questão. Por um lado há os estudos fornecidos no *Amicus Curiae* da Abrea do professor Dr. René Mendes que atestam que, após 20 anos de pesquisa, o amianto crisotila é um dos fatores que tem influenciado no desenvolvimento de cânceres, entre eles o mesotelioma. Outro estudo apresentado pela Abrea é do Dr. Arthur Frank, que da mesma forma, atesta que é incontroverso os maléficos da substância amianto à saúde humana.

Por outro lado, em audiência pública, foi fornecido o relatório apresentado pelo Dr. Mario Terra Filho associado à Faculdade de Medicina do Estado de São Paulo que atesta que há relativo consenso em afirmar que a utilização do amianto na composição das telhas de fibrocimento não ocasiona riscos à saúde humana. Em síntese:

As amostras analisadas pelo Instituto de Física da USP não identificam nenhuma fibra $\geq 5\mu\text{m}$ nas residências avaliadas. Comparando com outros estudos, observamos que as concentrações observadas no nosso estudo estão dentro dos intervalos encontrados nos grandes centros urbanos ocidentais e dentro dos limites aceitáveis de acordo com a Organização Mundial de Saúde e as agências internacionais de controle da exposição. Em relação às avaliações da amostra dos moradores estudados, não foram encontradas alterações clínicas, funcionais respiratórias e tomográficas de alta resolução, passíveis de atribuição à inalação ambiental [de] fibras de asbesto.

Beck (2002, p. 96) destaca que uma das características da sociedade pós-moderna é justamente esta perda da verdade pela ciência, que passa a apresentar apenas hipóteses, fundamentadas em probabilidade e na experiência, mas que em nada contribui para o incremento da segurança na sociedade. Muito pelo contrário, quanto mais se estuda sobre determinada substância ou fenômeno mais se descobre áreas que ainda devem ser alcançadas pelo conhecimento científico. Beck esclarece que, a complexidade e a incerteza da sociedade contemporânea percebida, na maioria das vezes, em virtude da incerteza científica expõem a política, o direito e o âmbito público da defesa dos especialistas, assim o reconhecimento público da incerteza favorece a um ambiente de democratização.

Como exposto, muitas informações apresentadas²⁰² durante o processo de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 3937/SP e n° 335/RS, eram conflitantes entre si, transparecendo a fragilidade da tomada de decisões no momento contemporâneo e o caráter essencialmente cético das ciências que passa a ser questionada pela sociedade.

Quanto aos dois votos proferidos na ocasião do julgamento final e conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3937/SP e n° 3357/RS percebe-se dois posicionamentos. Uma análise formal do Ministro Marco Aurélio relator da ADI n° 3937/SP, a qual se restringe à análise da invasão de competências da União pelo Estado, e por outro lado, há o voto com uma abordagem mais substancial do Ministro Ayres Britto, relator da ADI n° 3357/RS em que ele posiciona-se pela constitucionalidade da Lei do Estado do Rio Grande do Sul, tendo em vista ser ela muito mais protetiva ao meio ambiente e à saúde do homem que a Lei federal que disciplina a matéria.

Apesar das substanciais diferenças nos dois votos é possível perceber algo em comum: a constatação de que se vivem tempos de extrema complexidade e relativização do conhecimento científico com a presença constante do risco. Ora, veja que estes são resquícios da sociedade pós-moderna, ou seja, as decisões judiciais estão sofrendo influências consideráveis do momento contemporâneo.

O Ministro Ayres Britto utiliza como um dos seus argumentos para posicionar-se pela constitucionalidade da lei, a ausência de níveis seguros para a utilização do amianto. Nesta passagem, ele cita o voto do Ministro Joaquim Barbosa em que é mencionado a Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) n° 348 de 16 agosto de 2004²⁰³ em que se admite que o grau de periculosidade do amianto é elevado e que não há limites seguros para sua utilização e exposição humana, conforme critérios adotados pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Também ficou reconhecido que telhas e caixas d'água feitos de crisótila são resíduos nocivos à saúde humana. O Ministro ainda salienta que a normativa estadual que proíbe a utilização do amianto está de acordo com o artigo 7°

²⁰² Apesar de o Município de Minaçu não ter sido autorizado a ingressar como *amicus curiae* no processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3357/RS a petição apresentada por ele apresentada ilustra bem esta situação. Por um lado o município de Minaçu afirma que o risco da exposição dos homens às fibras do amianto é mínimo, isso porque no período de 1990 a 2001 junto ao Cartório do município só foram registrados 3 (três) óbitos que mencionavam Asbestose como sendo a causa da morte, sendo que junto a este haviam outras causas. Por outro lado, na petição de *amicus curiae* da Abrea defende-se que é incontroverso os malefícios causados à saúde do homem em virtude da exposição ao amianto. Para sustentar esta tese apresenta dois estudos científicos, quais seja do Dr. Arthur Frank et al e do Dr. René Mendes. Conferir: *Amicus Curiae* do município de Minaçu e *Amicus Curiae* da Abrea. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2258854>. Acesso em: 07 de outubro de 2015.

²⁰³ Esta Resolução alterou a Resolução n° 307, de 5 de julho de 2002 do Conama incluindo o amianto na classe de resíduos perigosos.

da Constituição Federal que prevê como direito dos trabalhadores “a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.”. Ademais, o Ministro Ayres Brito conclui afirmando que a Lei estadual impugnada concretizou “o princípio econômico da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente (incisos III e IV do art. 170 da CF), de parilha com a proteção do trabalhador, da saúde pública e da defesa dos direitos humanos.”.

Por sua vez, no voto do Ministro Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP é também possível constatar a influência da noção do risco na sociedade. Ele afirma que é fato que o amianto traz riscos à saúde dos trabalhadores que a manuseiam. Para o Ministro a regulação do risco no momento contemporâneo é uma das funções estatais e então defenderá que a sociedade atual é uma “sociedade dos riscos”, conforme teoriza Ulrich Beck “marcada pelo uso de agentes nocivos ao ser humano e ao meio ambiente”. Esta atividade de gerenciamento dos riscos desempenhada pelo Estado no momento contemporâneo manifesta-se mais através do “sopesamento entre o risco e o benefício resultante da política específica. [...], ou seja, vão implicar a aceitação de certos danos prováveis em troca de benefícios maiores.”.

Em outra oportunidade, o Ministro menciona que apesar de existirem substitutos para o amianto, como o álcool polivinílico (PVA) e do polipropileno (PP), não há estudos conclusivos quanto aos reais efeitos da utilização destas substâncias substitutas, e nem mesmo sobre a toxicologia, ou seja, os estudos científicos por mais que anseiam a completude, ainda são insuficientes para proporcionar segurança à sociedade. Em suas palavras:

[...] o Supremo estaria substituindo um risco à saúde do trabalhador, fartamente conhecido e documentado, por outro, ainda ignorado pela literatura médica. No momento de fazer opções, a chave é buscar a conciliação entre benefícios e malefícios, distinguir entre riscos gerenciáveis e não gerenciáveis, entre eventos danosos, reversíveis e irreversíveis.

Em síntese, o Ministro Marco Aurélio afirma que ao realizar a substituição do amianto por outras substâncias, proceder-se-á apenas à substituição de riscos, tendo em vista que todas estas substâncias apresentam algum grau de nocividade e periculosidade ao meio ambiente e ao homem. A única diferença é que há mais estudos na literatura científica sobre o amianto do que sobre o álcool polivinílico e do polipropileno e estes podem ser ainda mais prejudicial à saúde, sendo imprevisíveis as suas consequências.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio ainda sustenta que, comumente, invoca-se o princípio da precaução quando da análise do caso, já que inexistem estudos científicos que possibilitem prever as consequências da exploração do amianto, ocorre que, para o Ministro tal postura é equivocada, em suas palavras:

No caso concreto, inexistem estudos suficientes acerca do impacto do crisotila sobre a fauna e a flora e do tempo que o mineral levará para perder a condição de agente patológico, após ser devolvido à natureza na forma de rejeito. Então, invoca-se a precaução para que o Poder Judiciário, substituindo o legislador, proíba o uso do amianto, em razão dos prejuízos ainda indeterminados que ele pode trazer ao meio ambiente e ao futuro. Devo assentar que me parece equivocada a interpretação do princípio da precaução que nele enxerga a exigência de paralisação de qualquer atividade que gere risco potencial à coletividade. É preciso ter presente a advertência de Paulo Bessa Antunes: “A única aplicação *juridicamente legítima* que se pode fazer do princípio da precaução é aquela que leve em consideração as leis existentes no País e que determine a avaliação dos impactos ambientais de uma certa atividade, conforme a legalidade infraconstitucional existente (Direito ambiental, 2012, p.39)”

Apesar de o Ministro discordar da maneira com que muitos interpretam e aplicam o princípio da precaução no momento contemporâneo, admite-se que ele é uma das ferramentas utilizadas para lidar com situações cujas consequências são incertas e imprevisíveis.

Continuando a assinalar os sinais de uma sociedade de risco, o Ministro Marco Aurélio defenderá o posicionamento, segundo o qual, em questões de política pública, de alta complexidade e grande repercussão social, como o caso em análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3357/RS e nº 3937/SP é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal adote uma:

[...] postura de deferência à solução jurídica encontrada pelos respectivos formuladores. Nesse sentido, assenta o Tribunal Constitucional Federal alemão: “A incerteza sobre os efeitos de uma lei em um futuro incerto não pode excluir a competência do legislador para aprova-la, mesmo que ela tenha um alto impacto” [...].

Veja que o Ministro afirma que, no momento contemporâneo o futuro apresenta-se incerto e este é um dos sinais da pós-modernidade, em virtude da constância do risco na sociedade e como bem destacado por Giddens (2000, p. 142), a noção de risco surge no momento em que se deseja controlar o futuro, na ânsia de poder dominar tudo o que esta a sua volta.

Outro fato relevante é que, como destacado por Beck, os riscos distribuem-se de maneira inversamente proporcional à riqueza, e é possível constatar tal fato no manuseio da substância do amianto, quando as pessoas que estão expostas a todos os riscos de contaminação são os trabalhadores das minas que manuseiam esta substância. Ademais as construções que utilizam materiais com o amianto, normalmente, são de pessoas de pouco poder aquisitivo.

Nestes termos, o Ministro Carlos Britto destacou em seu voto a seguinte passagem:

Lembro-me, ainda garoto em Sergipe, vendo aquelas pequenas casas nordestinas cobertas com telhados de amianto, e eu sabia o quanto de calor, o quanto de efeito estufa produzia aquele telhado e quanto era nocivo à saúde das pessoas, e vendo aquilo, escrevi qualquer coisa assim: Quando o sol bate de chapa nos telhados de amianto, não se sabe se esta batendo ou apanhando. Ou seja, nem o sol sabe se esta batendo ou apanhando tal insuportabilidade do calor dos telhados de amianto.

Veja que, mais uma vez estão consubstanciadas, no caso em análise, algumas das principais características da sociedade de risco, que como previa Beck, os riscos estão distribuídos de maneira inversamente proporcional à riqueza. No caso em estudo, os mais vulneráveis e suscetíveis aos malefícios da substância do amianto são os trabalhadores das minas e os moradores das casas mais humildes. Enquanto que, as classes de maior poder aquisitivo pouca ou nenhuma exposição aos malefícios do amianto estão submetidas, estando imunes aos riscos provenientes desta atividade.

De fato, foi possível perceber muitos aspectos da sociedade de risco na construção da maioria dos votos proferidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, especialmente nos votos dos Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ellen Gracie e Ayres Britto. Os principais aspectos encontrados são os seguintes: sensação de incerteza e insegurança, constatação do risco nas atividades, relativização do conhecimento científico, adoção do princípio da precaução e a vulnerabilidade das classes de menor poder aquisitivo com relação aos riscos.

4.3 O Supremo Tribunal Federal como agente tecnocrático no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 3937/SP n° 3357/RS

Os Poderes Executivo e Legislativo, regra geral, são os responsáveis pelas decisões políticas e sociais fundamentais de uma sociedade. Tais poderes são compostos por

indivíduos considerados como os representantes do povo, já que foram eleitos para representar e concretizar os interesses dos cidadãos e sempre devem buscar o bem comum para a sociedade.

Tal conjuntura dominou o cenário brasileiro por muito tempo, mas nos últimos anos este cenário tem sofrido algumas alterações. Estas mudanças devem-se ao fato de que os poderes políticos enfrentam uma grave crise de representatividade na sociedade, em virtude, especialmente, das constantes denúncias de corrupção. Acrescido a isso, destaca-se que na sociedade de momento contemporâneo têm surgido muitos casos controversos e polêmicos que tem ganhado muito destaque e repercussão, tanto na mídia como entre os cidadãos. Estes casos, geralmente, demandam de estudos científicos e dados técnicos para que sejam suficientemente esclarecidas todas as dúvidas e informações a respeito do tema.

Ocorre que, na atualidade em virtude do avançado desenvolvimento científico os resultados das pesquisas são muitas vezes conflitantes, o que acaba ocasionado também divergência quanto à legislação sobre casos complexos e polêmicos. Diante de legislações conflitantes, o Supremo Tribunal Federal é acionado para resolver o conflito. Dessa forma, muitas decisões políticas e sociais fundamentais para a sociedade têm ficado sob a responsabilidade do Poder Judiciário, em específico do Supremo Tribunal Federal. Assiste-se assim à transferência do domínio do poder estatal dos Poderes Legislativo e Executivo para o STF que passa a resolver questões políticas complexas e de grande repercussão social, fundamentais para a sociedade brasileira.

Combinado a esta conjuntura, há a conquistas por novos direitos políticos que altera a tradicional lógica na sociedade, assim como destacado por Beck (2008, p. 245)

Não foi o fracasso, mas o sucesso da política que conduziu à perda do poder de intervenção estatal e à deslocalização da política. Inclusive, é possível afirmar que: na atualidade, quanto mais direitos políticos foram conquistados e estabelecidos e efetivados, mais energeticamente se questionou o primado do sistema político e mais fictícia tornou-se a concentração decisória pretendida ao sistema político-parlamentar²⁰⁴.

Assim, na sociedade brasileira o Supremo Tribunal Federal passa a exercer este domínio do poder estatal, principalmente, através do exercício da jurisdição constitucional, como no caso da discussão envolvendo a substância do amianto branco no estado de São

²⁰⁴ Original: “No ha sido el fracaso sino el *éxito* de la política lo que ha conducido a la pérdida del poder de intervención del Estado y a la deslocalización de la política. Incluso se puede decir que, en el presente siglo, cuanto mayor ha sido el éxito en la lucha por los derechos políticos, por su *generalización y cumplimiento*, más acusadamente se cuestionó el primado del sistema político y más ficticia se hizo la vinculación de decisiones en la cúspide del sistema político y parlamentario.”.

Paulo e Rio Grande do Sul que está sendo analisada pelo STF através das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS.

A princípio, palavra final sobre a extração, comercialização, industrialização e utilização da substância amianto seria exclusiva do Poder Legislativo e Poder Executivo, órgãos políticos legitimados para tal função. Ocorre que, nesta situação, bem como em outras situações similares²⁰⁵, as controversas polêmicas e complexas que emergem na sociedade do momento contemporâneo acabam chegando ao Supremo Tribunal Federal, uma instituição formada por uma comunidade que tem o domínio da técnica do direito e que será responsável em por resolver, ao menos provisoriamente, esta discussão.

Destaca-se que o Poder Legislativo federal, através do poder que lhe foi conferido constitucionalmente, editou a Lei nº 9.055/95 que disciplinou a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto, bem como dos produtos que o contenham e as fibras naturais e artificiais, de qualquer origem. Por esta lei o amianto da variedade crisotila (asbesto branco) poderia ser extraído, industrializado, utilizado e comercializado, desde que de acordo com as disposições da referida lei.

Ainda de acordo com a Lei federal nº 9.055/95, cabe ao Poder Executivo fiscalizar as normas de segurança, higiene e medicina do trabalho, fiscalizar a distribuição do amianto da variedade crisotila, bem como das demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, para que eles não sejam fornecidos às empresas que descumprirem as disposições legais da referida lei e, por fim, o Poder Executivo estabelecerá normas de segurança, bem como sistemas de acompanhamento específicos para os setores de fricção e têxtil que utilizem amianto da variedade crisotila ou as fibras naturais ou artificiais utilizadas para o mesmo fim, para fabricação dos seus produtos, extensivas aos locais onde eles são comercializados ou submetidos a serviços de manutenção ou reparo²⁰⁶.

Ocorre que, na sociedade do momento contemporâneo não é possível afirmar que exista um consenso geral a respeito de algum fato ou produto e não é diferente com a substância do amianto branco. É possível encontrar estudos científicos que afirmam que o amianto da variedade crisotila não causa nenhum maléfico à saúde do homem e nem mesmo ao meio ambiente, mas da mesma forma é possível encontrar estudos em posição contrária a

²⁰⁵ Como exemplo cita-se: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4619/SP que versa sobre a rotulagem de produtos transgênicos no Estado de São Paulo, As Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3801/RS e nº 3947/PR que versam sobre a proibição de importação de pneus usados nos Estados do Rio Grande do Sul e do Paraná respectivamente e, por fim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 que versa sobre a permissão de utilização de células-troncos embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* para a realização de pesquisas e terapias.

²⁰⁶ Conferir artigo 3º, § 2º, artigo 6º e 8º da Lei nº 9.055/95. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm

esta. E assim, formam-se dois blocos na sociedade, os que defendem a utilização do amianto da referida variedade, bem como aqueles que são legítimos opositores a esta prática. Esta conjuntura, sem dúvida alguma reflete no Poder Legislativo e Executivo federal e estadual.

Assim, por um lado há no ordenamento jurídico brasileiro a Lei federal nº 9.055/95 que proíbe a extração, produção, industrialização e utilização da crocidolita (amianto azul) e permite a extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. E por outro lado, foram elaboradas diversas leis estaduais objetivando proibir qualquer tipo de manipulação do amianto branco, algumas estão vigentes, outras foram vetadas pelos governadores ou então declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

É possível perceber que, entre os Poderes Legislativos federal e estadual há uma oposição, o que tem gerado alguns inconvenientes para a sociedade. Assim, inevitavelmente tal controvérsia acabou sendo deslocada para que o Supremo Tribunal Federal resolvesse esta situação conflituosa.

Veja que, uma controvérsia que deveria ser resolvida estritamente no âmbito do Poder Legislativo e Poder Executivo, que são os reais e legítimos detentores do poder para solucionar tais questões, foi transferida para que o Poder Judiciário, especificamente para que o Supremo Tribunal Federal, uma instituição que não foi pensada, a princípio, para manifestar-se sobre questões políticas e sociais da sociedade, solucione o conflito. E destaca-se, este não é um caso peculiar e isolado, mas tal prática vem tornando-se cada vez mais comum e frequente na sociedade brasileira.

O Ministro Marco Aurélio alerta para este fato no voto proferido em sede de julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP. O Ministro, quando na fundamentação do voto no item “VII- Os princípios da separação de Poderes e da democracia” afirma que:

[...] cumpre analisar o argumento mais relevante, segundo penso, à defesa da constitucionalidade da legislação federal contestada. A solução fundamenta-se numa concepção particular das relações entre o Tribunal Constitucional, os poderes constituídos e os aspectos técnicos versados no caso.

O Ministro então esclarece que há uma tendência na sociedade brasileira de considerar os direitos fundamentais com estrutura normativa de princípios, assim, eles nada mais seriam que mandados de otimização. Ocorre que, dessa forma haveria um esvaziamento da competência legislativa “para conformar a ordem jurídica”.

Em outra oportunidade, o Ministro Marco Aurélio afirma que a controvérsia sobre o amianto da variedade crisotila é de alta complexidade e elevada repercussão social, configurando um real estado de incerteza cognitiva, e nestas situações “Cabe à sociedade, portanto, por intermédio de seus representantes, adotar posição quanto aos riscos advindos da incerteza.”. O Ministro então afirma que, o que está sendo questionado com esta afirmação não é a capacidade institucional do Supremo Tribunal Federal, mas a legitimidade institucional para tomar decisões em contexto de incerteza²⁰⁷.

Este posicionamento também é sustentado pela Ministra Ellen Gracie que em mais de uma oportunidade manifestou-se no sentido de que o Supremo Tribunal Federal não é uma academia de ciências, portanto não cabe a esta instituição estabelecer a nocividade de produtos. Este entendimento da Ministra foi expresso em diversos julgamentos, como no da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 e na ocasião julgamento da liminar na ADI nº 3937/SP.

Assim, o que tem acontecido nos últimos tempos, bem como é possível constatar na análise da controvérsia a respeito da substância do amianto branco, é que uma comunidade de interpretes do direito será a responsável por solucionar uma questão política e social fundamental para a sociedade brasileira.

E não é só. Além de esta controvérsia ser resolvida por técnicos em direito, quais sejam, pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, tal decisão tem se fundamentado até o momento, principalmente, em estudos científicos e dados técnicos que pouca ou nenhuma segurança podem oferecer à sociedade no contexto da incerteza e complexidade vivenciado pela sociedade contemporânea.

Tal situação é evidenciada ao analisar os votos proferidos até o momento pelos Ministros no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e 3357/RS, já que é possível perceber que frequentemente os Ministros, para fundamentar seus posicionamentos, recorrem a estudos científicos, quando as pesquisas científicas na atualidade não podem fornecer aos indivíduos um conhecimento certo e seguro. Tal fato também pode ser verificado no voto do Ministro Joaquim Barbosa, em sede de julgamento da liminar, bem como nos votos finais proferidos pelo Ministro Marco Aurélio e Ayres Britto, que fundamentam seus votos em pesquisas científicas, mas pesquisas que oferecem resultados contraditórios.

²⁰⁷ O Ministro Marco Aurélio sustenta em seu voto que há exceção a esta prática. Ele exemplifica afirmando que se “[...] um grupo populacional sofrer de modo desproporcional e injusto em razão de uma política majoritária, ao Poder Judiciário é permitido socorrer e remediar a situação.”.

No voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, em sede de liminar, foi mencionado o estudo científico de René Mendes que atesta que o amianto, em qualquer das variedades, causa maléficos à saúde humana, entre elas câncer de pulmão, asbestose e mesotelioma. Este voto subsidiou os posicionamentos adotados pela maioria dos Ministros e, inclusive, sustentou o indeferimento do pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP para suspensão da vigência da lei estadual questionada.

Por outro lado, no voto do Ministro Marco Aurélio, no julgamento final, um dos fundamentos do voto é um estudo científico denominado de “Projeto asbesto ambiental”, coordenado pelo Dr. Mario Terra Filho, que afirma existir razoável consenso sobre o fato de que a utilização do amianto, especificamente na composição de telhas de fibrocimento²⁰⁸, não ocasiona grandes prejuízos à população.

No voto final, proferido pelo Ministro Ayres Britto, há a menção aos estudos citados pelo Ministro Joaquim Barbosa no voto referente ao pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP. Segundo estes estudos, não há níveis seguros para a utilização do amianto, independente da variedade a que pertença. O Ministro Ayres Britto ainda faz alusão aos dados indicados no projeto da Lei estadual nº 11.643/01 que afirma que há comprovação de que o amianto é cancerígeno e, portanto muito prejudicial à saúde e cita ainda um estudo publicado na Alemanha pelo Ministério da Saúde, na década de 80, em que afirmava que “[...] o risco de câncer de pulmão de alguém exposto por toda a sua vida profissional ao nível de 0,001 f/cm³ era semelhante ao de fumar dois cigarros por ano durante igual período.”.

Nota-se então, que os estudos científicos disponíveis na sociedade do momento contemporâneo não podem oferecer um conhecimento seguro e sólido, não passando de meras suposições e especulações, isso porque como bem destacada por Beck a todo o momento uma descoberta científica leva a novas incertezas e assim sucessivamente.

Dessa forma, a sociedade do momento contemporâneo passa por um momento delicado e nunca antes vivido, já que decisões políticas e sociais fundamentais, como a que diz respeito sobre a substância do amianto branco, estão sendo tomadas por uma instituição que não foi criada para exercer tal função. E ela o faz baseando-se em estudos científicos e dados técnicos que não oferecem conhecimento seguro.

Assim, além da sensação de ilegitimidade da decisão política e social adotada pelo Supremo Tribunal Federal, já que os cidadãos não se veem representados pelos Ministros,

²⁰⁸ Esta é a principal finalidade para a qual o amianto é utilizado no Brasil.

destaca-se que estas decisões estão sendo baseadas e fundamentadas em dados técnicos e estudos científicos que não oferecem conhecimento seguro à sociedade e não alcançam consenso entre os pesquisadores e nem mesmo entre os cidadãos, o que repercute na aceitação da decisão pela sociedade.

O Ministro Marco Aurélio também faz outro alerta quando na fundamentação de seu voto proferido no julgamento final da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e esclarece que “[...] o Tribunal tem conhecimento limitado dos efeitos tanto das políticas públicas envolvendo o uso controlado do amianto quanto das consequências práticas que a decisão do Tribunal pode gerar, se vier a optar pelo banimento.”.

E então, em defesa de um minimalismo judicial defendido por Cass Sustein, o Ministro Marco Aurélio esclarece que a controvérsia a respeito do amianto é uma questão constitucional de alta complexidade técnica e que a decisão afetará milhões de pessoas com consequências imprevisíveis e que não conseguiu alcançar consenso nem mesmo entre os órgãos da União, como foi possível perceber na ocasião da audiência pública. Assim, é necessário que o Supremo Tribunal Federal adote “uma postura de deferência à solução jurídica encontrada pelos respectivos formuladores.”.

Assim, mais uma vez com o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS pelo Supremo Tribunal Federal, a sociedade presencia mais uma decisão política e social fundamental, de alta complexidade e grande repercussão social, sendo tomada por técnicos em direito, e não por agentes políticos, e baseada em estudos científicos e dados técnicos, concretizando as duas vertentes da tecnocracia analisadas neste estudo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações aqui explicitadas não objetivam apontar e analisar toda a problemática desenvolvida neste estudo, tão pouco apresentar uma conclusão definitiva sobre a temática. Buscou-se, apenas, chamar a atenção para a necessidade de uma nova concepção de sociedade e sistema jurídico, tendo o Supremo Tribunal Federal um papel de destaque quando o assunto é questões políticas e sociais complexas, polêmicas e de grande repercussão social.

A sociedade do momento contemporâneo, comumente denominada de pós-moderna ou sociedade de risco, tem passado por muitas transformações que têm ocasionado impactos em diversos aspectos da vida cotidiana. Na atualidade, experimenta-se uma intensa sensação de transformações, marcadas especialmente, pela complexidade científica, social, política e jurídica.

Tal complexidade engloba a relativização das ciências, que não podem mais oferecer um conhecimento seguro e estável, assim a sociedade passa a ter a consciência de que toda atividade desenvolvida, bem como toda decisão tomada acarreta riscos.

Esta constatação tem ocasionado muitas mudanças na sociedade brasileira, especialmente quanto à tomada das decisões políticas e sociais de alta complexidade e grande repercussão social. Uma das principais mudanças refere-se à atuação do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional, já que esta instituição passa a ser a responsável por muitas destas decisões.

Ocorre então, o deslocamento do âmbito decisório do campo da política para o jurídico, o que tem gerado alguns questionamentos, especialmente quanto à legitimidade destas decisões, que são tomadas, principalmente, através do exercício da jurisdição constitucional no controle de constitucionalidade abstrato das leis.

Esta forma de controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal recebe muitas críticas e é visto com desconfiança por alguns setores da sociedade já que são decisões contramajoritárias, proferidas por um órgão jurídico, cuja composição em nada representaria a sociedade, ao contrário do que ocorre com os Poderes Executivo e Legislativo, órgãos genuinamente considerados como legítimos representantes do povo.

No entanto, nos últimos tempos, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo têm recebido diversas denúncias relacionadas à corrupção dos agentes políticos, o que têm ocasionado uma considerável crise de representatividade na sociedade, abalando a confiança antes estabelecida entre sociedade e agentes políticos, que passam a ser encarados como

ameaças aos interesses da sociedade. Ademais, surgem questões polêmicas e complexas, típicas de uma sociedade de risco, que ocasionam conflitos entre as leis e entre leis e a Constituição ou, então, nestas situações os poderes políticos preferem não tomar decisões com medo das consequências políticas que podem sofrer. Estes são os principais fatores que têm influenciado na transferência do poder decisório sobre as questões políticas e sociais fundamentais dos Poderes Legislativo e Executivo para o Supremo Tribunal Federal.

Neste contexto, grande notoriedade é conferida ao Supremo Tribunal Federal, que passa a ser identificado na sociedade brasileira como o guardião da Constituição e principal efetivador e garantidor dos direitos fundamentais, sendo o principal responsável pelas decisões políticas e sociais fundamentais para a sociedade brasileira, tornando-se o governante da sociedade brasileira, mesmo diante de argumentos da sociedade que alegam a sua ilegitimidade.

Ocorre que, tal situação tem transformado o Supremo Tribunal Federal em um agente tecnocrático na sociedade brasileira do momento contemporâneo, já que técnicos em direito (Ministros do STF) estão sendo os principais responsáveis por decisões políticas e sociais importantes e tais decisões têm sido subsidiadas, principalmente, em dados técnicos e estudos científicos, ou seja, fontes extrajurídicas.

Desse modo, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 3937/SP e n° 3357/RS serviram para exemplificar toda a problemática trazida no presente estudo. Elas representam algumas características da pós-modernidade, com a emergência do Supremo Tribunal Federal como agente tecnocrático, bem como evidenciam a influência da sociedade de risco nos votos proferidos até o momento no julgamento das ADIns. Nos votos, os Ministros afirmam que a sociedade contemporânea trata-se de um ambiente complexo, dominado pela sensação de incerteza e insegurança, especialmente sobre os dados técnicos e estudos científicos, e que o risco, na atualidade, é inerente à vida humana em sociedade.

Os votos proferidos no julgamento do pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 3937/SP, independente do posicionamento, se a favor ou contra a concessão da liminar já apresentam a influência da sociedade de risco na argumentação da maioria dos Ministros. A variável risco, à saúde e ao meio ambiente, aparece nos votos dos Ministros que abandonam uma análise formal da inconstitucionalidade e adotam um posicionamento próximo do substancialista. Esta variável torna-se mais perceptível nos dois votos proferidos em sede de julgamento final das Ações Diretas de Inconstitucionalidade analisadas neste trabalho, quando é possível identificar mais duas variáveis, incerteza e insegurança.

Tanto o Ministro Marco Aurélio quanto o Ministro Ayres Britto destacam a presença da incerteza e da insegurança do momento contemporâneo. O Ministro Marco Aurélio afirma que não há estudos suficientes sobre as consequências do crisotila na fauna e na flora e nem mesmo do tempo que a substância levará para perder a suas nocividades. Em outra oportunidade o Ministro destaca que em se tratando de situações de incerteza caber à sociedade, através de seus representantes adotar medidas a respeito da situação, visando sanar a controvérsia. Por sua vez, o Ministro Ayres Britto, remetendo-se ao voto do Ministro Joaquim Barbosa, na ocasião do julgamento do pedido de liminar, destaca que não há níveis seguros para a utilização do amianto.

Como destacado nos votos dos Ministros, não foi possível chegar a um consenso sobre as consequências da utilização do amianto branco, se maléficos ou indiferentes à saúde humana e ao meio ambiente. É possível encontrar, conforme exposto nos votos, estudos científicos afirmando que a substância é altamente prejudicial à saúde do homem, bem como os que atestam que o amianto branco não traz nenhum prejuízo ao homem.

Como esta decisão está sendo tomada através do exercício da jurisdição constitucional ela não é isenta de questionamentos quanto à sua legitimidade democrática, já que um órgão jurídico está decidindo questões sociais e políticas da sociedade. Na tentativa de amenizar estes questionamentos, o Supremo Tribunal Federal, assim como previa Rawls tem tentado desempenhar o seu papel de razão pública, já que os Ministros têm promovido um debate sobre as questões relacionadas à substância do amianto e também têm possibilitado que a sociedade, através do *amicus curiae* e das audiências públicas, traga sua contribuição ao julgamento. Ademais, os Ministros têm justificado e fundamentado seus votos utilizando-se de argumentos baseados na Constituição Federal, bem como em princípios e valores constitucionais. Isso se explica, já que é necessário que o Tribunal proteja a sociedade de interesses particulares, estreitos e organizados das majorias e isso só é possível quando suas decisões estejam baseadas em argumentos constitucionais válidos, e que sejam expostas para a sociedade toda a motivação dos votos, de forma que ela compreenda as razões que levaram àquelas decisões.

Constatou-se também, a partir da análise do julgamento do pedido de liminar para a suspensão da Lei estadual nº 12.684/07, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP, o potencial deliberativo que a Corte pode exercer. Nota-se que, neste julgamento, dois Ministros, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, mudaram o posicionamento em seus votos após ouvirem os argumentos suscitados nos votos do Ministro Joaquim Barbosa e do Ministro Eros Grau. Veja que, desse modo o Tribunal passa a ter um importante papel na

concretização e fortalecimento da democracia deliberativa na sociedade brasileira e através desta prática, surge um ponto muito importante para a consolidação da democracia que é a suavização do desacordo existente entre os indivíduos que, na atualidade, estão decidindo os rumos e o futuro da sociedade brasileira.

Ademais, através da prática deliberativa ainda é possível justificar racionalmente a construção das decisões, expondo os motivos e os argumentos que levaram aquele posicionamento, além disso, a deliberação e a discussão que ocorre durante a sessão de julgamento facilita a compreensão dos interesses e anseios dos membros da sociedade, contribuindo para a construção de uma decisão mais justa e adequada aos anseios sociais e constitucionais suavizando os questionamentos sobre a legitimidade da decisão.

Foi possível constatar ainda, que a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, quando no exercício da jurisdição constitucional analisam casos de alta complexidade e de muita controvérsia, típicos de uma sociedade de risco, adotam uma postura próxima ao substancialismo, fugindo de uma análise estritamente formal da constitucionalidade da lei, pelo contrário, acabam adentrando em temas polêmicos e debates científicos controversos.

No julgamento do pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3937/SP é possível perceber que a maioria dos Ministros, dos 10 (dez) Ministros que participaram especificamente 7 (sete), adentraram em debates científicos aprofundados apontando estudos científicos desenvolvidos na área. Ademais, conforme destacado no voto proferido pelo Ministro Eros Grau, cogitou-se uma possível inconstitucionalidade indireta, tendo com objeto a Lei federal nº 9.055/95, responsável por disciplinar o amianto no âmbito nacional. Os outros 3 (três) Ministros limitaram-se a realizar uma análise estritamente formal da constitucionalidade da Lei estadual nº 11.643/01. Para estes Ministros a inconstitucionalidade da Lei do estado de São Paulo está consubstanciada na invasão de competências da União pelo Estado.

Destaca-se, que dos 10 (dez) Ministros que participaram do julgamento do pedido de liminar na ADI nº 3937/SP, apenas 4 (quatro) continuam integrando o Supremo Tribunal Federal são eles: Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Celso Mello e Marco Aurélio. Destes, os três primeiros votaram pela não concessão da liminar, enquanto o Ministro Marco Aurélio votou pela concessão. Sendo que, tanto o Ministro Ricardo Lewandowski, quanto a Ministra Cármen Lúcia mudaram seus posicionamentos, após ouvirem o voto do Ministro Joaquim Barbosa e do Ministro Eros Grau, votos estes que afirmavam tratar-se de uma questão muito complexa e polêmica que demandava uma análise mais cuidadosa pelos

Ministros e especificamente o Ministro Joaquim Barbosa utilizou-se de estudo científico para fundamentar seu posicionamento.

Os 4 (quatro) Ministros que ainda integram o Supremo Tribunal Federal apresentam posicionamentos divergentes, quanto à inconstitucionalidade das Lei estaduais que proíbem a utilização do amianto branco. Este contexto implica que o julgamento final das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS é uma grande incógnita para a sociedade, sobretudo porque como esclarecido, em muitas oportunidades o Supremo Tribunal Federal não se comporta como uma instituição, mas apenas com a soma dos votos dos Ministros que a compõem.

De maneira geral, apesar das críticas a respeito da legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal, especialmente para resolver questões políticas e sociais, na sociedade contemporânea complexa e com a presença constante do risco em toda a atividade humana, ele tem sido o principal responsável por estas decisões. Fato que pode ser constatado através da análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3937/SP e nº 3357/RS que trata-se de uma controvérsia complexa, polêmica que envolve riscos e que repercutirá sobre um número indeterminado de pessoas.

Assim, a sociedade brasileira do momento contemporâneo tem assistido a uma atuação cada vez mais expansiva do Supremo Tribunal Federal, passando a ser o responsável por decisões fundamentais para a sociedade relativas a políticas públicas de alta complexidade, como no caso do amianto, dando ares de tornar-se o próprio governante da sociedade brasileira. No entanto, não se pode ignorar a limitação vivida pela instituição para tomar decisões de alta complexidade em um contexto de incertezas e que envolvem riscos que serão enfrentados por toda a sociedade. Assim, o principal questionamento, como bem destacado pelo Ministro Marco Aurélio é quanto à legitimidade institucional do Supremo Tribunal Federal para tomar decisões em contexto de incerteza como o momento contemporâneo.

REFERÊNCIAS

- ABREA, **Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto**. Disponível em: <http://www.abrea.org.br/>. Acesso em 10 de junho de 2015.
- ALBROW, Martin. **The Global Age**. Stanford: Stanford University Press, 1997.
- ALEXY, Robert. **El concepto y la validez del derecho**. Barcelona: Gedisa, 1997.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- ANDERSON, Perry. **As origens da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.
- ARANTES, Rogério Bastos. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: **Sistema Político Brasileiro: uma introdução**. Org. Lúcia Avelar, Antônio Octávio Cintra. Todos os direitos desta edição reservados: Fundação Konrad Adenauer. Editora Unesp: São Paulo, 2004, p. 79-107.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito pós-moderno. In: **Revista USP**. São Paulo, n.42, p. 96-101, junho/agosto 1999, p. 96-101.
- BAGGIO, Roberta Camineiro. Tensionamentos sociais e justiça de Transição: contribuições ao constitucionalismo latino-americano. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 2 - mai-ago 2014, p. 627-661. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/6021/3297>. Acesso em: 2 de dezembro de 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3º Ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-48.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: **[Syn] Thesis**, Rio de Janeiro, vol. 5, n.1 2012, p. 23-32. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>. Acesso em: 24 de outubro de 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva: judicialização, ativismo e legitimidade democrática. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador- Bahia- Brasil, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-18-ABRIL-2009-LUIS%20BARROSO.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. **Bauman sobre Bauman: diálogos com Keith Tester**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 11 – 72.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Siglo Veintiuno de España Editores: Madrid – España, 2002.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós Básica, 2008.

BENEVIDES, Cláudia do Valle. **Um Estado de Bem-Estar Social no Brasil?**. Dissertação- Universidade Federal Fluminense. Disponível em: http://www.proac.uff.br/cede/sites/default/files/EBES_no_Brasil__2_dissertacao_benevides.pdf. Acesso em: 25/06/2015.

BENHABIB, Seyla. Sobre um modelo deliberativo de legitimidade democrática. In: **Democracia Deliberativa**. Orgs e trad. Denilson Luis Werle, Rúrion Soares Melo. São Paulo: Esfera Pública, 2007, p. 47-80.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4º edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. Duzentos anos de jurisdição constitucional: As lições de Marbury v. Madison. In: **Revista eletrônica de Direito do Estado**. Nº 28, outubro/novembro/dezembro de 2011, Salvador, Bahia, Brasil. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gustavo-binenbojm/duzentos-anos-de-jurisdicao-constitucional-as-lico-es-de-marbury-v-madison>. Acesso em: 27 de julho de 2015

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós-modernidade**. In Revista Sequência, nº 57, p. 131-152, dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/2177-7055.2008v29n57p131/13642>. Acesso em: 10 de maio de 2016.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política I**; trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11º ed., 1998.

BONALDO, Frederico; BENEDUZI, Renato Resende. Razão Prática e Razão Teórica. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2009, p.690-695.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004a.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). In: **Estudos Avançados**, 18 (51), 2004b, p. 127-150. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-40142004000200007&script=sci_arttext. Acesso em: 8 de junho de 2015.

BRASIL, Congresso Nacional. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 2 de junho de 2015.

BRASIL. **Instituto Nacional de Câncer (INCA)**. Disponível em: http://www1.inca.gov.br/conteudo_view.asp?ID=15. Acesso em: 20 de maio de 2015.

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei nº 9.055 de 1º de junho de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm. Acesso em: 15 de julho de 2015.

BRASIL, Congresso Nacional. **Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em 23 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2396**. Governador do Estado de Goiás e Governador do Estado do Mato Grosso do Sul e Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Ellen Gracie. 08 de maio de 2003. Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em: 01 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2656**. Governador do Estado de Goiás e Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Min. Maurício Corrêa. Data do julgamento: 08 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2656&processo=2656>. Acesso em 20 de junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3356/PE**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) e Governador do Estado de Pernambuco Assembleia Legislativa Do Estado De Pernambuco. Relator: Min. Eros Grau. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3356&processo=3356>. Acesso em: 14 de outubro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3357/RS**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria e Governador do Estado do Rio Grande do Sul Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Brito. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3357&processo=3357>. Acesso em 15 de junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510/DF**. Procurador-Geral da República e Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Luís Roberto Barroso. Data do julgamento: 29/05/2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3510&processo=3510>. Acesso em 24 de agosto de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3937/SP**. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria e Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em <www.stf.gov.br> Acesso em 01 junho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4066/DF**. Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4066&processo=4066>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 4619/SP**. Confederação Nacional da Indústria (CNI) e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo Governador do Estado de São Paulo. Relator: Min. Rosa Weber. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=4619&processo=4619>. Acesso em: 30 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101/DF**. Presidente da República e Supremo Tribunal Federal Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Juízes Federais das 2º, 3º, 5º, 7º, 8º, 11º, 14º, 15º, 16º, 17º, 18º, 20º, 22º, 24º e 29º Vara Federais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro Juiz Federal da 4ª Vara Federa da Seção Judiciária de São Paulo. Relator: Min. Cármen Lúcia. Data do julgamento: 04/06/2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=101&processo=101>. Acesso em 5 de outubro de 2015.

BULLA, Beatriz. **Ayres Britto diz que a inércia do Legislativo impõe ‘experimentalismo ao STF**. Agência Estado, 20 de maio de 2013. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,ayres-britto-diz-que-inercia-do-legislativo-impoe-experimentalismo-ao-stf,1033757>. Acesso em: 22 de outubro de 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2º edição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Ernani Rodrigues. Em busca da Judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. In: **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, 23, p. 115-126, nov. 2004.

CITTADINO, Poder Judiciário, ativismo Judiciário e democracia. In: **Revista Alceu**, 2004, p. 105-113. Disponível em: http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf. Acesso em: 12 de setembro de 2015.

CHRISTIANO, Thomas. A importância da deliberação pública. In: **Democracia Deliberativa**. Orgs e trad. Denilson Luis Werle, Rúrion Soares Melo. São Paulo: Esfera Pública, 2007, p. 81-115.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Janeiro-junho, 2011, p. 75-83. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/777>. Acesso em: 23 de outubro de 2015.

COMTE, Auguste. **Os Pensadores: Comte**. São Paulo, Abril Cultural, 1978.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Disponível em: http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf. Acesso em: 23 de setembro de 2014.

DENNINGER, Erhard. Segurança, diversidade e solidariedade ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade. In: **Revista brasileira de estudos políticos**, nº 88. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p.21-45.

DINIZ, Antônio Carlos. Pós-modernismo. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Coordenador. Vicente de Paulo Barretto. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009, p. 647-650.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à ciência do Direito**. 18º ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Trad. Juliana Lemos. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Editora Livrara do Advogado, 2010, p. 11-60.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010, p. 87-104.

FARIA, José Eduardo. Introdução. In: **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. Org. José Eduardo de Faria. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010, p. 5-13.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. In: **Revista USP**, São Paulo, n.21, 1994, p. 46-57.

FAVOREU, Louis. **As Cortes Constitucionais**. São Paulo: Landy Livraria Editora e Distribuidora Ltda, 2004.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino e MOREIRA, Luiz (orgs.). In: **Limites do controle de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 41-63.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. Constitutional Adjudication: Lessons from Europe. In: **Texas Law Review**. Disponível em: http://is.muni.cz/el/1422/jaro2013/MVV2868K/um/FEREJOHN_PASQUINO_-_Constitutional_Adjudication_-_Lessons_from_Europe.pdf. Acesso em: 5 de novembro de 2015.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. **Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional**. Brasília a. 48 n. 189 jan./mar. 2011, p. 105-131. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf?sequence=1>. Acesso em: 5 de outubro de 2014.

FERREIRA, Ruan Espíndola; SILVA, Alexandre Garrido. **Possibilidade da aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática**. 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33e8075e9970de0c>. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

FRANK, Jurgen. A sociedade pós-industrial e seus teóricos. In: **Tecnocracia e Ideologia**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1975, p. 85-120.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GIDDENS, Anthony; PIERSON, Christopher (eds). **Conversas com Anthony Giddens: O Sentido da Modernidade**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.

GIDDENS, Anthony. Risco, confiança, reflexividade. In: In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 219-235.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**. vol. 747, Jan / 1998, p. 35-52.

HABERMAS, Jurgen. **Na esteira da tecnocracia: pequenos escritos políticos XII**. Tradução: Luiz Repa. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HART, Herbert. **El concepto de derecho**. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?**. Madrid: Editora Tecnos, 1931.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 6º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LASH, Scott. A reflexividade e seus duplos: estrutura, estética, comunidade. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 135-207.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo tribunal federal**. Dissertação de Mestrado: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2008. Disponível em: http://www.idp.edu.br/component/docman/doc_download/188-ativismo-ou-altivez-o-outro-lado-do-supremo-tribunal-federal. Acesso em: 10 de novembro de 2015.

LENK, Hans. Tecnocracia e tecnologia: notas sobre uma discussão ideológica. In: **Tecnocracia e Ideologia**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1975, p. 121-144.

LINARES, Sebastián. **La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. México: Universidade Iberoamericana, 2006.

LYOTARD, Jean François. **O Pós-moderno**. Rio de Janeiro: José Olympio ed., 2013.

MACHADO, Ana Mara França; VOJVODIC, Adriana de Moraes; CARDOSO, Evorah Lusci Costa. “Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF”. In: **Revista Direito GV**, v. 5, p. 21-44, 2009. Disponível em < <http://www.direitogv.com.br/sites/default/files/>>. Acesso em: 20 de julho de 2015.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Teoria do risco. In: **Dicionário de filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2009, p. 734-738.

MAIA, Antônio Cavalcanti; DINIZ, Antônio Carlos. Pós-positivismo. In: **Dicionário de filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2009, p. 650-654.

MANIN, Bernard. Legitimidade e deliberação política. In: **Democracia Deliberativa**. Orgs e trad. Denilson Luis Werle, Rúrion Soares Melo. São Paulo: Esfera Pública, 2007, p. 15-47.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS, Carlos Estevan. Tecocracia ou tecnoassessoria? In: **Revista de Administração de Empresas**. vol.10 no.3 São Paulo July/Sept. 1970, p. 39-60. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75901970000300002&script=sci_arttext. Acesso em: 25 de novembro de 2015.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do Patrimônio Público: comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. 3º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **O Direito do Consumidor e a renovação do Direito privado**. Texto cedido pelo Autor, 2014.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

MAUÉS, Antônio Gomes Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. Dimensões da judicialização da política no Brasil: as Adins dos partidos políticos. In: **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. SCAFF, Fernando Facury. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3-39.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. **Energia nuclear, preempção e regulação do risco (ADI 1575)**. 16 de junho de 2010. Disponível em: <http://estadoderisco.org/2010/06/energia-nuclear-preempcao-e-regulacao-do-risco-adi-1575/>. Acesso em 16 de setembro de 2015.

MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. O direito na sociedade de risco. In: **Ciência e Cultura**. 2009, vol.61, nº.2, p.11-13. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252009000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em 16 de setembro de 2015.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011a.

MENDES, Conrado Hubner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: **Direito e Interpretação: racionalidade e instituições**. Org. Ronaldo Porto Macedo Jr, Catarina Helena Cortada Barbieri. São Paulo: Editora Saraiva, 2011b, p. 337-361.

MENDES, Conrado Hubner. **Onze ilhas**. Artigo publicado na Folha de São Paulo em 01/02/2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em: 13 de novembro de 2015.

MENDES, Conrado Hubner. O projeto de uma corte deliberativa. In: **Jurisdição constitucional no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 53-74.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigodiscurso/anexo/munster_port.pdf. Acesso em: 12 de novembro de 2015.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópic e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MERINO, Noemí Sanz. La apropiación política de la ciencia: origen y evolución de una nova tecnocracia. In: **Revista Iberoamericana de ciência tecnología y sociedade**. 2008. Disponível em: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1850-00132008000100007&script=sci_arttext. Acesso em: 22 de dezembro de 2015.

MOLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu. Democracia Deliberativa. In: **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Renovar, 2009, p. 195-199.

NIEDERAUER, Juliano. **Ditadura Militar no Brasil - 1964 – 1985**. Disponível em: <http://www.sohistoria.com.br/ef2/ditadura/p1.php>. Acesso em: 9 de agosto de 2014.

OFFE, Claus. O dilema político da tecnocracia. In: **Tecnocracia e Ideologia**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1975, p.70-84.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Poder Judiciário e Democracia. In: **A Constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, p. 49-56.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **A tecnocracia jurídica: a comunidade de intérpretes do direito e o enfraquecimento democrático**. Rio de Janeiro, 2008. 234 p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

PASCUAL, Gabriel Doménech. **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos**. Madrid, 2006.

PASTANA, Debora Regina. Mudanças Sociais Contemporâneas. In: **Crítica e Sociedade: Revista de Cultura Política**. Vol. 2 nº 2, 2013, p. 153-170. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/criticasociedade/article/download/23249/14531>. Acesso em: 4 de fevereiro de 2015.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de Direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: **A nova interpretação constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3º Ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 119-192.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2ºed. São Paulo: Editora Ática, 1993.

RIO GRANDE DO SUL, Assembleia Legislativa. **Lei 11.643 de 21 de junho de 2001**. Disponível em:

http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXT0&Hid_TodasNormas=1869&hTexto=&Hid_IDNorma=1869. Acesso em: 11 de novembro de 2015.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Os 10 anos da Constituição Federal, o Poder Judiciário e a construção da Democracia no Brasil. In: **A Constituição democrática brasileira e o Poder Judiciário**. São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung, 1999, p.3-20.

ROTH, André-Noel. O direito em crise: fim do estado moderno? In: **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. Org. José Eduardo de Faria. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010, p. 15-28.

ROTHEN, José Carlos. Apresentação. In: **Capitalismo, tecnocracia e educação: da utopia social Saintsimoniana à economia (neo)liberal Friedmaniana**. Jundiaí/SP: Paco Editorial, 2015, p. 7-8.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Boaventura defendendo o Estado forte. In: **Correio do Povo**. Seção Geral. Porto Alegre, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Do pós-moderno ao pós-colonial: e para além de um e outro**. 2004a. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/misc/Do_pos-moderno_ao_pos-colonial.pdf. Acesso em: 15 de abril de 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. **Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas**. 2015. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm. Acesso em: 20 de junho de 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A globalização e as ciências sociais**. 4 ed. São Paulo: Cortez, 2011, cap. 1, p. 25-102.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o Direito. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 30, junho de 1990, p. 13-43.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 5.ed – São Paulo: Cortez, 1999.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. **Violências e dilemas do controle social nas sociedades da "modernidade tardia"**. São Paulo Perspec. vol.18 no.1 São Paulo Jan./Mar. 2004b. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100002. Acesso em: 4 de agosto de 2014.

SÃO PAULO, Assembleia Legislativa. **Lei 10.813 de 24 de maio de 2001**. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2001/alteracao-lei-10813-24.05.2001.html>. Acesso em: 20 de agosto de 2015.

SÃO PAULO, Assembleia Legislativa. **Lei 12.684 de 26 de julho de 2007**. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/lei-12684-26.07.2007.html>. Acesso em: 11 de novembro de 2015.

SÃO PAULO, Núcleo de Pesquisas de Políticas Públicas da Universidade de. **Projeto Temático “Brasil, 25 anos de democracia – balanço crítico: Políticas Públicas, Instituições, Sociedade Civil e Cultura Política – 1988 / 2013”**. Processo: 11/50771-8. Disponível em: http://nupps.usp.br/downloads/relatorio/RELATORIO_FINAL_16_04_2013.pdf. Acesso em: 18 de julho de 2015.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, Alexandre Garrido da. Direito, correção normativa e institucionalização da justiça. In: **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, ano 1, n. 1, jan./mar. 2006, p. 331-346.

SILVA, Alexandre Garrido; Ferreira, Espíndola, Ruan. **Possibilidade da aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33e8075e9970de0c>. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. Neoconstitucionalismo e hermenêutica jurídica: a dura busca da construção da condição de possibilidade do resgate das promessas da modernidade na região marginal ao sistema global. In: **Revista Justiça do Direito**, v. 24, n. 1, 2010 - p. 9-60. Disponível em: <http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/download/2143/1383>. Acesso em: 30 de julho de 2015.

SILVA, Virgílio Afonso. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. In: **Revista de Direito Administrativo** 250(2009): 197-227. Disponível em: http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2009-RDA250-STF_e_deliberacao.pdf. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed.rev., atual. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SORJ, Bernardo; MARTUCCELLI, Danilo. **O desafio latino-americano: Coesão social e democracia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da "última palavra" e alguns parâmetros de autocontenção judicial. In: **Revista Quaestio Iuris**, vol.06, nº02. ISSN 1516-0351 p. 119-161. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/11773/9225>. Acesso em: 02 de novembro de 2015.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in robes: why extreme right-wing Courts are wrong for America**. New York: Basic Books, 2005.

TASCHNER, Gisela B. A pós-modernidade e a Sociologia. In: **Revista USP**, São Paulo, fn.42, p. 6-19, junho/agosto 1999, p. 6-19.

TAVARES, Rodrigo de Souza; e BERMAN, José Guilherme. **Teorias Dialógicas e os sistemas de Constituições não escritas: O caso Israelense**. In: Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. 2009. p. 2165. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2259.pdf. Acesso em: 27 de outubro de 2015.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. In: **Temas de Direito Civil**. Tomo III, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 41-64.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin Moraes. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, vol. 2, Outubro de 2010, p. 1151-1162.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. In: **Tempo Social – Revista de Sociologia da USP**, v.19, n.2, 2007, p. 39-85. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547/14324>. Acesso em: 21 de maio de 2015.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VIEIRA, José Ribas *et al.* Verso e reverso: a judicialização da política e o ativismo judicial no Brasil. In: **Estação Científica (Ed. Especial Direito) Juiz de Fora**, V.01, n.04, outubro e novembro/2009. Disponível em: <http://portaladm.estacio.br/media/2654368/artigo%203%20revisado.pdf>. Acesso em: 24 de outubro de 2015.

WALDRON, Jeremy. A essência da oposição ao judicial review. In: BIGIONHA, Antonio Carlos A. e MOREIRA, Luiz (orgs). **Legitimidade da Jurisdição Constitucional**. Coleção ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: ANPR/Lumen Juris, 2010, p. 93-157.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução: José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

ANEXOS

Anexo A – Lei federal nº 9.055 de 1º de junho de 1995

LEI Nº 9.055, DE 1 DE JUNHO DE 1995.

Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º É vedada em todo o território nacional:

I - a extração, produção, industrialização, utilização e comercialização da actinolita, amosita (asbesto marrom), antofilita, crocidolita (amianto azul) e da tremolita, variedades minerais pertencentes ao grupo dos anfibólios, bem como dos produtos que contenham estas substâncias minerais;

II - a pulverização (spray) de todos os tipos de fibras, tanto de asbesto/amianto da variedade crisotila como daquelas naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei;

III - a venda a granel de fibras em pó, tanto de asbesto/amianto da variedade crisotila como daquelas naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei.

Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinhas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, consideram-se fibras naturais e artificiais as comprovadamente nocivas à saúde humana.

Art. 3º Ficam mantidas as atuais normas relativas ao asbesto/amianto da variedade crisotila e às fibras naturais e artificiais referidas no artigo anterior, contidas na legislação de segurança, higiene e medicina do trabalho, nos acordos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil e nos acordos assinados entre os sindicatos de trabalhadores e os seus empregadores, atualizadas sempre que necessário.

§ 1º (VETADO)

§ 2º As normas de segurança, higiene e medicina do trabalho serão fiscalizadas pelas áreas competentes do Poder Executivo e pelas comissões de fábrica referidas no parágrafo anterior.

§ 3º As empresas que ainda não assinaram com os sindicatos de trabalhadores os acordos referidos no caput deste artigo deverão fazê-lo no prazo de 12 (doze) meses, contados a

partir da publicação desta Lei, e a inobservância desta determinação acarretará, automaticamente, o cancelamento do seu alvará de funcionamento.

Art. 4º Os órgãos competentes de controle de segurança, higiene e medicina do trabalho desenvolverão programas sistemáticos de fiscalização, monitoramento e controle dos riscos de exposição ao asbesto/amianto da variedade crisotila e às fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei, diretamente ou através de convênios com instituições públicas ou privadas credenciadas para tal fim pelo Poder Executivo.

Art. 5º As empresas que manipularem ou utilizarem materiais contendo asbesto/amianto da variedade crisotila ou as fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei enviarão, anualmente, ao Sistema Único de Saúde e aos sindicatos representativos dos trabalhadores uma listagem dos seus empregados, com indicação de setor, função, cargo, data de nascimento, de admissão e de avaliação médica periódica, acompanhada do diagnóstico resultante.

Parágrafo único. Todos os trabalhadores das empresas que lidam com o asbesto/amianto da variedade crisotila e com as fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei serão registrados e acompanhados por serviços do Sistema Único de Saúde, devidamente qualificados para esse fim, sem prejuízo das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde interna, de responsabilidade das empresas.

Art. 6º O Poder Executivo determinará aos produtores de asbesto/amianto da variedade crisotila, bem como das fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei, que não forneçam estes materiais às empresas que estejam descumprindo qualquer disposição deste diploma legal.

Parágrafo único. Acontecendo o previsto no caput deste artigo, o Governo Federal não autorizará a importação da substância mineral ou das fibras referidas no art. 2º desta Lei.

Art. 7º Em todos os locais de trabalho onde os trabalhadores estejam expostos ao asbesto/amianto da variedade crisotila ou das fibras naturais ou artificiais referidas no art. 2º desta Lei deverão ser observados os limites de tolerância fixados na legislação pertinente e, na sua ausência, serão fixados com base nos critérios de controle de exposição recomendados por organismos nacionais ou internacionais, reconhecidos cientificamente.

§ 1º Outros critérios de controle da exposição dos trabalhadores que não aqueles definidos pela legislação de Segurança e Medicina do Trabalho deverão ser adotados nos acordos assinados entre os sindicatos dos trabalhadores e os empregadores, previstos no art. 3º desta Lei.

§ 2º Os limites fixados deverão ser revisados anualmente, procurando-se reduzir a exposição ao nível mais baixo que seja razoavelmente exequível.

Art. 8º O Poder Executivo estabelecerá normas de segurança e sistemas de acompanhamento específicos para os setores de fricção e têxtil que utilizam asbesto/amianto da variedade crisotila ou as fibras naturais ou artificiais referidas no art. 2º desta Lei, para fabricação dos seus produtos, extensivas aos locais onde eles são comercializados ou submetidos a serviços de manutenção ou reparo.

Art. 9º Os institutos, fundações e universidades públicas ou privadas e os órgãos do Sistema Único de Saúde promoverão pesquisas científicas e tecnológicas no sentido da utilização, sem riscos à saúde humana, do asbesto/amianto da variedade crisotila, bem como das fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei.

Parágrafo único. As pesquisas referidas no caput deste artigo contarão com linha especial de financiamento dos órgãos governamentais responsáveis pelo fomento à pesquisa científica e tecnológica.

Art. 10. O transporte do asbesto/amianto e das fibras naturais e artificiais referidas no art. 2º desta Lei é considerado de alto risco e, no caso de acidente, a área deverá ser isolada, com todo o material sendo reembalado dentro de normas de segurança, sob a responsabilidade da empresa transportadora.

Art. 11. Todas as infrações desta Lei serão encaminhadas pelos órgãos fiscalizadores, após a devida comprovação, no prazo máximo de setenta e duas horas, ao Ministério Público Federal, através de comunicação circunstanciada, para as devidas providências.

Parágrafo único. Qualquer pessoa é apta para fazer aos órgãos competentes as denúncias de que trata este artigo.

Art. 12. (VETADO)

Art. 13. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 14. Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 1º de junho de 1995; 174º da Independência e 107º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Paulo Paiva

Anexo B – Lei estadual nº 12.684, de 26 de julho de 2007**LEI Nº 12.684, DE 26 DE JULHO DE 2007**

(Projeto de lei nº 384/2007, do Deputado Marcos Martins - PT)

Proíbe o uso, no Estado de São Paulo de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto ou outros minerais que, acidentalmente, tenham fibras de amianto na sua composição.

O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Faço saber que a Assembleia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei:

Artigo 1º - Fica proibido, a partir de 1º de janeiro de 2008, o uso, no Estado de São Paulo, de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto.

§ 1º - Entende-se como amianto ou asbesto a forma fibrosa dos silicatos minerais pertencentes aos grupos de rochas metamórficas das serpentinas, isto é, a crisotila (asbesto branco), e dos anfíbolios, entre eles, a actinolita, a amosita (asbesto marrom), a antofilita, a crocidolita (asbesto azul), a tremolita ou qualquer mistura que contenha um ou vários destes minerais.

§ 2º - A proibição a que se refere o “caput” estende-se à utilização de outros minerais que contenham acidentalmente o amianto em sua composição, tais como talco, vermiculita, pedra-sabão, cuja utilização será precedida de análise mineralógica que comprove a ausência de fibras de amianto entre seus componentes.

Artigo 2º - A proibição de que trata o “caput” do artigo 1º vigorará a partir da data da publicação desta lei em relação aos produtos, materiais ou artefatos destinados à utilização por crianças e adolescentes, tais como brinquedos e artigos escolares, e ao uso doméstico, tais como eletrodomésticos, tecidos, luvas, aventais e artigos para passar roupa.

Artigo 3º - É vedado aos órgãos da administração direta e indireta do Estado de São Paulo, a partir da publicação desta lei, adquirir, utilizar, instalar, em suas edificações e dependências, materiais que contenham amianto ou outro mineral que o contenha acidentalmente.

§ 1º - Estende-se, ainda, a proibição estabelecida no “caput” do artigo 1º, com vigência a partir da publicação desta lei, aos equipamentos privados de uso público, tais como estádios esportivos, teatros, cinemas, escolas, creches, postos de saúde, e hospitais.

§ 2º - É obrigatória a afixação de placa indicativa, nas obras públicas estaduais e nas privadas de uso público, da seguinte mensagem: “Nesta obra não há utilização de amianto ou produtos dele derivados, por serem prejudiciais à saúde”.

§ 3º - A expedição de alvará de funcionamento de estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços pela Secretaria de Estado da Saúde ou qualquer outro órgão estadual fica condicionada à assinatura de Termo de Responsabilidade Técnica, estabelecido no Anexo I desta lei.

Artigo 4º - Até que haja a substituição definitiva dos produtos, materiais ou artefatos, em uso ou instalados, que contêm amianto, bem como nas atividades de demolição, reparo e

manutenção, não será permitida qualquer exposição humana a concentrações de poeira acima de 1/10 (um décimo) de fibras de amianto por centímetro cúbico (0,1f/cc).

§ 1º - As empresas ou instituições, públicas e privadas, responsáveis pela execução de obras de manutenção, demolição, remoção de material, bem como sua destinação final, que contenham amianto ou em relação às quais haja suspeita de o conterem, deverão respeitar as normas técnicas previstas no Código Sanitário do Estado de São Paulo, bem como as disposições contidas na legislação estadual e federal, em regulamentos, portarias, normas coletivas de trabalho e em termos de ajuste de conduta, pertinentes ao objeto desta lei, que sejam mais restritivas no que concerne às medidas de proteção ao meio ambiente e à saúde pública.

§ 2º - O disposto no § 1º deste artigo compreende também as medidas de proteção aos trabalhadores que de qualquer forma se exponham à poeira que contenha amianto, qualquer que seja o regime de trabalho.

Artigo 5º - O Poder Executivo procederá à ampla divulgação dos efeitos nocivos provocados pelo contato e manuseio inadequados do amianto, bem como da existência de tecnologias, materiais e produtos substitutos menos agressivos à saúde, e promoverá orientações sobre como proceder com a manutenção dos produtos já instalados e usos até sua completa eliminação, incluindo os cuidados com os resíduos gerados e sua correta destinação final, conforme determinam a Resolução nº 348/2004, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, e outros dispositivos legais atinentes.

Parágrafo único - Fica instituída a “Semana de Proteção Contra o Amianto”, que ocorrerá anualmente na semana que compreende o dia 28 de abril, durante a qual serão promovidas ações educativas sobre os riscos do amianto, formas de prevenir a exposição às fibras cancerígenas de produtos já existentes, medidas e programas de substituição do amianto, bem como sobre a demolição de obras que o contenham, ainda que acidentalmente, e sua destinação final.

Artigo 6º - Fica o Poder Executivo autorizado a criar, por intermédio do Sistema Único de Saúde - SUS, nos Centros de Referência em Saúde do Trabalhador e demais unidades de saúde, programas para desenvolver ações de vigilância em saúde e assistência especializada que visem à prevenção, ao diagnóstico e ao tratamento das doenças decorrentes do trabalho com o amianto.

§ 1º - Os programas compreenderão habilitação técnica dos profissionais e equipamentos necessários para o desenvolvimento das ações referidas no “caput” deste artigo.

§ 2º - Fica instituída a notificação obrigatória à autoridade local do SUS, pela rede pública e privada de assistência à saúde, de todos os casos de doenças e óbitos decorrentes da exposição ao amianto.

§ 3º - Quando requisitado pelo SUS, é obrigatório o fornecimento, pelas empresas que tenham utilizado o amianto no Estado de São Paulo até a data da entrada em vigor desta lei, de informações referentes aos empregados e ex-empregados que tenham sido expostos ao amianto, como nome e endereço completos, cargo ou função, data de nascimento, data de admissão e, se for o caso, da demissão, data da cessação da exposição, diagnóstico dos

exames clínico e radiológico e prova de função pulmonar, inclusive exames complementares, se houver.

Artigo 7º - A não observância ao disposto nesta lei é considerada infração sanitária e sujeitará o infrator às penalidades estabelecidas no Título IV, do Livro III, da Lei nº 10.083, de 23 de setembro de 1998 - Código Sanitário do Estado de São Paulo.

Artigo 8º - As despesas decorrentes da execução desta lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias.

Artigo 9º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio dos Bandeirantes, 26 de julho de 2007

JOSÉ SERRA

Luiz Roberto Barradas Barata
Secretário da Saúde

Francisco Graziano Neto
Secretário do Meio Ambiente

Humberto Rodrigues da Silva
Secretário-Adjunto, Respondendo pelo Expediente da Casa Civil

Anexo C – Lei estadual nº 11. 643, de 21 de junho de 2001

LEI Nº 11.643, DE 21 DE JUNHO DE 2001.

Dispõe sobre a proibição de produção e comercialização de produtos à base de amianto no Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Faço saber, em cumprimento ao disposto no artigo 82, inciso IV, da Constituição do Estado, que a Assembléia Legislativa aprovou e eu sanciono e promulgo a Lei seguinte:

Art. 1º - A produção e a comercialização de produtos à base de amianto fica proibida, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos desta Lei.

Parágrafo único - A vedação prevista nesta Lei alcança, além do próprio amianto, todo e qualquer produto, derivado ou misto, de silicato natural hidratado de cálcio e magnésio.

Art. 2º - Os estabelecimentos industriais terão um prazo de três anos e os estabelecimentos comerciais de quatro anos para adequarem-se às disposições constantes desta Lei.

Art. 3º - VETADO

Art. 4º - O Poder Executivo regulamentará esta Lei, no que couber, podendo atribuir penalidades adicionais.

Art. 5º - Esta Lei entra em vigor no prazo de noventa dias, a partir da data de sua publicação.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 21 de junho de 2001.