

# SOCIEDADE DE RISCO E LEGITIMIDADE DA AÇÃO ESTATAL: POR UMA LEITURA PROCEDIMENTAL DO IMPERATIVO DA PRECAUÇÃO

*RISC SOCIETY AND STATE'S ACTION LEGITIMACY:  
A PROCEDURAL READING OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE*

Vanice Regina Lírio do Valle\*

**Sumário:** 1. A Problemática: Superdimensionamento do Princípio da Precaução como Vetor de Construção ou Incremento de Legitimidade das Escolhas Administrativas na Sociedade de Risco; 2. Sociedade de Risco: um Breve Acordo Semântico para o Desenvolvimento das Ideias; 3. Ação Estatal na Sociedade de Risco e Legitimidade: uma Aproximação Indispensável; 4. Princípio da Precaução: Origem, Conceito e Algumas Distorções em sua Aplicação no Contencioso Brasileiro; 4.1. Princípio da Precaução e os Elementos de Teoria Comportamental que o Inspiram; 4.2. Princípio da Precaução e Dissenso: Tensão a ser solucionada pela Estratégia da Consensualidade; 5. Atributos do Procedimento de Escolha Pública Suficientes à Caracterização da Precaução; 6. Referências.

## **1. A Problemática: Superdimensionamento do Princípio da Precaução como Vetor de Construção ou Incremento de Legitimidade das Escolhas Administrativas na Sociedade de Risco.**

O tema da legitimidade é tão antigo quanto aquele do poder, eis que intrinsecamente relacionados. Assentar o poder em pressupostos que lhe assegurassem a autoridade é desafio que se pôs desde o Iluminismo, e compreende em última análise, a busca de qual seja sua verdadeira fonte de legitimidade. É esse atributo do agir do poder que lhe viabiliza o exercício; ao menos aquele que não se funde exclusivamente na coerção. Afinal, coagir e reprimir são estratégias de atuação que por sua própria natureza interventiva na esfera individual de liberdade, não terão capacidade de sustentar o exercício do poder por muito tempo<sup>1</sup>.

\* Pós-doutorado em Administração pela EBAPE/FGV – Rio de Janeiro; Doutorado em Direito pela UGF e Mestrado em Direito pela UNESA-RIO. Professora Permanente do PPGD UNESA-RIO, Procuradora do Município do Rio de Janeiro e membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro

<sup>1</sup> Empreende-se já aqui a ressalva formulada por Moreira Neto, de que a coerção e a legitimidade não se apresentam como conceitos antagônicos; ao contrário, a última autoriza a existência em si da primeira –

Nesse cenário, revela-se anterior à própria opção política pela estruturação de um Estado Democrático de Direito materializada pela Constituição Cidadã, a ideia de que o poder institucionalizado possa ou deva se revestir de um atributo que permita no seu agir, a formação de um grau de consenso na sociedade capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força<sup>2</sup>. Tal predicado decorre da captação política dos interesses da sociedade<sup>3</sup>, encontrando tradução jurídica específica na legalidade que se põe após a institucionalização do Estado.

Legitimidade se põe, portanto, como uma qualidade das instituições políticas, que lhes viabiliza empreender à estabilização das tensões no convívio social que nos permita caminhar, não obstante as incertezas que o jogo das recíprocas expectativas subjetivas possa determinar<sup>4</sup>.

Este predicado do poder desdobra-se ainda para além do pacto fundante, traduzido por sua vez numa dimensão formal de uma legitimidade contratual, identificada com a legalidade expandida, onde se dispõe ainda subsidiariamente sobre valores contingenciais<sup>5</sup>.

A associação intrínseca entre legitimidade e fins do Estado determinará à primeira novas configurações de sentido e de método, que não de refletir cada modificação que se tenha no modelo traçado ao segundo. Afinal, são os compromissos valorativos postos como razão de ser do ente estatal que ensejarão o agregar ao seu agir, do elemento qualificador da legitimidade. Distintas funções cometidas ao aparato de organização do poder político reclamarão a formação de novos consensos validantes em relação às linhas de conduta do referido ente estatal. Nesse sentido, aliás, a sinalização de Moreira Neto<sup>6</sup>, apontando que a legitimidade das ações públicas de prestação se relaciona, no modelo da Constituição de 1988, ao respeito aos limites impostos pelos direitos fundamentais; enquanto a legitimidade das ações públicas de propulsão não de se nortear pela realização otimizada desses mesmos direitos fundamentais.

Um segundo impacto sobre a configuração da legitimidade como atributo do agir do poder decorrerá da incorporação do conceito de sociedade de risco, que aponta originalmente para uma nova maneira de organização do convívio social destinada

e nesse esquema lógico, a coerção ingressa como um instrumento de organização do convívio coletivo (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Transadministrativismo: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Conferência proferida no VI Congresso de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro, Procuradoria Geral do Estado, em 24 de outubro de 2013). Mas se a legitimidade é o elemento de sustentação da coerção socialmente aceitável ou mesmo desejável a ser desenvolvida pelas estruturas de poder; com maior razão é de se afirmar que *cratos* e legitimidade se apresentem sempre irmanados nas cogitações teóricas acerca do exercício virtuoso da potência.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, Vol. 2, de “1” a “z”, Prefácio de Fernando Henrique Cardoso, São Paulo: Editora UNB, 2004, p. 675.

<sup>3</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 13.

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *Essere dele istituzioni*. [s/l]: Editoriale Scientifica, 2005, p. 18.

<sup>5</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno*. Legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 41.

<sup>6</sup> *Idem*, p. 46

a oferecer resposta às ameaças de toda natureza que se apresentam num contexto de contingência e insegurança. Ao quadro de riscos potenciais tematizado pelos conflitos entre sociedades que distribuem riqueza e aqueles que disseminam ameaças num ambiente de “ditadura da escassez”<sup>7</sup>, têm-se ainda as dificuldades sugeridas pelo distanciamento entre o direito e a técnica – o primeiro, firmado ainda numa pretensão de racionalidade e segurança característica da modernidade; e a segunda, já incorporando no avanço do conhecimento as novas dimensões e complexidades que se põe para a ciência<sup>8</sup>, reconhecendo, portanto, a falácia da objetividade e neutralidade científica.

Produzir consenso legitimador é imperativo que se apresenta com maior intensidade, num ambiente onde a coletividade à qual se destina o convite à harmonização de interesses se revela plural – e esse tem sido já a tônica em relação à maior parte dos grupamentos sociais com a globalização. Acresça-se a isso os desafios mais recentes da transnacionalidade ou do transadministrativismo<sup>9</sup>, que incorporam a diversidades de interesses e pontos de vista como vetor inafastável do desenho da ação estatal.

Em pleno século XXI, volatilidade e incerteza têm-se por presentes, portanto, no campo econômico e financeiro, ambiental e social – mas também no campo do direito, com uma juridicidade que transcende fronteiras, apartando-se até mesmo dos limites da jurisdição do Estado-Nação como seu criador e garantidor<sup>10</sup>. Essa ampliação de fronteiras, e portanto, de indeterminações, tem levado a um protagonismo do princípio da precaução como mecanismo supostamente assecuratório de boas escolhas públicas. Presentemente, tem ganho força a ideia de que a legitimidade em tempos de incertezas só se alcança através da prática da precaução em seu sentido mais forte.

O princípio, originalmente cunhado no campo ambiental, tem sido facilmente expandido para outras searas da atuação da Administração Pública. Afinal, se de evitar o risco se cuida; precaução é uma estratégia que se porá como possível em quase toda atuação do poder institucionalizado, já que também à larga maioria de suas atividades se porá a possibilidade em abstrato de geração de riscos de toda ordem (econômicos, sociais, ambientais, etc.).

<sup>7</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 24.

<sup>8</sup> PARDO, José Esteve. *El desconcierto del Leviatan*. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2009, p. 14.

<sup>9</sup> O tema do transadministrativismo – projeção no campo específico do Direito Administrativo da transcendência de sua aplicação em relação ao antigo limite relacionado às fronteiras territoriais dos Estados-Nação – vem sendo tratado, uma vez mais, em iniciativa inovadora, por Moreira Neto, a partir da perspectiva de que não se possa mais reconhecer exclusivamente nos entes estatais uma supremacia decisória formalmente exclusiva na delimitação dos interesses públicos que convivem e se entrelaçam na comunidade globalizada (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Transadministrativismo. A expansão global do Direito Administrativo*. Exposição apresentada ao VI CONGRESSO DO INSTITUTO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO em, 24 de outubro de 2013. Notas do autor. Mimeografado).

<sup>10</sup> ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *O Direito Administrativo sem Estado. Crise ou fim de um paradigma?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

Esse é o tema ao qual se dedicam as presentes considerações: qual seja a contribuição que o princípio da precaução possa ofertar ao aprimoramento das escolhas administrativas em cenários de risco. O objetivo é demonstrar que o princípio da precaução não traduz em si um valor absoluto ou uma dimensão material que possa se apresentar como cláusula de bloqueio à ação administrativa. A ideia central que se desenvolve é que a melhor contribuição que o princípio da precaução tem a oferecer na mitigação de riscos da ação estatal é reforçar a importância do desenvolvimento da dimensão processual da construção da decisão administrativa, onde se assegure o exercício da prospectiva possível, conciliando-se, todavia, com a dinâmica da ação estatal e o compromisso com a indispensável oferta de resposta às necessidades coletivas.

Outra visão – que não a das determinações de natureza essencialmente procedimental que o princípio da precaução possa oferecer – conduzirá em verdade à paralisia da atividade administrativa, sem qualquer potencial de qualificação das políticas públicas. O tema tem evidenciado sua relevância quando se tem em conta a multiplicação das iniciativas de controle (especialmente judicial) incidentes sobre a ação estatal, a pretexto de não se ter observado os imperativos da precaução, da qual muitas vezes tem resultado o bloqueio à linha de ação escolhida pela Administração Pública, em nome de um temor mais ou menos fundado de efeitos incertos, futuros e não totalmente desenhados.

O trabalho se desenvolverá nas seguintes partes: formulada a presente problematização, no subtítulo 2 se construirá o indispensável acordo semântico em torno do que se esteja a referir com o uso da expressão “sociedade de risco”; no subtítulo 3 desenha-se o ponto de convergência entre agir estatal na sociedade de risco e a legitimidade como atributo igualmente desejável. O artigo segue com a análise no subtítulo 4, do critério habitualmente proposto ao enfrentamento do tema do risco – o princípio da precaução, com o percurso de seus fundamentos a partir da perspectiva da economia comportamental; apontando o potencial de paralisia desse mesmo critério. Finalmente, no subtítulo 5 se desenvolve a afirmação de que o princípio da precaução não se apresenta como critério material de delimitação da legitimidade da ação administrativa – mas evoca uma legitimidade de caráter procedimental. Ainda nesse subtítulo se expõe aplicações práticas desse procedimento, pautado pelo princípio da precaução, que conduzirá à indispensável legitimidade do programa de ação em curso.

Tal análise, se pretende seja útil ao desenvolvimento do controle judicial das escolhas públicas. Isso porque se de um lado os valores pretendidos protegidos pelo princípio da precaução se revelam significativos, especialmente tendo em conta a inequívoca consideração que as gerações presentes devem ter em relação às necessidades daquelas vindouras; de outro lado os direitos fundamentais dos que hoje vivem e demandam do Estado não podem ser desconsiderados. O *balance* entre as duas cogitações é de se desenvolver a partir de critérios de racionalidade objetiva, como os que aqui se busca criar.

Está-se ainda, no espírito de homenagem ao Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>11</sup> pela passagem de seus 80 anos, no esforço de cumprimento da sua recomendação àqueles que fazem do direito sua faina diária:

“torna-se necessário (...) insistir-se na acrescida responsabilidade dogmática do profissional do Direito, pois que a este cabe desenvolver não apenas um mero trabalho descritivo, mas expressar um profundo comprometimento crítico imprescindível para que o Direito seja interpretado e aplicado eficientemente...”

## 2. Sociedade de Risco: um Breve Acordo Semântico para o Desenvolvimento das Ideias

A incorporação ao debate acadêmico do tema da sociedade de risco se deu capitaneada pela obra já clássica de Beck<sup>12</sup>, onde se apontava duas transformações que ampliaram a percepção das ameaças à vida e ao convívio: o fim da natureza e o fim da tradição. Por fim da natureza, está-se a referir à quase inexistência de uma natureza inteiramente preservada da intervenção humana real ou potencial. De outro lado, o fim da tradição importa num desprendimento em relação a padrões de comportamento anteriormente sacralizados – o que retroalimenta as possibilidades de intervenção humana em todos os campos, inclusive aquele da natureza.

A contingência se introduz como um dado inafastável da realidade – seja pela volatilidade de um presente descomprometido com as práticas passadas, seja pela ampliação do potencial do agir humano, provocada pelo lugar central que a técnica hoje ocupa, subjetivamente, na concretização dos objetivos da vida humana. A capacidade de intervir pela técnica no ambiente que cerca o homem gera em favor dessa mesma potência um lugar de primazia; a técnica e suas conquistas potenciais transformam-se num “infinito impulso da espécie para adiante, seu empreendimento mais significativo”<sup>13</sup>. Aos riscos naturais, externos (que existem desde tempos imemoriais); somam-se os riscos manufaturados, aqueles que decorrem do agir humano instrumentalizado pela evolução tecnológica, mas não necessariamente (ao menos não na mesma medida) habilitados para uma boa prospectiva dos possíveis efeitos indesejados de sua conduta.

Têm-se na sociedade de risco, um distanciamento da pretensão típica da modernidade, de construção de critérios de regulação do convívio pautados pela

<sup>11</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado. O Direito Administrativo em tempos de globalização*. In *memoriam* de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

<sup>12</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

<sup>13</sup> JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a utilização tecnológica. Tradução Majane Lisboa e Luiz Barros Montez, Rio de Janeiro: Contraponto – Ed. PUC-Rio, 2006, p. 43.

objetividade e racionalidade: “nas definições de risco, quebra-se o monopólio de racionalidades das ciências<sup>14</sup>”.

Importante ter em conta a contribuição de Giddens, que associa a expressão “sociedade de risco” não só à potencialização de ameaças externas ou produzidas pelo próprio homem, mas ainda a uma pretensão de empreender-se ao controle e à mitigação desse mesmo risco: “é uma sociedade crescentemente preocupada com o futuro e com a segurança que gerará a noção de risco”<sup>15</sup>. Marcará a sociedade de risco a luta entre a contingência e o desejo de segurança; entre incerteza e pretensão humana de controle.

É ainda de Beck, em trabalho mais recente, a afirmação da extrema ironia da sociedade de risco:

A narrativa do risco é uma narrativa de ironia. Essa narrativa lida com a evidência involuntariamente satírica e de otimista futilidade, de que as instituições altamente desenvolvidas da sociedade moderna – ciência, Estado, mercado, forças militares – tentam antecipar o que não pode ser antecipado<sup>16</sup>.

A indeterminação quanto ao futuro exigirá uma nova organização da sociedade, firmada não mais nas certezas vazias traçadas por uma suposta objetividade inafastável da ciência<sup>17</sup>. O centro da consciência do risco reside em projeções para o futuro e não no presente, o que pressupõe um processo social de reconhecimento e legitimação; ponto de partida por sua vez da delimitação das estratégias de proteção contra os resultados indesejados. Sociedade de risco é aquela em que o interesse público – na visão de Lewis<sup>18</sup> – não encontrará sua tradução exclusivamente na dimensão presente, mas exige necessariamente a perspectiva da sustentabilidade e do legado.

Esse é o contexto em que se move o Estado, intervindo e regulando fenômenos causadores de risco, o que pode resultar no redirecionamento da contingência. E o questionamento subsiste: como justificar as escolhas públicas que possam deitar efeitos futuros imprevisíveis?

<sup>14</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 34.

<sup>15</sup> GIDDENS, Anthony. Risk and responsibility. *The Modern Law Review*. Vol. 62, Nº 1, jan-1999, p. 1-10.

<sup>16</sup> BECK, Ulrich. Living in the world risk society. A Hobhouse Memorial Public Lecture given on Wednesday 15 February 2006 at the London School of Economics. *Economy and Society* Volume 35 Number 3 August 2006: 329-345.

<sup>17</sup> É de Popper a provocativa afirmação de que a ciência deve ser vista como algo que progride de um problema a outro, em direção a problemas de profundidade crescente; refutando portanto as visões simplificadoras de que na ciência se possa encontrar respostas ou verdades definitivas (POPPER, Karl. O incremento do conhecimento científico. in MILLER, David. *Textos escolhidos*. Karl Popper. Tradução de David Miller e Vera Ribeiro, revisão da tradução César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed PUC-Rio, 2010, p. 176.

<sup>18</sup> LEWIS, Carol W. In pursuit of the public interest. *Public administration review*. Sep-Oct 2006, p. 694-701.

### 3. Ação Estatal na Sociedade de Risco e Legitimidade: uma Aproximação Indispensável

Dois dos principais atributos do cenário da sociedade de risco permitem a afirmação da iniludível ênfase que esse novo entorno determina sobre o tema da legitimidade: contingência e prospectiva.

Indeterminação dos possíveis resultados da ação estatal – tendo em conta os riscos externos e manufaturados – já afasta a incidência possível de critérios objetivos de legitimação prévia pré-constituídos. Assim, sociedade de risco não é um ambiente que encontra resposta frequente nos rigores da legalidade, eis que essa não se revela apta a empreender às múltiplas cogitações sobre as ameaças potenciais e futuras do agir do homem. Some-se à indeterminação, a necessidade do desenvolvimento – exatamente à conta do quadro de incerteza – de projeções quanto aos efeitos possíveis de cada qual das estratégias de ação em cogitação. Também aqui se está sob o signo da contingência, insuscetível de enquadramento em parâmetros objetivos de pré-configuração do acerto da escolha.

Uma vez mais, é de Giddens<sup>19</sup> a observação:

Uma boa parte do processo de decisão política é hoje sobre gerenciamento de riscos – riscos que não se originam na esfera política, mas que ainda assim devem ser politicamente geridos. Se qualquer um – agente público, *expert* ou pessoa comum – toma a sério qualquer risco, ele ou ela deve anuncia-lo. Ele deve ser amplamente publicizado porque as pessoas devem ser persuadidas de que o risco é real – é preciso fazer barulho em torno disso. De outro lado, se muito barulho se faz, e o risco se afigura afinal como mínimo, aqueles envolvidos na sua divulgação serão acusados de alarmistas.

Disso decorre um quadro de ampliação das potencialidades da ação estatal – mas ao mesmo tempo, de indeterminação dos resultados possíveis. É de se ter em conta que a existência de risco em si não determina um efeito necessariamente negativo – a gestão adequada das ameaças pode, ao contrário, ocasionar um ganho (também imprevisível), o que significaria o atendimento pleno ao interesse público na sua dupla dimensão (presente e futura), e ao princípio da eficiência.

A questão está em que o gerenciamento dos riscos e o alcance de um resultado positivo na desejada prevenção dependerá do conhecimento do espectro de ameaças, e dos critérios que se utiliza na sua administração. Isso porque a gestão de riscos ambientais, por exemplo, que tenha se resolvido em favor da prevenção de outros perigos sociais ou atinentes ao desenvolvimento econômico, pode se afigurar positiva ou não, segundo os parâmetros de valoração de quem afere a adequação da ação estatal.

<sup>19</sup> GIDDENS, Anthony. Risk and responsibility. *The Modern Law Review*. Vol. 62, Nº 1, jan-1999, p. 1-10.

O que se está a evidenciar é que, a par do agir do poder institucionalizado compreender hoje em larga escala uma atividade de gestão de riscos de toda ordem; a própria qualificação positiva ou negativa do *outcome* depende de indicadores que necessariamente devem compreender o quadro valorativo aplicado por cada entidade pública ou sociedade no momento em que formula suas próprias escolhas. Se um determinado programa de agir estatal orientado ao incremento à saúde exige uma intervenção no campo do saneamento que pode produzir impacto no meio ambiente; a aplicação do conjunto de valores constitucionalmente consagrados, e a dosimetria dos resultados em relação a cada qual deles pode justificar um *tradeoff* em que a saúde prevaleça sobre ambiente, tudo numa ponderação que se pode igualmente reputar constitucionalmente sustentável. Uma vez mais, o quadro geral de proteção aos diversos direitos fundamentais em jogo influenciará decisivamente na delimitação das prioridades conferidas por cada coletividade.

É nesse ponto que se dá a convergência entre sociedade de risco e legitimidade da ação estatal. Afastada a possibilidade de utilização do critério predefinido de racionalidade objetiva identificado com a lei (já se viu que a gestão de riscos contingentes não se materializa por um instrumento normativo cujo pressuposto justamente é o conhecimento prévio do universo sobre o qual ele incide), têm-se o deslocamento da legitimidade da ação do Estado de Direito democrático para três novos vetores: o recurso a outros mecanismos de legitimação, a instituição de estratégias de compensação e a regularização dos déficits iniciais<sup>20</sup>. Observe-se que estes três vetores podem se somar na justificação da ação estatal, ou ainda se apresentar alternativamente. De uma forma ou de outra, todos eles buscam suprir a ausência do critério formal objetivo antes ofertado pela lei.

A identificação dentre o leque de alternativas do caminho mais adequado para a ação pública tendo em conta os efeitos adversos possíveis já detectados, e a opção em torno dos objetivos prestigiados por aquela mesma escolha pública em concreto, são medidas de especificação do curso de agir do poder que necessariamente, hão de se revelar aptas a gerar a aceitação e consenso que são próprios das decisões legítimas. Isso se põe, no cenário da sociedade de risco, com mais intensidade porque a indeterminação é maior – os perigos são contingentes; os efeitos nocivos são estimados; e a combinação desses vetores aleatórios reclama um colorido maior de legitimidade na eleição das estratégias públicas, que não se terá por solucionada pela simples referência a um suposto prestígio ao princípio da eficiência<sup>21</sup>.

No equacionamento dessa operação de exclusão de alternativas de ação e identificação da mais adequada numa perspectiva mais abrangente de valoração das estratégias estatais de enfrentamento aos problemas, têm-se apontado ordinariamente

<sup>20</sup> MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: L.G.D.J., 1999, p. 101.

<sup>21</sup> Denunciando o caráter muitas vezes simbólico e diversionista da evocação de um ideal de eficiência, que poderia ocultar uma pretensão de legitimação genérica de escolhas não suficientemente justificadas, consulte-se GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Uma análise das estruturas simbólicas do direito público. Apresentação do Ministro Carlos Ayres Brito, São Paulo: Manole, 2003, p. 96-101.

a aplicação do princípio da precaução como vetor relevante de mensuração. Diante das indeterminações próprias à dimensão futura, a orientação à conservação e à precaução quanto aos riscos possíveis – mesmo os não plenamente conhecidos – tem sido indicada como a estratégia mais adequada àquele que tutela o interesse coletivo. Mais ainda, precaução tem sido apresentada muitas vezes como algo revestido de um valor material em si; donde o afastamento da precaução como regra exigira especial ônus probatório da Administração Pública.

A prática tem revelado todavia um *gap* entre a concepção teórica deste mesmo princípio, e os termos em que ele vem sendo objeto de aplicação, como abaixo se virá a demonstrar.

#### 4. Princípio da precaução: Origem, Conceito e Algumas Distorções em sua Aplicação no Contencioso Brasileiro

O parâmetro da precaução como mecanismo de rompimento de relações causais que possam determinar efeitos adversos sobre o meio ambiente ou outros bens coletivos vem se insinuando na normatividade internacional já de algum tempo. Assim, desde uma primeira preferência ligeira na *World Charter for Nature* (ONU, 1982)<sup>22</sup> até sua configuração mais detalhada em solo francês em *La Charte de l'Environnement* (2005)<sup>23</sup>, o vetor da precaução vem sendo referido em diplomas nacionais ou mesmo internacionais esparsos<sup>24</sup>, até sua consagração como ideia força no Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de junho de 1992<sup>25</sup>.

Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Esse mesmo núcleo seguiu encontrando recepção em ordenamentos nacionais e internacionais, merecendo inclusive a expedição de um Comunicado da Comissão

<sup>22</sup> UNITED NATIONS. *World Charter for Nature*, 1982. Disponível em <<http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm>>, acesso em 28 de outubro de 2013.

<sup>23</sup> REPUBLIQUE FRANÇAISE. *La Charte de l'Environnement* (2005). Disponível em <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/developpement-durable/charte-environnement.shtml>>, acesso em 28 de outubro de 2013.

<sup>24</sup> Apontam-se referências ao princípio da precaução no preâmbulo do *Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer*, aberto à subscrição ainda em 1987; e ainda na declaração ministerial resultante do *Second International Conference on the Protection of the North Sea* (1987) e naquela expedida por ocasião do *Third Second International Conference on the Protection of the North Sea* (1990).

<sup>25</sup> BRASIL. Conferência Geral das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, Carta do Rio de junho de 1992. DE JUNHO DE 1992. Disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>, acesso em 28 de outubro de 2013.

Europeia específico na matéria<sup>26</sup> editado em 2000, parametrizando sua matriz de aplicação nos países que integram aquela coletividade de nações.

Preceituado nos planos nacional e internacional, o princípio da precaução vem sendo traduzido como fundamento do

“... dever de o Estado motivadamente evitar, nos limites de suas atribuições e possibilidades orçamentárias, a produção de evento que supõe danoso, em face da fundada convicção (juízo de verossimilhança) quanto ao risco de, não sendo interrompido tempestivamente o nexos de causalidade, ocorrer um prejuízo desproporcional, isto é, manifestamente superior aos custos da eventual atividade interventiva”<sup>27</sup>.

Num outro extremo da linha, localizam-se aqueles que associam a aplicação da estratégia da precaução, não a verossimilhança – atributo do que parece intuitivamente verdadeiro –; mas sim a mínima probabilidade do risco, que pode decorrer inclusive do desconhecimento dos detalhes desta ameaça potencial<sup>28</sup>. Navega-se, portanto, no campo da precaução, entre o sentido dito forte do princípio – onde ainda que sujeitos os eventos danosos a um juízo de probabilística, ele incide a com plena potência –; e aquele sentido dito fraco, onde justamente a vagueza do potencial de ameaça recomenda proporcionalidade nas medidas desenvolvidas pela Administração Pública no sentido de romper uma possível relação entre conduta ou fenômeno natural, e a causação do risco. Observe-se que o uso da referência à proporcionalidade se dá no seu sentido técnico, reclamando portanto os seus três elementos constitutivos, a saber, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

No atual cenário fluminense dos litígios judicializados<sup>29</sup>, inequivocamente o princípio da precaução tem sido evocado pelos órgãos de controle na sua modalidade forte. A ausência – é bom que se diga – de confiança no processo de formulação das escolhas públicas tem determinado uma postura comportamental em relação à

<sup>26</sup> COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Communication from the Commission on the precautionary principle (2000). Disponível em < [http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/library/pub/pub07\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub07_en.pdf) >, acesso em 28 de outubro de 2013.

<sup>27</sup> FREITAS, Juarez. Princípio da Precaução: Vedação de Excesso e de Inoperância. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 35, jan./fev. 2006, p. 37.

<sup>28</sup> ABREU, Geraldo Márcio Rocha. *O princípio da precaução e o controle externo pelo Tribunal de Contas da União em matéria ambiental*. Monografia apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, como requisito à conclusão da Especialização em Direito Ambiental, 2008, disponível em < <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055762.PDF> >, acesso em 28 de outubro de 2013.

<sup>29</sup> A judicialização das escolhas públicas com a evocação do princípio da precaução tem envolvido praticamente todas as grandes obras em andamento numa cidade em verdadeira ebulição nesse campo, à conta dos grandes eventos esportivos internacionais que serão sediados no Município do Rio de Janeiro, a saber, Copa do Mundo e Olimpíadas. Assim, obras como a derrubada do Elevado da Perimetral (no contexto da revitalização da zona portuária) e de contenção de enchentes na Bacia do Canal do Mangue tem sido objeto de ações civis públicas onde se postula sua paralisação ao argumento de que não se teria suficientemente reverenciado o princípio da precaução no sentido forte.

precaução mais cautelosa, que exige da Administração Pública um conjunto de medidas que se revele capaz de praticamente eliminar qualquer mínima e remota possibilidade de risco. Não demonstrada essa prática mais do que conservadora, a escolha se revelaria ilegítima, passível de controle judicial e de imediata suspensão no que toca à sua execução. Igualmente ilegítima seria a escolha que não tivesse exaurido a exploração das múltiplas possibilidades de ação, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas – mesmo que não se tenha como delimitar exatamente em que momento se tenha por caracterizado esse esgotamento de alternativas<sup>30</sup>.

O princípio da precaução em sua modalidade forte – como tem sido aplicado na realidade fluminense – tem praticamente fundado uma presunção *juris tantum* de risco em toda atividade administrativa; presunção essa que é de ser afastada de maneira cabal pela Administração Pública<sup>31</sup>, sob pena de interromper-se a ação estatal a partir, muitas vezes, das provocações desenvolvidas pelos órgãos de controle, notadamente os contrapoderes. Nessa concepção de princípio da precaução em sentido forte, a conciliação entre legitimidade e risco praticamente só se dará com a eliminação do último; qualquer outra alternativa se revelaria inaceitável tendo em conta os potenciais lesivos hipotéticos. Aqui, a pretensão de rompimento de uma relação de causalidade possível entre conduta da Administração e dano potencial se tem alargada para uma lógica em que se postula a quebra do nexos de causalidade pela supressão da conduta, quando o dano é não verossímil, mas simplesmente uma possibilidade, ainda que infinitesimal.

Em que pese a evidente relevância do princípio da precaução como parâmetro de orientação da construção das escolhas públicas no ambiente de risco; sua aplicação no sentido forte pode determinar, como já advertia Freitas<sup>32</sup>, a paralisia da Administração Pública – e igualmente, o desatendimento ao interesse público, não pela falta de zelo para com os riscos potenciais; mas pelo descuro para com as necessidades reais e presentes.

#### 4.1. Princípio da Precaução e os Elementos de Teoria Comportamental que o Inspiram

Revela-se útil à compreensão desse potencial paralisante do princípio da precaução, a aproximação que empreende Sunstein<sup>33</sup> em relação à racionalidade

<sup>30</sup> A busca incessante de possibilidades outras de ação pode resultar num verdadeiro círculo vicioso, eis que a evolução tecnológica pode estar a propor permanentemente novas possibilidades, assim como as alternâncias no que toca ao juízo de valor de cada coletividade em relação aos vetores envolvidos em qualquer grande ação estatal.

<sup>31</sup> Não é incomum o argumento do cabimento da inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII c/c 117 da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o que implicaria em transferir *ab initio* para a Administração a prova cabal de que sua escolha de ação teve em conta todas as potenciais implicações negativas de sua conduta.

<sup>32</sup> FREITAS, Juarez. Princípio da Precaução: Vedação de Excesso e de Inoperância. *Interesse Público* – IP Belo Horizonte, ano 8, n. 35, jan./fev. 2006 [on line] Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdICntd=49314>>, acesso em: 15 nov. 2013.

<sup>33</sup> SUNSTEIN, Cass. Sunstein, *Beyond the Precautionary Principle* (January 2003). University of Chicago Law & Economics, *Olin Working Paper No. 149*; *University of Chicago, Public Law Working Paper No. 38*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=307098>, acesso em 20 de novembro de 2013.

oculta por trás do referido princípio – racionalidade essa que é de ser revelada para que se possa efetivamente avaliar sua aptidão a conduzir a um resultado socialmente desejado, que empreenda ao balanceamento já referido dos interesses em conflito, presentes e futuros, no ambiente plural que é hoje o objeto da atuação da Administração Pública.

Aponta o referido autor americano, que presidiriam o ideário da precaução os seguintes vetores comportamentais: 1) aversão à perda; 2) o mito da natureza benevolente; 3) a heurística da disponibilidade; 4) a indiferença quanto à probabilidade e 5) a indiferença quanto aos efeitos sistêmicos.

Integra a natureza humana a posição inicial de rejeição a qualquer prejuízo, o que determina uma inclinação apriorística de preservação contra toda e qualquer vicissitude. No jogo ordinário da vida, as escolhas pessoais se dão a partir de uma perspectiva justamente de repúdio à possível perda, em favor de um benefício que se tenha dividido. As opções se dão, portanto, a partir de uma perspectiva relacional; abdicar-se de “a” em favor de “b”, que se afigura mais vantajoso. Quando essa mesma operação de eleição se vê transposta para a coletividade, as possibilidades de *trade off* são infinitamente multiplicadas à vista das distintas avaliações subjetivas acerca de qual seja o bem futuro (ainda que incerto) cujo alcance possa sobrepujar o instinto de conservação do *status quo* que reclama a proteção contra perdas.

O mito da natureza benevolente, por sua vez, é um vetor determinante da precaução que se vê menos atingido pela circunstância em si de se cuidar de uma escolha coletiva. O que ele traduz é a premissa com que opera cada ser humano, de que o funcionamento da natureza, os meios naturais de reprodução, crescimento, etc., revelam-se intrinsecamente bons, jamais admitindo um outro mecanismo construído pelo homem que se possa revelar mais eficiente e adequado que o modo natural.

Já a heurística da disponibilidade é um vetor determinante do princípio da precaução que incrementará em muito o grau de dificuldade na formulação das escolhas públicas. Isso porque a identificação do amplo espectro de alternativas possíveis envolve não só a multiplicação de possibilidades revelada pela técnica, como também uma abertura cognitiva de quem investiga. O principal desafio no campo da heurística da disponibilidade é a existência de parte daqueles que auxiliam a construção da escolha pública, de uma aptidão para reconhecer e incorporar ao processo especificação do agir estatal, outras alternativas que não as mais evidentes, ou aquelas que sua própria aproximação ao tema indiquem. Os pontos cegos das pessoas ou instituições – áreas de reconhecimento e percepção que não se visualize à conta de uma seletividade no processo de compreensão do problema – podem determinar uma visão parcial, seja em relação aos riscos em si, seja quanto às possíveis vantagens (ainda que em outro campo) que neutralizem o risco. O bloqueio cognitivo decorrente dos pontos cegos a uma outra visão de um mesmo fenômeno, faz pender a escolha em favor da alternativa que contempla os temas e práticas mais próximos e conhecidos por aquele ator no processo de escolha.

Some à existência em si de pontos cegos por parte dos diversos participantes

da seleção de alternativas, a multiplicidade desses mesmos atores, cada qual com a sua própria “visão de túnel” – e a abertura cognitiva que permita efetivamente a qualificação da escolha por um olhar plural se tem significativamente dificultada. É no campo da heurística da disponibilidade que se terá normalmente as acusações recíprocas de visão parcial, ou desconsideração de aspectos relevantes do problema sobre o qual recai a escolha pública.

A indiferença quanto à probabilidade é outro elemento onde a pluralidade de agentes destinatários e formadores da decisão da linha de ação estatal se põe de maneira intensa. Isso porque, de início a probabilística muitas vezes sequer é adequadamente conhecida, especialmente quando se cogita de um programa de ação estatal novo, que se lança em terreno ainda não desbravado. A par disso, quanto mais relevante na perspectiva valorativa, o bem da vida que se possa identificar como em tese suscetível a risco; maior a indiferença quanto à probabilidade – já que naquilo que se tem por especialmente precioso, 1% de risco de ocorrência é um índice inaceitável. Aqui, mais uma vez, o cenário plural acirra a possibilidade de divergências praticamente insuperáveis, eis que a questão envolve uma escala de prioridades e valorações pessoais. O apontamento numérico de que a solução “a” traz 2% de risco ao meio ambiente, enquanto a solução “b” gera 1% de risco à saúde nada diz em relação à escolha mais adequada ao poder público, e a definição da linha de ação se dará a partir de um critério valorativo que não é exclusivamente probabilístico.

Finalmente, também a indiferença quanto aos efeitos sistêmicos é um vetor que estimula o emprego do princípio da precaução em seu sentido forte – eis que se cogita de uma ação estatal a partir da perspectiva isolada, sem que se tenha em conta as interferências recíprocas que são próprias dos programas de ação estatal. Olvida-se, nessa abordagem, a importância da coordenação das linhas de ação como elemento indissociável do planejamento estatal no sistema inaugurado pela Carta de 1988<sup>34</sup>. Aqui, mais uma vez, a valorização de uma área de atuação do Estado em detrimento da outra – trabalho, em detrimento da cultura, por exemplo – pode determinar uma visão de túnel de parte dos agentes que participam da decisão, levando a uma escolha pública que optando pela preservação máxima da aptidão para o trabalho, prive os destinatários da ação estatal do acesso à cultura, secundarizado a partir de uma escolha valorativa que é pessoal, e não deflui da constituição.

Em última análise, o que os vetores assinalados por Sunstein como integrantes do princípio da precaução em seu sentido forte expressam, é uma prevalência da visão pessoal ou segmentada de uma determinada parcela da sociedade, que diante do conflito com outro olhar, opta pela estratégia da resistência, e não da conciliação ou da construção do consenso possível.

<sup>34</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Prefácio Marcos Jurueña Villela Souto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 74-75.

#### 4.2. Princípio da Precaução e Dissenso: Tensão a ser Solucionada pela Estratégia da Consensualidade

Nos termos acima indicados, o princípio da precaução em seu sentido forte pode se revelar paralisante – porque se ele não incorpora a importância da criação do acordo viável entre os destinatários da ação estatal; o que faz é potencializar o dissenso, conferindo a este um caráter de cláusula de bloqueio do cumprimento pela Administração Pública de seus misteres constitucionais.

É ainda Sunstein quem evidencia a importância do dissenso na sociedade<sup>35</sup>, destacando, porém, seu papel de potencializador do debate justamente para o aperfeiçoamento da decisão – e não paralisando a escolha pública. A divergência, na concepção do referido autor americano se presta a afastar vícios como o conservadorismo coletivo, a dominância do conformismo e ainda a formação de opinião pura e simplesmente por “efeito cascata” – meu vizinho ou meu igual pensa assim, logo essa deve ser uma avaliação correta do problema. Em síntese, o que se deseja é qualificar o debate, superando impressões decorrentes não do domínio dos fatos, mas da concordância coletiva que resulta da inércia ou do desinteresse.

O dissenso, de outro lado, deixa de ser útil quando se apresenta como cláusula de bloqueio à escolha – enquanto houver um único dissidente, nada se faz. E isso é assim, seja sob a perspectiva pragmática (as decisões precisam acontecer), seja sob a perspectiva democrática. Afinal, a atenção para com as minorias apresenta-se como elemento da concepção substantiva de democracia, justamente porque ela se presta a evitar a dominação pela maioria. A exploração do dissenso até a sua máxima potencialidade revelar-se-ia antidemocrática pelo que ela pode determinar de tirania, agora da minoria.

O princípio da precaução no sentido forte, portanto, apresentado como obstáculo absoluto ao agir do poder – ao contrário do que pretende o discurso comum – apto à geração da legitimidade da ação estatal, pela simples circunstância de que ele não fomenta o entendimento e a busca coletiva de solução; mas adota como premissa a ideia de que enquanto houver dúvida, não agir é a melhor estratégia. Ai está a incompatibilidade intrínseca: não agir diante de uma necessidade coletiva ou de um problema que reclama intervenção estatal é uma alternativa senão inviável, quando menos constitucionalmente indesejável. Da Administração Pública, o que se quer é a atuação naquilo que seja seu campo de competência. A inação é reprimida judicialmente<sup>36</sup>, eis que frustra o cumprimento dos compromissos constitucionais; por isso não se pode adotar como principal elemento legitimador das escolhas públicas

<sup>35</sup> SUNSTEIN, Cass. *Why societies need dissent*. Cambridge, Massachusetts – London, England: Harvard University Press, 2003.

<sup>36</sup> O sistema normativo brasileiro, como se sabe, reprime até mesmo a inação legislativa constitucionalmente relevante, o que evidencia um repúdio à inação do poder. A opção de engenharia constitucional é perfeitamente compreensível quando se tem em conta que no modelo da Carta de 1988, o poder é funcionalizado, orientado ao cumprimento dos compromissos axiológicos do Texto Fundamental. Assim, a inação do poder traduz em princípio, uma violação à própria constituição – e por isso, por princípio, se vê por ela mesma reprovada.

em tempos de sociedade de risco, um princípio de ação que conduz concretamente, no mais das vezes, à inação.

A alternativa, portanto, é a busca de um conteúdo ao princípio da precaução que prestigie não ao dissenso como objetivo principal, como se tem na concepção forte, que estimula a identificação permanente da divergência. O que se revela desejável – eis que apto a promover uma conciliação entre precaução e preservação da potência da Administração Pública – é uma aproximação ao mesmo princípio que sobrevalorize o processo de formulação da escolha como instrumento da construção do consenso.

#### 5. Atributos do Procedimento de Escolha Pública Suficientes à Caracterização da Precaução

De todo o exposto, pode parecer um truismo a afirmação de que o princípio da precaução deite efeitos especialmente na dimensão procedimental das escolhas públicas. O ponto principal, todavia, é a identificação de quais os atributos desse mesmo procedimento que se revelem suficientes a promover à precaução no sentido aqui preconizado – conciliando prospectiva e preservação com o imperativo de ação que é próprio da Administração Pública. O que se está propondo é a identificação de elementos procedimentais que se revelem suficientes a se ter por atendido esse ideal, sem que se tenha uma visão extremada da máxima *in dubio pro ambiente*<sup>37</sup>.

Primeiro ponto a destacar é a necessidade de incorporação nos procedimentos de formulação de escolhas públicas da necessária exploração das potencialidades de risco de sua atuação. Afinal, se sociedade de risco se identifica, dentre outros elementos, como aquela que pretende o gerenciamento dessas mesmas ameaças que hoje se tem claramente como presentes de forma mais ou menos evidente; explorar essas potencialidades há de ser um atributo do processo de formulação dos planos de ação estatal. Evidente que a referida prospectiva se dará em distintos graus quando se cuide de atividades rotineiras da Administração Pública como aquisição de material de consumo ou contratação de serviços ordinários de recepção ou limpeza; ou ainda quando se tenha uma grande obra pública. De outro lado, não se pode circunscrever a preocupação sempre e sempre às obras públicas – há outros segmentos de atuação da Administração em que o risco se põe como fator relevante, como por exemplo, a gestão dos regimes públicos de previdência.

Significa dizer que na fase inicial do ciclo das políticas públicas onde se procede à identificação do problema, já cumpre incorporar a detecção dos riscos envolvidos na situação examinada pela Administração, já que estes desempenharão papel útil na aferição posterior dessas mesmas ameaças quando da formulação em si da linha de ação a ser efetivamente materializada pelo Poder Público.

<sup>37</sup> A expressão *in dubio pro ambiente* se viu consagrada inclusive pela jurisprudência do STJ, consignando-se como precedente relevante nesse tema o REsp 1060753/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 14/12/2009. A questão que remanesce ainda a ser equacionada é qual seja o limite da dúvida; quando se pode ter por obviado o exaurimento da incerteza quanto a riscos incompatíveis com a proteção constitucional ao meio ambiente.

Essa prospectiva de risco, por sua vez, recomendará uma abertura crescente em relação às contribuições que possam ser ofertadas por atores que não integrem necessariamente a estrutura da Administração. Está-se aqui cogitando de integrar a Administração Pública a um espaço comum de aprendizado<sup>38</sup>, permitindo-lhe beneficiar-se de *expertises* e ainda de visões de um mesmo problema que a perspectiva puramente estatal não permita antever.

De outro lado, em se verificando um efetivo conflito potencial entre direitos fundamentais ou interesses coletivos protegidos de qualquer espécie, a ponderação a se desenvolver para a escolha da alternativa de ação ver-se-á revestida igualmente de maior legitimidade com a ampliação do universo de participantes deste primeiro momento de delimitação do processo decisório.

Destaque-se que a proposta não se identifica com a participação em sentido amplo, decorrência em si do próprio princípio democrático. O que aqui se está a defender é uma coordenação pela Administração Pública, de interlocutores específicos que possam contribuir para o aprimoramento da decisão. Academia e instituições técnico-científicas podem representar esse parceiro no diálogo, como também entidades da sociedade civil organizada que representem os interesses em aparente tensão na decisão administrativa em construção. O que não parece adequado é a evocação da velha imagem da ágora, e a pretensão e que a cidadania individual possa ser o interlocutor por excelência (se não o único) para revelar por si só as ameaças ocultas envolvidas no agir estatal em tempos de sociedade de risco. Disso decorre que uma seletividade de parte da Administração Pública nos interlocutores não é em si um mal – desde que os critérios sejam conhecidos, e a indicação de ofício não exclua outros interessados em contribuir.

Importante ainda destacar que se os atributos do processo de escolha pública de que se cogita destinam-se a incrementar o índice de legitimidade, o referido espaço comum de aprendizado é de ser entendido numa perspectiva da sociedade para a Administração, e igualmente da Administração para a sociedade. Assim, a disseminação de dados e conhecimento não é de se verificar de maneira unilateral, mas numa relação de troca que qualifique o debate e que permita a formação de um consenso consciente e informado.

O que se está afirmando é que em tempos de sociedade de risco, e nas atividades a que se dedique a Administração onde a incerteza e o imprevisível se revelem significativos, a busca de legitimidade se expande do simples ônus argumentativo na construção da decisão, para compreender uma postura ativa de construção do consenso. Observe-se que a proposta ora veiculada inverte a lógica tradicional de inércia da Administração Pública, de quem se reclamaria não só a disponibilidade para informar

<sup>38</sup> É de Jocelyn Bourgon a advertência de que em tempos onde se pretenda da Administração Pública servir além do previsível – e é disso que se está falando na cogitação acerca do princípio da precaução – a inserção num espaço comum de aprendizado seja indispensável à superação de suas deficiências de conhecimento, ampliando sua capacidade de antecipação e portanto, seu grau de resiliência (BOURGON, Jocelyn. *The Future of Public Administration: Serving Beyond the Predictable*. Public Money and Management, Volume 29, Number 1, 2009b, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy (CIPFA).

quanto a suas linhas de ação e justificativas. O que se está propondo dela exigir é uma atuação ativa na superação do dissenso<sup>39</sup>. Diferentemente da lógica do princípio da precaução no sentido forte, onde a existência do dissenso importa em vedação à ação; na proposta ora defendida cabe à Administração Pública mitigar o dissenso, por uma postura ativa de informação, potencialização de seu conhecimento, explicitação de suas próprias razões e delimitação das regras de jogo no debate público. Nesta visão, o dissenso é possível e é de ser considerado – mas não se apresenta como fator de bloqueio à deliberação, na busca utópica de uma unanimidade inalcançável, ou de uma escolha pública imune a qualquer risco prospectivo.

O que se valoriza na presente proposta, é a passagem, na lição de François e Huyghe<sup>40</sup>, da sociedade da autoridade à democracia da influência, traduzida essa última numa exercício de poder interconectado, que congregue os distintos agentes do debate público e aqueles encarregados da formulação das decisões. Disso não decorre todavia – é relevante clarificar – uma abdicação da condução do processo decisório pela Administração Pública, especialmente tendo em conta a circunstância de que a responsabilidade última, na perspectiva estritamente jurídica, assiste ao ente estatal.

Numa abordagem puramente pragmática, essa expansão da legitimidade para a construção do consenso possível, exigirá o deslocamento das oportunidades de participação para o início do processo de planejamento – e não para o seu final, como mecanismo de mera chancela de uma escolha pública que já se tenha afinal concluído. Afinal, o processo de convencimento recíproco entre Administração Pública e os diversos segmentos da sociedade mais facilmente se desenvolverá enquanto se está a explorar e construir alternativas, do que com a simples informação da alternativa eleita à qual se espera uma adesão coletiva.

Evidentemente, essa antecipação da participação envolverá por sua vez, um dever da Administração Pública de publicizar as entranhas do problema – antes de trazer a público a solução. Essa é uma mudança importante de postura do Poder Público, que a partir de uma suposta onisciência em relação ao interesse coletivo, não tem por hábito compartilhar as suas dificuldades – o que gera, de outro lado, a falsa sensação de que as soluções são simples, e que se a elas não se chega, é por incompetência ou por alguma intenção oculta dos gestores públicos.

Essa abertura para o aprendizado recíproco e a construção do consenso, de outro lado, deve ter um cenário de tempo pré-estabelecido para o seu desenvolvimento. Afinal, ainda na lição de Moreira Neto<sup>41</sup>:

<sup>39</sup> Não é ocioso sublinhar que o viés ativo da atuação da Administração Pública na construção de sua pauta de comunicação com a sociedade é um elemento já incorporado a ordenamento jurídico pátrio pela Lei 12.527/11 (Lei de Acesso a Informações), que em seu art. 3º, II erige a divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações como diretriz da garantia constitucional ali normativamente desenvolvida.

<sup>40</sup> FRANÇOIS, Ludovic e HUYGUE, François-Bernard. *Contre-pouvoirs. De la société d'autorité à la démocratisation d'influence*. Ellipses Éditions Marketing S/A, 2009, p. 47.

<sup>41</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de participação política*. Legislativa – administrativa – judicial, Fundamentos e técnicas constitucionais da democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 189.

É preciso ter sempre em mente que a boa política tem um componente de eficiência que deve se compaginar com o da legitimidade. Para que se obtenha o máximo de legitimidade com o máximo de eficiência, impõe-se recíprocos compromissos. Um sacrifício exagerado da eficiência institucional pode, facilmente, devolver uma sociedade aos processos autoritários superados.

Em contrapartida – decerto – essa mesma limitação no tempo do debate em relação à iniciativa estatal em cogitação é um elemento que merece igualmente a máxima publicidade, sob pena de ter-se por meramente simbólica a abertura à participação. A transparência nas regras do jogo no que toca às potencialidades de contribuição da cidadania para com o aperfeiçoamento das escolhas públicas apresenta-se como verdadeira tradução do direito fundamental à boa administração<sup>42</sup>, e permitirá o estabelecimento de uma verdadeira presunção da garantia de oportunidade para o controle social; o que pode se revelar particularmente útil nas hipóteses em que se tenha a judicialização da iniciativa estatal.

Relevante benefício que pode advir dessa nova aproximação do processo de construção das escolhas, é o envolvimento *ab initio*, também dos órgãos de contrapoderes – que no modelo tradicional, apresentam-se normalmente como opositores da linha de ação escolhida concretamente pelo Estado, a partir de uma concepção que tem precaução como obstáculo quase que material. Se na origem, sua missão institucional é o controle do poder, essa pode se dar igualmente no nascedouro da formulação da escolha pública – e no mais das vezes, essa será a atuação mais eficiente. A par disso, o envolvimento das entidades de contrapoder na superação dos riscos verossímeis na concepção da linha de ação estatal permitirá igualmente o aprimoramento, no nascedouro, de eventuais equívocos na seletividade quanto aos interlocutores na referida operação intelectual, que acima já se defendeu como legítima à Administração Pública.

Em linha de síntese, a legitimação das escolhas públicas num cenário de sociedade de risco haverá de repousar em três atributos do agir do poder: 1<sup>a</sup>) pela abertura COGNITIVA aos vários agentes que possam contribuir à eleição da estratégia mais adequada; 2<sup>o</sup>) pela abertura DEMOCRÁTICA no exercício da prognose de identificação e mitigação de riscos, e na ponderação que os riscos identificados possam reclamar; e 3<sup>o</sup>) pela CLAREZA PROCEDIMENTAL no mecanismo de formulação das escolhas públicas, reforçando a presunção de legitimidade que tradicionalmente favorece à Administração.

Coercitividade – essa é uma ideia que já se apresentou a início das presentes considerações – é atributo do agir do poder que não se conflita com a legitimidade; ao contrário, decorre dela. Em tempos de sociedade de risco, a fluidez do cenário e a multiplicação das contingências podem conduzir (e frequentemente assim tem

<sup>42</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. *Direito fundamental a boa administração e governança*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

sido) à necessidade do traçar de linhas de ação ao Estado sem que tenha parâmetros legais coercitivos e aplicáveis. Desponta então com maior relevância a necessidade de mecanismos que permitam o reconhecimento de uma legitimidade que deflui não de uma presunção associada à forma (legislativa), mas aquela cunhada no leito da consensualidade incidente sobre administração dos interesses públicos<sup>43</sup>.

Se o risco é inerente à sociedade atual, a pretensão de sua eliminação absoluta se revelaria uma contradição em termos. O signo de legitimidade repousará portanto numa escolha pública consciente e informada. Parafraseando Warren Buffett, “...o verdadeiro risco vem de não se saber o que se está fazendo...”.

## 6. Referencias:

ABREU, Geraldo Márcio Rocha. *O princípio da precaução e o controle externo pelo Tribunal de Contas da União em matéria ambiental*. Monografia apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, como requisito à conclusão da Especialização em Direito Ambiental, 2008, disponível em < <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055762.PDF>>, acesso em 28 de outubro de 2013.

ANTUNES, Luis Filipe Colaço. *O Direito Administrativo sem Estado. Crise ou fim de um paradigma?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

BECK, Ulrich. Living in the world risk society. A Hobhouse Memorial Public Lecture given on Wednesday 15 February 2006 at the London School of Economics. *Economy and Society* Volume 35 Number 3 August 2006: 329-345.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*, Vol. 2, de “l” a “z”, Prefácio de Fernando Henrique Cardoso, São Paulo: Editora UNB, 2004.

BOURGON, Jocelyn. *The Future of Public Administration: Serving Beyond the Predictable*. *Public Money and Management*, Volume 29, Number 1, 2009b, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy (CIPFA).

BRASIL. Conferência Geral das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. Carta do Rio de junho de 1992. DE JUNHO DE 1992. Disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>, acesso em 28 de outubro de 2013.

<sup>43</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3<sup>a</sup> ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 41.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1060753/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 14/12/2009.

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES. Communication From The Commission on the precautionary principle (2000). Disponível em < [http://ec.europa.eu/dgs/health\\_consumer/library/pub/pub07\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub07_en.pdf)>, acesso em 28 de outubro de 2013.

FRANÇOIS, Ludovic e HUYGUE, François-Bernard. *Contre-pouvoirs. De la société d'autorité à la démocratisation d'influence*. Ellipses Éditions Marketing S/A, 2009.

FREITAS, Juarez. Princípio da Precaução: Vedação de Excesso e de Inoperância. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 8, n. 35, jan./fev. 2006.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Uma análise das estruturas simbólicas do direito público. Apresentação do Ministro Carlos Ayres Brito, São Paulo: Manole, 2003.

GIDDENS, Anthony. Risk and responsibility. *The Modern Law Review*. Vol. 62, Nº 1, jan-1999, p. 1-10.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade*. Ensaio de uma ética para a utilização tecnológica. Tradução Majane Lisboa e Luiz Barros Montez, Rio de Janeiro: Contraponto – Ed. PUC-Rio, 2006.

LEWIS, Carol W. In pursuit of the public interest. *Public administration review*. Sep-Oct 2006, p. 694-701.

MORAND, Charles-Albert. *Le droit néo-moderne des politiques publiques*. Paris: L.G.D.J., 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno*. Legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado*. O Direito Administrativo em tempos de globalização. *In memoriam* de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Transadministrativismo: o Direito Administrativo em tempos de globalização*. Conferência proferida no VI Congresso de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro, Procuradoria Geral do Estado, em 24 de outubro de 2013. Notas do Autor. *Mimeo*.

PARDO, José Esteve. *El desconcierto del Leviatan*. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

POPPER, Karl. O incremento do conhecimento científico. in MILLER, David. *Textos escolhidos. Karl Popper*. Tradução de David Miller e Vera Ribeiro, revisão da tradução César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed PUC-Rio, 2010.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. La Charte de l'Environnement (2005). Disponível em < <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/developpement-durable/charte-environnement.shtml>>, acesso em 28 de outubro de 2013.

SUNSTEIN, Cass. Beyond the Precautionary Principle (January 2003). University of Chicago Law & Economics, *Olin Working Paper No. 149*; *University of Chicago, Public Law Working Paper Nº. 38*. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=307098>, acesso em 20 de novembro de 2013.

SUNSTEIN, Cass. *Why societies need dissent*. Cambridge, Massachusetts – London, England: Harvard University Press, 2003.

UNITED NATIONS. World Charter for Nature, 1982. Disponível em <<http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm>>, acesso em 28 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Prefácio Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Editora Forum, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lirio do Valle. *Direito fundamental a boa administração e governança*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Essere dele istituzioni*. [s/l]: Editoriale Scientifica, 2005.