

AS DECISÕES JUDICIAIS NA SOCIEDADE DE RISCO

THE JUDICIAL DECISIONS IN THE RISK SOCIETY

Lívia Ferreira Maioli Soares

Raquel Santos de Almeida

Resumo

As transformações ocorridas na sociedade no atual momento, fruto dos avanços tecnológicos e científicos, está fazendo surgir um contexto de incertezas e de exposição a riscos que em alguma medida ainda são desconhecidos. Surge um novo modelo de sociedade, a sociedade do risco. A gestão do risco é a palavra de ordem neste novo contexto, que requer também um novo modelo de Estado, de ordem jurídica, e impacta também nos mecanismos de tomadas de decisão, em especial as decisões judiciais, uma vez que os modelos anteriores não conseguem atender às suas necessidades, e algumas questões importantes devem ser consideradas pelo Direito nos ambientes de tomada de decisão no contexto do risco. O presente estudo pretende analisar essa nova realidade da sociedade de risco e os seus impactos nas decisões judiciais em especial.

Palavras-chave: sociedade de risco, decisões judiciais, gestão do risco.

Abstract

The changes occurring in society at the present time, the result of scientific and technological advances, is giving rise to a context of uncertainties and risks that exposure to some extent that are still unknown. It also appears a new model of society, the risk society. Risk management is the key word in this new context, which also requires a new model of State and Law, and also impacts on the mechanisms of decision-making, in particular the judicial decisions, since the earlier models can not meet your needs, and some important issues must be considered by the Law in the decision-making environments in the context of risk. The

present study intends to analyze this new reality of risk society and its impact on judicial decisions in particular.

Key-words: risk society, judicial decision, risk management.

Introdução

A contemporaneidade se desvenda para nós de forma desafiadora e complexa em suas relações sociais, políticas, culturais e econômicas. A ciência se multiplica, avança tão rapidamente, que mal conseguimos acompanhar o lançamento das novidades tecnológicas. O intervalo entre o lançamento de um produto, e sua versão mais nova, com mais recursos ainda, está cada vez menor. A informação atravessa o mundo em questão de segundos, ou menos, e as redes sociais conectam e aproximam pessoas que, de outra forma, não teriam qualquer contato.

O comportamento moderno, a vida confortável que é oferecida pela abundância de produtos e serviços presentes no mercado, também afetam o meio-ambiente. No entanto, embora seja possível medir e já sentir algumas consequências disso, ainda não se sabe exatamente como impactarão a vida e o equilíbrio do nosso planeta. As pesquisas científicas, os avanços na área da medicina, ao mesmo tempo que trazem cura e uma nova esperança para portadores de algumas doenças, também escondem algumas possíveis consequências, desconhecidas até mesmo pelos cientistas.

A sistemática do trabalho e da produção no presente, os avanços tecnológicos nas mais diversas áreas da Ciência, as comodidades e facilidades da vida nas grandes cidades também têm como efeito colateral o adensamento demográfico, o caos nos transportes coletivos, a incidência maior de fatores patogênicos como o *stress*, e, na conjuntura capitalista tende a intensificar o risco gerado e inerente a toda e qualquer atividade humana.

Essas e outras mudanças ocorridas a partir do século passado, e intensificadas nos últimos anos, transformou a sociedade global, sem que fosse necessária uma revolução. Ela foi sendo forjada à medida em que a sociedade adquiriu novos hábitos e um estilo de vida de

acordo com os novos recursos e facilidades colocados à disposição. Como imaginar a vida atual sem celular e internet, por exemplo?

Esse novo cenário traz consigo um ambiente de incertezas e dúvidas. A sociedade atual é detentora de uma potencialidade de risco, que se tornou o mote de nosso tempo. Em muitas situações é possível conhecer e medir os riscos, em outras sabe-se apenas que ele existe, ou ainda que trata-se de uma possibilidade que ainda não se pode mensurar. Os grandes e incontáveis benefícios trazidos pelo avanço científico e tecnológico, pela exploração ambiental e pelo novo estilo de vida do homem moderno, também traz consigo efeitos colaterais negativos cada vez mais imprevisíveis e incontroláveis. Por estas razões, a sociedade moderna pode ser chamada também de sociedade do risco.

No âmbito do Direito, quais os possíveis impactos? É possível regular o risco? Como fica a questão da responsabilidade sobre eventuais riscos de um produto ou serviço? A previsibilidade do risco é um fator a ser considerado? Como ficam os juízes e tribunais diante dessa nova realidade? Devem considerar o risco e sua potencialidade em suas decisões? Ou, antes disso, considerá-lo como instrumento de auxílio para as decisões? Esses são alguns dos desafios atuais a serem tratados pelo Direito, que, aos poucos vem respondendo a essa nova necessidade. Já existem leis que tratam da questão do risco em alguns segmentos. A questão, contudo, não é simples, justamente porque diz respeito a situações sobre as quais ainda não se conhece bem suas consequências. Cabe também a reflexão no tocante à pertinência de regulamentação de todas essas questões, considerando a liberdade dos cidadãos.

Tendo em vista essas considerações, o objetivo do presente trabalho é discutir brevemente algumas questões a respeito da sociedade de risco, seu conceito e algumas questões relevantes para o Direito, e também sobre como o risco deve ou não impactar as decisões judiciais ou a forma de se decidir no âmbito judicial. Não se pretende esgotar o assunto, mas apontar alguns pontos importantes que devem ser considerados no estudo e aplicação do Direito na nova formação de sociedade que se desvenda aos nossos olhos, a Sociedade de Risco.

II - A Sociedade de Risco

Como brevemente exposto na introdução, a modernidade e os avanços científico-tecnológicos fizeram surgir uma nova sociedade. Uma sociedade que não foi fruto de qualquer revolução e não teve nenhum movimento que marcou o seu início como aconteceu na Revolução Francesa ou na Revolução Soviética. Essa sociedade é fruto das transformações que ocorreram dentro de si mesma, do seu próprio sucesso e vitória. Ulrich Bech¹, identifica essa nova sociedade como uma modernidade reflexiva, justamente porque as mudanças que a levaram ao estágio atual ocorreram dentro dela mesma. Pode-se dizer que ela aconteceu de forma imperceptível e não intencional, no sentido de que ela foi sendo forjada à medida que a sociedade foi adquirindo novos hábitos, fruto do avanço tecnológico e social. Segundo o autor, é fruto de uma autodestruição criativa e do seu próprio dinamismo. Segundo o mesmo autor, o momento que se vivencia atualmente é um momento particularmente de ruptura no interior da própria modernidade, como na mudança do paradigma da ordem feudal, provocando a emergência de uma nova ordem e civilização industrial dentro da modernidade industrial.

Entretanto, como mencionado nas linhas introdutórias deste trabalho, essa sociedade moderna e reflexiva se introduz em um mundo de incertezas. Os avanços científicos e tecnológicos, a criação de novos produtos e necessidades, e a produção social de riquezas faz com que, de modo geometricamente proporcional, aumente a produção social de riscos, as incertezas e instabilidades nos mercados financeiros em níveis local e mundial, as tragédias ambientais, os conflitos armados políticos e o terrorismo.

A sociedade industrial e o Estado Social estão sujeitos à exigência de que todas as situações da vida humana sejam controladas ou controláveis. Entretanto, na sociedade de risco reina a incerteza. Permanece o ideal de controle, mas não se pode mais controlar todas as variáveis da vida em sociedade. Os riscos provocados escapam à capacidade de controle das instituições privadas e públicas. Os efeitos dessa sociedade de risco não podem ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial, modelo anterior. Deve-se considerar o

¹ BECK, Ulrich. *A Reinvenção da Política: Rumo a uma Teoria da Modernização Reflexiva*. In _____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva*. São Paulo: UNESP, 2. reimpressão, 1995.

estreitamento das fronteiras pela celeridade da informação, e o aparato tecnológico que permite a produção e disposição de bens e serviços em escala global. É a sociedade do risco.

Para Ulrich Beck, *“este conceito (sociedade de risco) designa uma fase do desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial”*². O risco ocupa uma posição de destaque no modelo de sociedade contemporâneo. Ele aumenta à medida que a sociedade caminha para essa nova realidade.

A sociedade do risco caracteriza-se pela mão de obra mais concentrada na prestação de serviços do que na indústria, por grandes avanços tecnológicos e aplicação de novas tecnologias, como a nanotecnologia na fabricação de produtos, utilização de biocombustíveis, aumento de uso de computadores, internet, aumento da sociedade de consumo, o consumo de massa, a sociedade de massa, problemas e riscos ambientais, além do aumento da desigualdade entre países, em função da produção industrial, produção de riqueza, e do PIB de cada um deles. Os indivíduos se tornaram mais individualistas e mais consumistas, consequência de enorme quantidade e variedade de produtos colocados à disposição no mercado.

Assim, a sociedade do risco contrasta com a sociedade industrial, e os seus problemas não podem ser tratados da mesma forma como era feito no modelo anterior. Por isso, também pode ser chamada de sociedade pós-industrial. Esse retorno da incerteza e a falta de controle demandam também novas formas de decisão judicial, em que se pese os riscos inerentes em cada tomada de decisão, e em cada caso que demanda uma decisão.

Neste contexto, modernização reflexiva significa autoconfrontação com os efeitos da sociedade de risco, que não podem ser tratados e assimilados no sistema da sociedade industrial, modelo anterior. Essa sociedade de risco provoca transformações em três áreas: (i) relacionamento da sociedade com os recursos; (ii) relacionamento da sociedade com as ameaças e os problemas produzidos por ela mesma; (iii) as fontes de significado coletivas e específicas de grupo estão sofrendo exaustão e desencantamento. A sociedade de risco é também reflexiva no sentido de que a imprevisibilidade das ameaças provocadas pelo desenvolvimento exige a auto-reflexão em relação às suas próprias bases, pois a incerteza está

² Idem. Op. Cit. p. 15.

presente novamente no cenário global. O horizonte se obscurece à medida que os riscos crescem.

No campo político também se vislumbram novas regras, a participação individual mais ativa. Ulrich Beck denomina esse modelo de subpolítica (*sub-politics*)³, que significa moldar a sociedade de baixo para cima, partindo dos indivíduos para os detentores do poder. Como todos estão sob a mesma ameaça e o mesmo risco, todos são em parte responsáveis⁴, e devem assim participar das tomadas de decisão, da proposição de alternativas dentro da nova realidade. No entanto, o presente trabalho pretende deter-se com mais atenção nas decisões judiciais, e em como elas devem se portar nessa nova sociedade, a sociedade do risco.

A palavra de ordem é a gestão do risco, sendo esta a preocupação principal da ordem global nesse contexto de transição e transformação. E as decisões judiciais, os Tribunais, não podem ficar alheios a isso. O conflito não consiste somente em distribuir os bens, como se fez até então no modelo industrial-capitalista, mas também os malefícios, o risco inerente a esse novo modelo e os danos concretos advindos dele. A pobreza em massa, as crises econômicas e ambientais, os riscos nucleares, questões genéticas, guerras, estado de emergência produzido por catástrofes, são algumas consequências maléficas que estão sendo suportadas por toda a sociedade.

Essa questão é um dos pontos que devem ser considerados nos mecanismos de tomada de decisão, o que inclui também as decisões judiciais. É importante que os julgadores considerem a questão do equilíbrio e da distribuição do risco em suas decisões. Não se pode desconsiderar os riscos de cada decisão, ou de cada forma de decisão. Salta aos olhos a necessidade de se distribuir os benefícios e malefícios decorrentes do novo modelo. Segundo Ulrich Beck: “*Administrações de todos os níveis vêem-se em confronto com o fato de que o que eles planejam ser um benefício para todos é percebido como uma praga por alguns e sofre sua oposição.*”⁵ E também pode ser percebida na aparente contradição de buscar certezas e respostas numa realidade em que as incertezas e dúvidas aumentam a cada dia.

³ Idem. Op. Cit. p. 35. Para o autor, o novo modelo de política na sociedade de risco deve contar com a participação dos indivíduos nas tomadas de decisão.

⁴ A modernidade reflexiva tem vários atores e sujeitos: as pessoas individualmente, a coletividade, os agentes públicos e privados, as corporações e as organizações. Todos os atores devem se envolver na tomada de decisão, uma vez que os benefícios e os malefícios devem ser suportados por todos.

⁵ BECK, Ulrich. Op. Cit. p. 42.

A sociedade de risco altera também o relacionamento da sociedade com os recursos naturais e culturais, com as ameaças e os problemas produzidos por ela mesma, e nos conceitos e significados que basearam os modelos de sociedade anteriores⁶. Não se pode mais lidar da mesma forma com essas questões. Os recursos tornaram-se limitados, e algumas atividades que antes não eram consideradas nocivas, atualmente podem representar uma ameaça. Neste cenário, o conhecimento e a inter-relação entre as disciplinas se mostram como uma ferramenta útil para tratar dessas questões. O Direito também deve responder a essas mudanças. Nas palavras de Alceu Maurício Jr.:

*O risco traz para o direito a revolução ocorrida no início do século XX nas ciências “duras” no campo da ordem e da certeza, provocada pelo reconhecimento da complexidade do real. [...] A segunda metade do século XX marca o surgimento das ciências sistêmicas, numa clara constatação de que o conhecimento isolado não é o melhor conhecimento, pelo menos em algumas áreas.*⁷

O Direito precisa recorrer a outras áreas do conhecimento e a outras ciências para resolver os problemas para os quais é chamado, além de outras mudança trazidas pela transição da sociedade industrial para a sociedade de risco. O Estado de Direito do modelo liberal ou do modelo social já não atendem plenamente a nova realidade. “*Emerge, portanto, dessa nova base social, um modelo de Estado de direito que denominamos Estado de Risco, o qual não se enquadra nem no modelo liberal, nem no modelo de Estado social.*”⁸ O modelos de Estado de direito até então sempre tiveram por foco garantir e proteger direitos. Segundo Alceu Maurício Jr., a segurança jurídica das relações e a sua garantia sempre esteve na base da justificação do Estado de direito⁹.

No entanto, o Estado de risco, da sociedade de risco, requer uma nova disciplina. Além de manter suas funções anteriores, é também papel do Estado, neste atual cenário, tratar e disciplinar os riscos criados pela modernidade. Não se trata de negligenciar ou dar menos importância a questões como a segurança jurídica, mas talvez de atribuir um outro olhar, ou mesmo um outro significado a estes institutos. E as decisões judiciais devem refletir o novo

⁶ Idem. Op. Cit. p. 17-18.

⁷ MAURÍCIO JR, Alceu. *Para Além da Razão: risco, afeto e as bases psicológicas para o questionamento do paradigma moderno do Estado de Direito.* (mimeo). 2009. p. 17-18.

⁸ Idem. *O Estado de Risco e a Burocratização do Espaço Democrático.* (mimeo). 2009. p. 13.

⁹ Idem. Op. Cit. p. 14.

olhar que deve ser dado a determinadas questões, considerando a realidade do risco e a necessidade de se lidar com ele.

Além disso, a questão do risco traz consigo também a questão da responsabilidade. Um dos pontos importantes a serem considerados nos processos de avaliação dos riscos de produtos, serviços e atividades é justamente a quem caberá a responsabilidade sobre os riscos, sejam eles eventuais ou concretos, previsíveis ou imprevisíveis. Isso também impacta nas decisões judiciais. No entanto, a atribuição de responsabilidade deve ser precedida por alguns passos como a avaliação correta ou a mais próxima possível do risco, para que se conheça não apenas o tamanho e a proporção do risco, como também a sua probabilidade e previsibilidade. Neste sentido, Cass Sustein propõe uma metodologia para se mensurar com mais exatidão a proporção e probabilidade do risco, a qual ele chama de custo-benefício¹⁰, e assim estabelecer políticas coerentes e acertadas e salvar mais vidas, ou evitar danos maiores.

A sua proposta tem como justificativa o fato de que as pessoas e os gestores privados e públicos cometem alguns equívocos em relação à avaliação de riscos¹¹ nos diversos setores de atividade e produção, o que fatalmente conduz à propositura e implementação de políticas públicas e alocação de recursos também equivocados, que impedem uma gestão do risco razoável e adequada. Ele defende a participação dos *experts*, técnicos e especialistas no assunto a ser tratado, no processo de estudo e avaliação dos riscos, já que estes estão menos suscetíveis às idéias comuns a respeito dos riscos que levam ao erro, devido ao seu conhecimento técnico das questões colocadas à prova.

Ora, a correta avaliação de risco permite, por conseguinte, um correto tratamento do risco, ou até mesmo o seu não tratamento de forma consciente, uma vez que permite a opção por correr o risco, dependendo da sua previsibilidade, custo e proporção. Em alguns casos é possível que a decisão mais acertada em termos de custo-benefício para a sociedade, seja correr determinado risco de difícil previsibilidade ou de proporção pequena em relação ao todo, ao invés de impor um ônus demasiado grande de prevenção deste risco.

¹⁰ SUSTEIN, Cass R. *Risk and Reason. Safety, Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge Press, 2002.

¹¹ Idem. Op. Cit. Cap. 2. Segundo o autor, as pessoas tem algumas concepções sobre o risco que nem sempre condizem com a realidade: (i) a probabilidade de risco de determinado evento está relacionado à memória e à intuição das pessoas, e à publicização do evento; (ii) as pessoas acreditam que qualquer exposição a elementos químicos é nociva e tendem a acreditar que tudo que é natural é bom; (iii) a influência social e o efeito cascata por ela gerado; (iv) quando os riscos não são corretamente mensurados, algumas decisões podem evitar um risco, mas causar outros problemas; (v) as pessoas medem os riscos pelos benefícios proporcionados; (vi) as pessoas também se preocupam mais com a proporção do risco, do que com o número absoluto de pessoas expostas, ou salvas; e, por fim, (vii) as pessoas atribuem maior riscos a grandes potenciais de catástrofes, como o terrorismo.

Neste ponto é importante diferenciar os Princípios da Prevenção e da Precaução. Fazendo uma avaliação adequada e responsável, a Prevenção lida com aquilo que se pode conhecer, medir e se apresenta real e concreto. Permite a prevenção de riscos que de fato podem acontecer e causar efeitos sérios, o que possibilita uma gestão eficiente do risco, evitando dispêndio de recursos desnecessários ou desproporcionais.

Por sua vez, o princípio da precaução traz a idéia de que na dúvida, é melhor evitar o risco, e assim suspender a atividade ou retirar determinado produto do mercado. O risco não é de fato conhecido, não se sabe ao certo quais os riscos reais. Tem-se apenas a possibilidade de que aquela substância utilizada, por exemplo pode eventualmente causar danos. Pelo Princípio da Precaução, então, havendo qualquer possibilidade de risco, o produto ou a atividade em questão serão evitados. Entretanto, o Princípio da Precaução, se aplicado irrestritamente, pode ser prejudicial para a sociedade, pois tem um efeito paralizante: havendo a menor possibilidade de risco suspende o produto ou a atividade, e também pode representar um gasto de recursos significativo para o tratamento de um risco efetivamente pequeno e até mesmo desconhecido. Nesses casos, como dito acima, torna-se novamente evidente a necessidade de uma avaliação cuidadosa nos processos de tomada de decisão. Na sociedade do risco, o risco nem sempre será evitado, mas havendo informação e conhecimento adequados, será dividido e suportado por todos.

A regulação tem um papel de fundamental importância neste processo, pois uma vez feita a adequada análise do risco, é possível definir com mais acerto as políticas de regulação. Conhecendo melhor os riscos pode-se estabelecer uma regulação mais coerente e efetiva sobre as atividades que realmente requerem uma maior atenção dos Órgãos Reguladores, por apresentarem um potencial de risco maior. E a regulação, por sua vez, impacta na questão da responsabilidade. Quanto mais regulação, melhor gestão do risco, e menor responsabilidade para aqueles que exercem determinada atividade. A responsabilidade é dividida entre os agentes da atividade, o Estado, representado pelas Agências Reguladoras, e a própria sociedade, os indivíduos.

A regulação também é um fator a ser levado em consideração pelos Tribunais, pois podem eventualmente ser chamados a decidir sobre questões de regulação, quando estas envolverem risco. Além do fato de que as próprias agências podem e devem atuar em contribuição com o judiciário fornecendo *expertise* em questões que envolvam risco, que serão subsídios para as suas decisões.

Muitas vezes, porém, a regulação estatal não caminha no mesmo ritmo do desenvolvimento, o que impõe para as empresas o dever de informar ao público, com muita transparência, a respeito dos riscos, e assumir a responsabilidade sobre os eventuais efeitos. Essa é uma das razões pelas quais o Judiciário poderá ser chamado a se manifestar. Uma vez que não há regulação, quem decidirá questões sobre responsabilidade?

A avaliação correta e razoável dos riscos se mostra uma medida eficaz no tratamento das questões e na atribuição de responsabilidade sobre os riscos, uma vez que a responsabilidade é um aspecto inerente desse modelo de sociedade. No âmbito do Judiciário e das decisões judiciais, que são o nosso foco neste trabalho, essas questões ganham igual importância e devem ser consideradas. O próximo capítulo nos trará algumas considerações a respeito do papel do Judiciário e da dinâmica das decisões judiciais na sociedade do risco.

II - As Decisões Judiciais na Sociedade de Risco

Dadas as considerações acima com respeito à sociedade do risco, é importante ressaltar que a gestão do risco deve envolver todos os setores públicos e privados. Assim, Legislativo, Executivo e Judiciário, com o auxílio de Agências reguladoras, da internet, da sociedade e dos especialistas, devem se conscientizar dessa nova realidade e agir em conjunto, de acordo com o que lhe cabe, para que a sua atuação e contribuição sejam eficazes. O Judiciário cumpre um papel importante nesse processo. Por isso, o presente capítulo dará atenção especial às decisões judiciais e aos mecanismos de decisões, considerando a questão do risco e a nova realidade. Deve-se ter em mente que uma mudança de metodologia e mentalidade faz-se necessária no âmbito do Judiciário diante dessa nova realidade.

A consideração do risco no âmbito das decisões judiciais apresenta dois aspectos. O primeiro deles é a consideração dos riscos dos processos de tomada de decisão. Esse aspecto encontra-se em momento anterior à tomada de decisão. Consiste em avaliar os riscos em cada procedimento, forma, ou caminho para se tomar uma decisão, para proferir uma sentença. Os riscos serão considerados no momento de se adotar um critério ou uma teoria a ser aplicada

nas tomadas de decisão. Essas regras que norteiam e estabelecem procedimentos para tomadas de decisão são chamadas de regras de segunda ordem¹².

Deve-se, portanto, considerar o fato de que é necessário criar mecanismos de tomada de decisão que levem o risco em consideração. A análise ou avaliação do risco seria feita em momento anterior ao da tomada de decisão propriamente dita. Na realidade, seria estabelecido um método de como lidar com os possíveis, prováveis ou eventuais riscos em um caso concreto, e a partir disso, obter diretrizes de como decidir em cada situação. Além disso, seriam avaliados os riscos de cada regra de segunda ordem em si, as possibilidades de perdas e ganhos na adoção de uma ou outra, dentro das opções disponíveis. Deve-se considerar a possibilidade de se adotar uma teoria que permita ou não a análise do risco de cada caso, desde que se considere os riscos dessa opção.

O segundo aspecto encontra-se no momento da tomada de decisão, em que deve ser considerado o caso concreto, e verificar se há situações de risco concreto ou de avaliação de risco. O julgador, neste caso, deverá avaliar, no caso concreto, quais as consequências, sob o ponto de vista do risco, de uma decisão favorável ou não à determinada situação.

Voltando ao primeiro aspecto, cumpre aqui trazer algumas considerações importantes sobre o momento anterior à tomada de decisão, e ao estabelecimento ou não de regras para as tomadas de decisão em um Tribunal, que são as chamadas regras de segunda ordem. As regras de segunda ordem podem ser identificadas como aquelas regras utilizadas pelos juízes e Tribunais para orientá-los e ajudá-los a escolher quais teorias devem ser aplicadas nas tomadas de decisão. Podem também ser chamadas de meta-teorias.

Algumas meta-teorias ou regras de segunda ordem que podem ser consideradas são o formalismo e o particularismo. Fala-se também em pragmatismo jurídico, que pode também ser entendido como uma espécie de particularismo, pois a sua prática considera cada caso individualmente. As duas formas de se decidir apresentam vantagens e desvantagens, e podem se apresentar mais ou menos favoráveis, dependendo de como for o ambiente em que se

¹² ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações*. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Segundo os autores, regras de segunda ordem, são regras que deve ser observadas no momento anterior à tomada de decisão. São regras que definem, por exemplo, se as decisões serão tomadas com base no formalismo ou no particularismo, por exemplo. Isso também será explicado melhor adiante. Os autores as definem como teorias que procuram indicar como os juízes devem decidir, também pode ser chamada como uma teoria normativa da decisão judicial.

tomam as decisões. Esse ambiente deve ser avaliado considerando as condições sociais, políticas e até mesmo econômicas da sociedade em questão.

Tratando do formalismo, primeiro deve-se atentar para o fato de que trata-se de uma expressão que nos dias atuais não tem sido vista com bons olhos. Dizer que um juiz é formalista não representa nenhum elogio, pelo contrário, pode até ser visto como uma crítica, dependendo da situação. Por isso, é importante trazer uma definição do que será considerado formalismo neste trabalho. O Prof. Noel Struchiner traz algumas idéias sobre o tema.

O formalismo baseia-se exclusivamente no conteúdo da norma para decidir os casos, sem levar em consideração as suas particularidades. Os que são contrários a essa teoria, entendem que o formalismo exclui a possibilidade de se alcançar o melhor resultado para cada caso - no caso da gestão ou consideração do risco, pode-se incorrer em situação semelhante, uma vez que, considerar os possíveis riscos ou não implica em analisar cada caso cuidadosamente. Também entendem que pode levar a uma padronização das decisões que eventualmente impedirão o alcance do melhor resultado para cada caso.

A prática do formalismo faz com que a análise de variáveis seja feita necessariamente por quem faz a norma, por quem escreve o texto legal. Isso que dizer que, tratando-se de risco, o modelo formalista retira do juiz a possibilidade ou a necessidade de se avaliar os riscos de sua decisão, já que ele somente fará aplicar a norma que já está escrita. O Poder Legislativo que deve, então, fazer todas as análises de risco e outras variáveis no momento de elaboração do texto legal. Considerando o fato de que a gestão do risco pode ser melhor se todas as Instituições trabalharem com as questões referentes ao risco, o modelo formalista puro, por assim dizer, pode impedir este trabalho em conjunto.

Já o particularismo considera todas as variáveis do caso. Para a análise do risco, o modelo particularista, em princípio, parece mais adequado, pois permitirá ao juiz analisar todas as variáveis do caso concreto, inclusive como avaliar os riscos, e quais riscos estão envolvidos e podem surgir em decorrência de determinada decisão. Por outro lado, existe o risco de se adotar o modelo particularista. Alguns deles podem ser: o aumento dos custos de cada decisão, aumento do tempo médio para se proferir uma sentença, pois será necessário mais tempo de análise e estudo das variáveis do caso, e o aumento da possibilidade dos juízes errarem. Essa última talvez seja uma consequência que merece mais atenção, pois pode colocar toda a questão a perder, e pode representar um risco significativo para a sociedade.

Não se pode, contudo, deixar de lado o ponto trazido por Arguelhes e Leal sobre o chamado pragmatismo jurídico, que, de forma bem sintetizada, tem como principal traço a centralidade das consequências. Embora o termo pragmatismo jurídico não seja muito preciso naquilo a que se refere¹³, pode-se dizer que um juiz é pragmatista por se preocupar principalmente com as consequências de suas decisões. Eles chamam a atenção para o chamado “*compromisso com as consequências*”¹⁴, uma questão que já vem sendo muito debatida nos Estados Unidos, mas por aqui ainda não se apresenta muito familiar. É uma forma de pensar que “*atribui às consequências práticas das decisões judiciais um peso decisivo na atuação dos juizes*”¹⁵. Além disso, o pragmatismo tem a concepção do Direito como um instrumento para atingir finalidades sociais relevantes, daí a necessidade de considerar as consequências das decisões.

Em princípio, o pragmatismo não tem compromisso com o passado, com decisões já proferidas, ou mesmo com parâmetros pré-estabelecidos: o juiz decide de acordo com sua convicção, olhando para o futuro, para as consequências da decisão em cada caso. Por suas características, esse pragmatismo, pode trazer ao ambiente de decisão a insegurança jurídica, já que, em tese, não há parâmetros anteriores, e cada caso será decidido com base nas possíveis consequências e na convicção do juiz. No entanto, embora exista esse risco, o pragmatismo não incentiva a tomada de decisão sem qualquer respaldo ou compromisso com alguma coisa anterior. Deve existir o que pode ser chamado de “*bolsões de formalismo*”¹⁶, que é justamente a consideração de normas e casos anteriores como parâmetro de decisão, para que se garanta a segurança jurídica.

Além disso, o pragmatismo não se configura pela simples análise das consequências. Para ser pragmático, neste sentido, não basta olhar para as consequências, é necessário analisar as consequências além do caso, a longo prazo, dado que, em determinadas situações, “*uma postura não pragmática de curto prazo justifica-se por uma razão pragmática de longo prazo*”¹⁷. Deve-se pensar nas consequências de se analisar todas as possíveis consequências

¹³ O termo pragmatismo jurídico pode ser utilizado para fazer referência a muitas coisas diferentes, até opostas, levando alguns a pensarem que pragmatismo não quer dizer muita coisa.

¹⁴ Idem. Op. Cit. p. 3.

¹⁵ Idem. Op. Cit. p. 3.

¹⁶ Idem. Op. Cit. p. 18.

¹⁷ Idem. Op. Cit. p. 28.

de uma decisão, e então, buscar as melhores consequências. A razoabilidade também faz parte as considerações de um juiz que atua com base no pragmatismo.

Dessa forma, o pragmatismo não defende a abolição de normas e do formalismo neste sentido, mas propõe uma análise e utilização equilibrada dessas ferramentas, para que seja possível a análise das consequências, e a busca da melhor das consequências possíveis, ainda que para isso, a aplicação pura da norma seja o melhor caminho para este objetivo.

Nas palavras dos autores Arguelhes e Leal:

Assim, a idéia-chave do pragmatismo jurídico quanto ao papel das consequências na decisão judicial não poderia ser descrita simplesmente como sendo “o juiz deve sempre adotar a decisão que tenha as melhores consequências para o caso”. A melhor leitura possível da posição de Posner seria, portanto, a de que o juiz pragmático não adotará a decisão com melhores consequências imediatas sempre que essa postura não implicar as melhores consequências sistêmicas, isto é, para o sistema judicial como um todo no longo prazo.¹⁸

Nota-se, portanto, que o pragmatismo busca um equilíbrio na adoção e utilização de teorias, de forma a permitir uma decisão com as melhores consequências possíveis. No âmbito da sociedade de risco, pode-se dizer que as melhores consequências possíveis são aqueles que trazem menos risco à sociedade e aos envolvidos no caso concreto. Deve-se apenas atentar para o fato, já mencionado acima, que o pragmatismo e o particularismo trazem consigo custos mais altos e uma alta chance de erro, devido à necessidade de análise mais cuidadosa do caso e suas possíveis consequências. Deve-se, portanto, considerar os riscos de uma postura mais pragmática ou mais formalista como meta-teoria da decisão.

Os autores também ressaltam a possibilidade de aplicação do pragmatismo nos dois momentos de tomada de decisão, conforme citado, em relação à consideração do risco. Isto posto, pode-se perceber que o pragmatismo, por favorecer a análise de cada caso, e de suas consequências, em princípio apresenta-se como uma teoria interessante para se considerar os riscos presentes em um caso concreto, o segundo aspecto que será abordado, conforme seja a decisão do juiz em relação a ele, e também para se estabelecer meta-teorias para orientar as tomadas de decisão.

O segundo aspecto refere-se ao momento de tomada de decisão em si, em que deve ser considerado o caso concreto e suas particularidades e riscos inerentes. Para tanto, o juiz

¹⁸ Idem. Op. Cit. p. 19.

deverá ter à sua disposição estudos e análises sobre o risco, e poderá contar com o auxílio de *experts* e agências especializadas na análise e medição de risco, que apresentem sinais mínimos de concretude dos riscos apontados no caso concreto.

No entanto, à medida que a ciência avança, ao invés de se obter mais certeza sobre determinados fatos, aumentam as incertezas e as indeterminações no que tange às consequências de atividades, obras e experiências. Isso requer um comprometimento maior dos juízes, pois implica em maior discricionariedade para se decidir questões que envolvam riscos. O juiz deve especular, avaliar as situações de risco, e verificar qual deles trará menos risco à sociedade, ou em qual deles o risco será melhor absorvido. É justamente por essas razões que a possibilidade de erro aumenta, e traz consigo a possibilidade de gerar insegurança no ambiente de tomada de decisão. Montenegro e Duarte trazem algumas observações importantes sobre o novo papel dos juízes:

A propagação do dano requer uma nova compreensão da função judicial, e não uma abdicação do controle dos atos administrativos ou a transferência de responsabilidade ao Executivo, como se tem tornado o hábito.

Ao juiz é reservado um papel que se está ampliando na sociedade de risco, acrescenta-se à função judicial atual a verificação dos fatores que ameaçam direitos e conseqüente adoção de providências que evitem ou pelo menos amainem os efeitos nocivos à coletividade, especialmente aqueles que afetam interesses gerais.¹⁹

Portanto, o risco não pode mais ser uma variável desconsiderada pelos juízes. Deve existir a preocupação com os efeitos nocivos que eventualmente possam advir das situações trazidas ao judiciário. Evitar ou diminuir os riscos em cada situação, ou ao menos avaliar quais os riscos e tentar medi-los, se forem inevitáveis, é um dever daqueles que tomam decisões. Questões ambientais, como polêmicas em torno de grandes obras, como a transposição do rio São Francisco, a construção de Usinas hidrelétricas, questões envolvendo áreas de preservação e reserva, o caso das Células-Tronco, questões de segurança, são algumas situações que tem sido levadas aos Tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, para que se tenha uma resposta, para que o Judiciário defina uma forma de conduta diante dessas situações. Esses exemplos mostram que a sociedade do risco, o novo modelo em

¹⁹ DUARTE, Francisco Carlos. MONTENEGRO, Juliana Ferreira. *A Ação Coletiva na Sociedade de Risco*. In: CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2008, Salvador. *Anais do Conpedi - 2008*, 2008. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/salvador/francisco_carlos_duarte.pdf.

que se vive atualmente, está levando suas crises e dificuldades para que o Judiciário a auxilie na solução e tratamento. Mais uma vez é importante frisar que não é papel apenas do Judiciário o tratamento dessas questões, mas ele não pode ficar de fora dessa nova realidade.

Segundo os mesmos autores, torna-se mais importante as medidas preventivas, por meio das quais podem os juízes impedir, de certa forma, a ocorrência de eventos que tragam riscos de danos para os envolvidos e para a sociedade em geral, e permitem a proteção de direitos que dizem respeito a todos, como os direitos difusos e coletivos. Além disso, torna-se mais uma vez imprescindível o estabelecimento de meta-teorias que auxiliem os juízes nessa árdua tarefa de consideração e avaliação de risco, sem que essa nova atribuição desconsidere o sistema em funcionamento que, apesar dos seus erros e vicissitudes, proporciona o mínimo de segurança jurídica para os seus assistidos.

Diante dessas possibilidades, vislumbra-se uma tendência ao particularismo e ao pragmatismo jurídico, que permite uma análise mais detalhada e cuidadosa de cada caso, e a consideração dos riscos envolvidos em cada decisão. Não se deve, contudo, ignorar que essa nova prática, que pode ser considerada como uma regra de segunda ordem, aplicável aos Tribunais no novo cenário, também deve passar por uma análise de risco, uma vez que existe a possibilidade de que o modelo particularista traga consigo também alguns riscos, como aumento dos custos e do tempo de decisão de cada caso, que devem também ser avaliados, visando o bem maior de todos. O pragmatismo puro talvez não seja a melhor opção, dadas as consequências maléficas que pode trazer. Preservar os “*bolsões de formalismo*”, conforme dito acima, pode ser uma alternativa interessante para que seja possível extrair o melhor do pragmatismo e do formalismo também, e assim permitir a busca das melhores consequências em cada etapa da tomada de decisão.

Por fim, resta uma breve análise sobre qual a melhor postura do Poder Judiciário frente ao risco e aos diversas possibilidades em que pode funcionar. Considerados os aspectos que requerem a análise do risco no âmbito do Judiciário, deve-se analisar a questão sob o aspecto das chamadas Capacidades Institucionais. A pergunta que se deve fazer é se deve o Judiciário, com suas capacidades e limitações, enfrentar questões relacionadas ao risco, e considerá-lo em seus mecanismos de decisão. Esse questionamento é importante porque ajuda a definir qual o papel do Judiciário na gestão do risco. Dessa forma, a análise de capacidades institucionais deve ser feita através de métodos de comparação entre as Instituições para se chegar a uma conclusão de qual apresenta melhores condições para tratar do tema.

Analisando a atuação dos Poderes, sua dinâmica externa (como é percebida sua articulação) perante a sociedade e perante outros Estados, sua dinâmica interna e interação entre si, salienta-se, no mesmo sentido que sinaliza Daniel Sarmento²⁰, que quanto ao processo de tomada de decisão (tendo em vista a tomada de *boas* decisões), “*pressupõe [se] a capacidade do agente de formar uma adequada visão de conjunto, o que é muito difícil de se conseguir no âmbito da jurisdição.*”

Quanto a isso, o autor discorre haver para cada tipo de decisão, pela complexidade do ato, gestão de recursos envolvidos e demandados e riscos a serem assumidos e minimamente estimados, um ambiente propício. Do contrário, faltará o pleno acesso de informações, espaço de discussão e participação devida a quem de direito e por dever técnico, que exige cada tipo de matéria e controvérsia. Desta sorte, rejeita-se o absolutismo político, como salienta Kelsen em *A Democracia*, quer se trate de uma casta de sacerdotes, de nobres ou de guerreiros, o que se tem é a expressão do relativismo político no exercício do princípio democrático, do amplo e transparente diálogo na elaboração das normas.

No entendimento de Conrado Hübner Mendes²¹, os poderes devem desafiar (positivamente) um ao outro, tal como em um jogo de xadrez, sendo este desafio deliberativo garantidor e um meio de alcance de razões de melhor qualidade nas tomadas de decisões e interpretações constitucionais, a razão pública; o ponto ótimo proposto, que é muito importante no contexto do risco. Pode-se dizer que exigiria a precisão e seriedade do “arco e flecha”: atingir-se de forma mais aproximada a razão pública (o que é essencial), a melhor forma de lidar com o risco, que pressupõe a formação de “*consenso sobreposto*” em uma realidade de convívio e coexistência democrática. As razões para a tomada de decisão devem ser articuladas e reconhecidas como razoáveis a todos os participantes do debate, mesmo por pessoas que defendam doutrinas e posições abrangentes e/ou diversas, para garantia da estabilidade e perenidade dos elementos constitucionais essenciais, evitando-se o colapso e esgarçamento do tecido social.

Indaga-se então como dimensionar, mensurar e controlar o que não se permanece ainda desconhecido no atual estado da arte e “espírito da época”, contingenciando os prejuízos

²⁰ SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea* (coord. Daniel Sarmento). pp. 113- 146. 2009. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro.

²¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política), p.205.

e perdas possíveis? Como ponderar o que no presente é imponderável? É importante ressaltar que o exercício da gestão do risco e de suas avaliações não se pretende ao exercício de futurologia ou coisa que o valha. Antes tem a ver com a noção de *accountability*, vinculada à idéia de apuração e transparência do procedimento de tomada de decisão, frente a cada decisão tomada, e também com a *responsividade*, sendo esta caracterizada como um compromisso ético de resposta - demonstração de resultados auferidos vinculada à responsabilidade inalienável do agente - à sociedade devida pelo agente, neste caso, o tomador de decisão, diante de seu agir específico, mesmo sem uma pergunta previamente suscitada, pela própria natureza e relevância da decisão pública endereçada à sociedade. Ambas devem orientar as instituições e aqueles que tomam as decisões, buscando uma fina sintonia entre a atuação do agente público e o anseio social.

Tratando-se do risco, da gestão do risco, e das consequências que podem trazer à sociedade, a resposta que se apresenta mais adequada não é a de que somente o Judiciário deve tratar das questões do risco, e que cabe aos juízes a palavra final sobre o assunto. Resta claro que os juízes podem e devem cumprir um papel importante neste novo cenário, mas é necessária a participação de toda a sociedade, do poder público, das empresas, do setor privado e da sociedade. O risco está presente e deve ser suportado por todos. Divide-se os benefícios e os malefícios trazidos pela nova realidade. Portanto, é dever de todos considerarem a gestão do risco em sua lista de responsabilidades.

Considerações Finais

Tendo em vista o exposto neste trabalho, é importante ressaltar que a sociedade do risco traz consigo algumas peculiaridades e preocupações com as quais não se preocupava antes. E isso requer uma mudança de atitude em relação a algumas questões. A sociedade passa a funcionar de acordo com uma sistemática diferente da que existia anteriormente, que exige um tratamento igualmente diferente. Uma das mudanças que podem e devem acontecer é no âmbito das decisões judiciais, conforme ficou demonstrado.

O risco, como visto, deve ser distribuído entre todos os atores dentro da sociedade. Não se trata de colocar a responsabilidade apenas sobre o Governo, sobre o Poder Executivo,

sobre as Agências Reguladoras, ou mesmo sobre as empresas, sobre aqueles que geram o risco. A gestão do risco requer uma atuação conjunta de todos.

Conclui-se que as decisões judiciais podem influenciar o tratamento do risco na sociedade, e contribuem para a incorporação da gestão do risco, pois podem prevenir e evitar a concretização de riscos. Além disso, nessa nova realidade, deve começar a fazer parte das atividades das Instituições, dentro da idéia de capacidades institucionais, a consideração e a gestão do risco. O Judiciário, embora não deva ser o único responsável por essa gestão, não fica de fora, e deve incorporar essa idéia em seus mecanismos de tomada de decisão.

Portanto, o Judiciário deve mudar algumas formas de ação e de comportamento diante do risco. Como visto, adotar uma ou outra meta-teoria pura e simplesmente talvez não seja a melhor solução e não traga as melhores consequências. O pragmatismo puro talvez não seja a melhor opção, dadas a consequências que pode trazer. Da mesma forma, o formalismo puro já vem se mostrando ineficaz em algumas situações. Preservar os “*bolsões de formalismo*” pode ser uma alternativa interessante para que seja possível extrair o melhor do pragmatismo e do formalismo também, e assim permitir a busca das melhores consequências em cada etapa da tomada de decisão.

O que deve-se ter em mente é que a sociedade atual está inserida em um mundo que oferece riscos cada vez maiores e cada vez mais desconhecidos em termos de proporção e consequências. Surge a necessidade de gerir esses riscos em todos os âmbitos, sejam públicos ou privados. O Poder Judiciário está inserido como ator importante nessa gestão do risco, e não pode se abster do seu papel nesse momento. Resta, no entanto, saber e estabelecer quais as melhores formas e procedimentos para atuar nessa nova realidade.

O presente trabalho pretendeu trazer algumas possibilidades de ação seja no momento da decisão propriamente, seja no momento anterior a ela, em que se estabelece quais os mecanismos, procedimentos e teorias que serão utilizados nas tomadas de decisão. A linha que se apresenta mais adequada é a que busca o equilíbrio: pragmatismo, particularismo e formalismo devem se unir de forma que se extraia o melhor de cada um deles, e se alcance uma forma eficiente de avaliar e tratar os riscos.

A intenção não foi de esgotar o assunto e nem fechar a questão no tocante às decisões judiciais na sociedade do risco, mas sim mostrar a relevância do tema, e como essa nova realidade requer mudanças significativas no tratamento de algumas questões, sobretudo do âmbito do Direito e no próprio exercício da democracia. A discussão é importante, pois

permite aos juristas a reflexão e a proposição de medidas, além das que já existem, que confirmam um tratamento adequado para a questão do risco, e o Poder Judiciário tem um papel fundamental neste processo, e deve estar preparado para cumpri-lo.

Referências Bibliográficas

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações**. In SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____; _____. **O Argumento das “Capacidades Institucionais” entre a Banalidade, a Redundância e o Absurdo**. In Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 38, janeiro/junho de 2011.

BECK, Ulrich. **A Reinvenção da Política: Rumo a uma Teoria da Modernização Reflexiva**. In _____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva*. São Paulo: UNESP, 2. reimpressão, 1995.

DUARTE, Francisco Carlos; MONTENEGRO, Juliana Ferreira. **A Ação Coletiva na Sociedade de Risco**. In CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, 2008, Salvador. *Anais do Conpedi - 2008, 2008*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/francisco_carlos_duarte.pdf.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. Editora Martins Fontes. São Paulo. 2000

MAURÍCIO JR., Alceu. **O Estado de Risco e a Burocratização do Estado Democrático**. (mimeo). 2009.

_____. **Para Além da Razão: risco, afeto e as bases principiológicas para o questionamento do paradigma moderno do Estado de Direito.** (*mimeo*). 2009.

_____. **O direito na sociedade de risco.** Revista Ciência e Cultura. Vol. 61, n. 02, São Paulo, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política).

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades.** In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea (coord. Daniel Sarmento). Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2009.

SIQUEIRA, Luiz Felipe Vieira de. **O Controle do Risco na Sociedade Pós-Industrial.** In Revista de Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, jul/dez 2011, p. 88-120.

SUSTEIN, Cass R. **Risk and Reason: Safety, Law and the Environment.** Cambridge: Cambridge Press, 2002.

STRUCHINER, Noel. **Posturas Interpretativas e Modelagem Institucional: A dignidade (contingente) do Formalismo Jurídico.** In SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário.** Vol II - Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.