

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO I

LIVIA GAIGHER BOSIO CAMPELLO

NORMA SUELI PADILHA

MARCELINO MELEU

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito ambiental e socioambientalismo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Livia Gaigher Bosio Campello, Norma Sueli Padilha, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-091-6

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Ambiental. 3. Socioambientalismo. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO I

Apresentação

A qualidade e diversidade de temas apresentados nos artigos que fazem parte da coletânea ora apresentada, bem traduzem não só a importância que o Direito Ambiental possui diante das complexas questões socioambientais que assolam o País, mas também a relevância que o Grupo de Trabalho de Direito Ambiental tem assumido a cada edição dos Congressos do CONPEDI. O crescimento do debate e as instigantes pesquisas promovidas nos Grupos que envolvem o Direito Ambiental e o Socioambientalismo demonstram o quanto os pesquisadores do CONPEDI tem tomado posição e buscado soluções por meio de suas pesquisas quanto aos instrumentos jus ambientais, para o enfrentamento dos inúmeros e complexos problemas que envolvem o direito ao equilíbrio do meio ambiente e a proposta do desenvolvimento sustentável,

O presente GT de Direito Ambiental e Socioambientalismo do XXIV Congresso Nacional do CONPEDI em Belo Horizonte reúne pesquisadores de praticamente todas as regiões do País, de renomadas Universidades públicas e privadas, mestre e doutores, mestrandos e doutorandos, e denotam o olhar crítico e aguçado por meio de pesquisas instigantes e interessantes, que se alicerçam sobre a teoria geral do Direito Ambiental e seus princípios estruturantes, sempre no aprofundamento da importância da aplicação efetiva dos princípios da precaução e prevenção, do poluidor pagador, da informação e participação, da responsabilização integral, da participação, da solidariedade intergeracional, do desenvolvimento e consumo sustentáveis e da função socioambiental da propriedade. Pesquisas que podem até mostrar diferentes perspectivas e abordagens, mas que jamais afastam a importância e relevância da base principiológica que alicerça o Direito Ambiental e que mantem sua finalidade específica em prol da fundamentalidade do direito ao equilíbrio do meio ambiente.

As pesquisas apresentadas aprofundam a aplicação de instrumentos estratégicos para a efetivação da proteção ambiental, seja com as pesquisas sobre interessantes instrumentos como a Avaliação Ambiental Estratégica, a Gestão e Análise de Riscos, a Tributação ambiental, a compensação financeira e incentivos fiscais, além do mercado de créditos de carbono.

Os artigos refletem ainda a preocupação com as consequências danosas do modelo de sociedade de risco e do Estado de Direito frente à crise ecológica, apresentando abordagens instigantes sobre o direito de Acesso a Água, da gestão de riscos em eventos catastróficos, dos riscos de desertificação e da perda da biodiversidade e de conhecimentos tradicionais. Denotam também o contexto do conflito territorial brasileiro que dificulta a aplicação efetiva da proteção jurídica ao meio ambiente em áreas ambientalmente sensíveis, como áreas de preservação permanente, Unidades de conservação, e territórios ocupados por comunidades tradicionais.

Registre-se que muito embora os artigos tenham sido avaliados e aprovados para apresentação no CONPEDI, em Belo Horizonte, antes do terrível desastre ambiental em Mariana, também em Minas Gerais, e que ocorreu em decorrência do rompimento da barragem de dejetos tóxicos da Mineradora Samarco, os temas apresentados denotaram uma preocupação que se insere no mesmo contexto da irresponsabilidade ambiental que esta tragédia evidencia como prática comum no País. Pois diante do maior desastre ambiental no Brasil, que causou a perda irreversível de vidas humanas, de solo, de biodiversidade, de vegetação, de toneladas de peixes e inúmeras espécies de animais, atingindo várias cidades e o acesso a água potável de milhares de pessoas, degradando mais de 600 km de vale, desde a barragem do Fundão, em Bento Rodrigues, até a foz do Rio Doce, no Estado do Espírito Santo, causando a morte do próprio Rio Doce e de toda a vida que ela abrigava em seu entorno, tragado pela lama mortal que nada pode conter, evidencia-se a atualidade e importância dos estudos e pesquisas que envolvem o descumprimento sistemático da legislação ambiental brasileira e dos princípios da precaução e prevenção, além da informação, e participação democrática, do poluidor pagador e da responsabilidade integral.

Assim, registre-se a atualidade e pertinência das pesquisas ora apresentadas, que perpassam também a ética ambiental, e o papel do Estado Democrático de Direito na proteção dos direitos socioambientais e da aplicação da responsabilização por danos ambientais, na sua tríplice imputação, nas infrações administrativas, na responsabilidade civil objetiva e nos crimes ambientais.

A SOCIEDADE DE RISCO E O DEBATE EM TORNO DO ALCANCE DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

RISK SOCIETY AND THE DEBATE ABOUT PRECAUTIONARY PRINCIPLES RANGE

**Leticia Albuquerque
Roger Fabre**

Resumo

O presente trabalho objetiva apontar algumas características da sociedade de risco, com apoio na obra de Ulrich Beck, salientando o alcance da aplicabilidade do princípio da precaução em um cenário de incerteza científica. Para tanto, são analisados os argumentos restritivos quanto à aplicação do princípio da precaução trazidos por José Esteve Pardo e Carla Amado Gomes, que destacam a insegurança jurídica, a possível ausência de cientificidade do princípio e o alegado entrave ao desenvolvimento da economia decorrente de sua aplicação ampla. O presente estudo salienta que a racionalidade científica não deve ser a única a ser considerada, impondo-se a análise criteriosa dos riscos, em um cenário que busque a excelência e considere a urgência da pesquisa para o posterior debate democrático e transparente, a ser conduzido pelos órgãos decisórios, avaliando implicações sociais do empreendimento/atividade.

Palavras-chave: Incerteza científica, Sociedade de risco, Princípio da precaução

Abstract/Resumen/Résumé

This article intends to outline some risk society's characteristics based on Ulrich Beck's teachings allowing a scientific uncertainty analysis as well as the precautionary principle application on today's society. In order to do so, José Esteve Pardo and Carla Amado Gomes' restricting arguments will be analysed especially the emphasis on legal uncertainty, lack of scientificity and possible economic development barriers caused by this wide interpretation. It is our understanding that scientific rationality shouldn't be the only consideration. At first, it is necessary a thorough risk analysis by searching a fast excellency research environment. Then it is mandatory opening a democratic and transparent debate driven by public institutions having as a goal the enterprises social implication assessment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Scientific uncertainty, Risk society, Precautionary principle

INTRODUÇÃO

A sociedade pós-moderna encontra-se marcada por sinais evidentes de uma crise ambiental, evidenciada pela utilização, sem critérios razoáveis, dos recursos ambientais existentes, não sendo conhecido o alcance dos danos ambientais gerados pelas intervenções passadas e atuais.

Por outro lado, os atores sociais e órgãos do Estado envolvidos na tomada de decisão sobre a viabilidade do desenvolvimento de determinada atividade/obra, com frequência, deparam-se com a dificuldade em delimitar o alcance de possíveis danos ambientais associados a essas intervenções. Há, ainda, sob outro prisma, a possibilidade de existir uma dúvida científica quanto à existência de um risco ambiental considerável.

No que se refere a este último aspecto, tem sido debatido pela doutrina, de modo recorrente, o princípio da precaução, a indicar que a ausência de certeza científica quanto aos riscos de um produto ou de uma atividade não constitui motivo para retardar a adoção de medidas que possam permitir a prevenção de um eventual prejuízo.¹

A sua aplicação, contudo, tem despertado uma atitude de desconfiança de vários autores, que veem com reservas a adoção do referido princípio, na medida em que permite a realização de medidas concretas em um contexto de incerteza, podendo gerar decisões sem respaldo científico.

O presente trabalho, embasado em pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, pretende apresentar algumas características da sociedade de risco e algumas reflexões sobre a aplicação do princípio da precaução, objetivando delimitar o seu alcance, de modo a afastar a argumentação de que ele constituiria o fundamento para uma ação paralisante da economia. Nesse sentido, proceder-se-á ao levantamento de alguns parâmetros que devem nortear as instâncias decisórias e demais atores sociais na aplicação do princípio, desde a constatação da existência da incerteza científica até a fase de determinação de medidas a serem tomadas no caso concreto.

¹ Dispõe o Princípio 15 da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92), “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 adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

1 SOCIEDADE DE RISCO E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Na sociedade pós-moderna em que nos encontramos, as consequências das intervenções humanas no meio ambiente já não são perfeitamente conhecidas, merecendo destaque a imprevisibilidade dos efeitos de determinadas alterações nele empreendidas. Os efeitos podem prostrar-se no tempo e, até mesmo, serem conhecidos somente muitos anos depois. Por outro lado, não há uma vinculação territorial específica entre o lugar da intervenção e o da produção dos seus efeitos.

Há, por outro lado, diante da postura adotada pela sociedade frente aos riscos, a sua potencialização. Para Beck (2011, p. 54):

a indiferença diante dos riscos, de todo modo imperceptíveis, que sempre encontra na superação da carência palpável a sua justificação – e, na verdade, tem-na (vide terceiro mundo!) -, é o terreno cultural e político no qual os riscos e ameaças florescem, crescem e frutificam.

Beck explica, ainda, que a racionalidade científica ultraespecializada contribui para o quadro de aumento dos riscos (2011, p. 71-72):

A origem da crítica e do ceticismo em relação à ciência e à tecnologia encontra-se não na irracionalidade dos críticos, mas no fracasso da racionalidade técnico-tecnológica diante dos riscos e ameaças civilizacionais crescentes. Há falha na abordagem institucional-metodológica das ciências em relação aos riscos. A ciência, portanto, da maneira como estão constituídas – em sua ultraespecializada divisão de trabalho, em sua compreensão de métodos e teorias, em sua heterônoma abstinência de práxis -, não estão em condições de reagir adequadamente aos riscos civilizacionais, de vez que têm destacado envolvimento no surgimento e na expansão dos riscos. [...] A história da conscientização e do reconhecimento social dos riscos coincide com a história da desmistificação das ciências.

Conforme Hannigan (2009, p. 160), até recentemente a literatura publicada sobre risco quase que uniformemente refletia a crença que os riscos devem ser objetivamente determinados, atribuição exclusiva de cientistas. A não aceitação de tais conclusões, pelo cidadão comum, era considerada irracional. Havia uma categoria crescente de especialistas, denominados profissionais do risco, que têm como trabalho a descoberta de novos métodos de análise do

risco. Nesse cenário, o risco costuma ser normalizado como um risco residual ou destino natural da civilização. (BECK, 1995, p. 64-65).

Para Beck (2011, p. 69-71), está equivocada a visão de que a irracionalidade predomina fora do meio dos cientistas, quando se contrapõem argumentos a essa racionalidade:

Mesmo em seus trajes matemático-estatísticos ou tecnológicos, declarações sobre os riscos contêm asserções do tipo: é assim que queremos viver – asserções, portanto, sobre as quais é possível uma decisão isolada apenas caso se rompam permanentemente as fronteiras entre natureza e ciências tecnológicas. Com isto, porém, vira-se a mesa: a rejeição da definição científica do risco não é algo que se possa reprovar à população como ‘irracionalidade’, mas, justamente ao contrário, aponta para o fato de que as premissas da aceitação cultural implicadas nas asserções técnico-científicas de risco são falsas. Os técnicos especialistas em riscos estão errados a propósito da justeza empírica de suas premissas axiológicas implícitas, ou seja, a propósito de suas pressuposições a respeito do que parece aceitável à população e do que não. O discurso sobre uma percepção ‘errada e irracional’ do risco entre a população coroa esse equívoco: os cientistas esquivam-se de usar concepções de segunda mão sobre a aceitação cultural da crítica empírica, elevam suas concepções sobre as concepções dos outros à posição de dogma e elevam-se ao cambaleante posto do juiz que decidirá sobre a irracionalidade da população, cuja concepção eles na verdade deveriam averiguar e assumir como fundamento de seu trabalho.

Em verdade, os riscos indicam um evento a ser evitado, com antecipações, não se esgotando em efeitos já ocorridos. A verdadeira força social do argumento do risco está “nas ameaças projetadas no futuro”, sendo imperioso que nos tornemos ativos hoje para evitar ou mitigar as crises dos próximos anos. Tal perspectiva cresce em relevância na proporção de sua incalculabilidade e de seu teor de ameaça. (BECK, 2011, p. 39-40).

Para M-A. Hermitte (2005, p. 15), a sociedade de risco introduziu, entre a previsibilidade e imprevisibilidade, as características da incerteza científica e complexidade, que estão sob o domínio do princípio da precaução, constituindo a marca da pós-modernidade.

Com razão Aragão (2008, p. 19-20), ao afirmar que:

[...] na gestão tradicional do risco exigiam-se provas científicas concludentes, antes de avançar para a regulação de um produto ou atividade envolvendo riscos. O princípio da precaução, enquanto nova forma de gestão da incerteza, representa uma evolução relativamente à gestão preventiva, em que os actores políticos e os operadores económicos podiam usar e abusar da divergência persistente entre os

cientistas, como uma desculpa para não agir, dando origem àquilo que se designa por 'parálise pela análise'. Pelo contrário, a gestão precaucional implica a regulação urgente de riscos hipotéticos, ainda não comprovados.

Malinverni da Silveira assinala a importância do enfrentamento dos problemas que envolvem a gestão dos riscos ecológicos em uma sociedade na qual os danos ambientais podem surgir de modo não visível:

A incerteza científica não pode mais ser usada como desculpa: é preciso colocar o risco em pauta, definir responsabilidades, promover meios de decisão sobre quais cenários são toleráveis e quais são intoleráveis.

O debate em torno da precaução, por si, é um sintoma: da incapacidade institucional dos Estados democráticos em dar conta da gestão dos riscos ecológicos, da inadequação dos modelos de compreensão da atividade científica, tecnológica e industrial, da forma como se concebe o relacionamento entre Direito, Política e Ciência. É preciso falar em precaução porque a noção jurídica estrita de prevenção é insuficiente: uma vez que os danos ecológicos de maior gravidade decorrem, com toda evidência, de situações de risco dificilmente visíveis ou apreensíveis, somente precavendo-se é que se estará agindo no tempo certo. Dado que no futuro pode ser demasiado tarde para agir preventivamente, é necessário agir de forma preventiva com relação a riscos verossímeis e não apenas contra danos conhecidos, de realização certa ou muito provável e de amplitude mensurável. É preciso falar de precaução porque não é mais convincente o ideal (da espera, da esperança) de que a ciência cedo ou tarde indicará o caminho correto; porque a ponderação de interesses em âmbito administrativo parece pouco sensível e, por vezes, hostil aos problemas ecológicos; porque os mecanismos processuais clássicos de responsabilização do poluidor parecem pouco eficientes. (2014, p. 254).

Na sociedade de risco, por outro lado, a responsabilidade civil evoluiu ao incluir os princípios da prevenção e precaução entre os princípios aplicáveis, caracterizando a função preventiva em sentido lato, que busca a antecipação de riscos e danos. (LOPEZ, Teresa; 2013, p. 10).

Frade registra a necessidade de regulação jurídica dos riscos:

[...] é, pois, na resposta aos desafios de uma intervenção preventiva e antecipatória que se estreita a relação entre o risco e o direito. Não está em causa, no entanto, uma conceptualização jurídica e muito menos legalista do risco, apenas uma juridificação

da gestão de certos riscos, através da intervenção de actores, instrumentos e metodologias originários do direito. (2009, p. 67).

Como ensina Frade, a regulação jurídica dos riscos deve ser preventiva (2009, p. 70):

Encarar a regulação pela vertente do risco é simultaneamente libertá-la – das paixões da sociedade e dos espartilhos da ciência – e responsabilizá-la – obrigando-a a forjar-se quando o cenário é de dúvida ou quando a consciência pública do risco é baixa ou nula. É isso que significa a regulação do risco. A regulação do risco corresponde à intervenção governamental nos processos sociais e de mercado com vista a controlar os efeitos adversos potenciais decorrentes desses processos (Hood et al, 2001:3). Para John Applegate (2004: 79), a regulação orientada pelo risco permite uma intervenção ex ante sobre o perigo colectivo, em vez de uma acção ex post sobre o dano individual, contribuindo desta forma para a prevenção dos danos colectivos.

No que se refere às decisões a serem tomadas pela sociedade e órgãos públicos em uma sociedade de risco - presente a incerteza científica sobre o alcance das consequências de uma atividade -, entende-se, com apoio em Ulrich Beck (2011), que não deve prevalecer uma racionalidade científica fragmentada e descomprometida com o objetivo de questionar-se a si mesma metodologicamente, levando em consideração os demais atores sociais.

As conclusões científicas deverão ser acreditadas pelo meio social. Para esse objetivo, imperiosa a confecção de outros laudos, de modo que a decisão final a ser tomada seja democrática, bem lastreada tecnicamente, mas não restrita a uma conclusão inicial de cientistas tomada num ambiente fechado e sem legitimidade.

Nesse sentido, importa destacar a necessidade da construção de uma ética verdadeiramente preocupada com o futuro das próximas gerações, levando em consideração que existe uma obrigação precaucional transgeracional de evitar catástrofes.

François Ost afirma que a nova responsabilidade deve olhar para o futuro, não se restringindo ao que é previsível, mas também ao provável e possível, em razão da amplitude dos meios empregados e gravidade dos riscos da pós-modernidade. As obrigações resultantes da responsabilidade solidária são de prudência no sentido “lato”, que invoca a ideia de limite, uma vez que é a ilimitação dos nossos comportamentos que gera a fragilidade ambiental. (1995, p. 306-309)

Aragão destaca a dimensão diacrônica do princípio da precaução, enquanto princípio de realização da justiça intergeracional, dizendo que “os efeitos da inércia, na adopção de medidas precaucionais, fazem-se sentir sempre no porvir”, o que traduz a responsabilidade pelo futuro e dimensão temporal do princípio. (2008, p. 40-41)

Aragão, por outro lado, destaca também a perspectiva sincrônica - ou de justiça intrageracional -, afirmando que o dano que resulta de uma catástrofe “causa uma ruptura na igualdade dos cidadãos”, já que as comunidades mais vulneráveis são as mais afetadas. (2008, p. 41)

Gilles J. Martin apud Aragão (2008, p. 19) defende que as ações justificadas pelo princípio da precaução têm um duplo objetivo:

Por um lado, evitar imediatamente o “laissez faire” em situações de incerteza legítima; por outro, e sobretudo, produzir o conhecimento sobre o risco em causa, seja para dar origem a uma ação preventiva – se hipótese de risco se verificar – seja para ‘liberar’ a atividade afastando a hipótese de risco

Torna-se, assim, indispensável que consideremos a importância de adoção ampla do princípio da solidariedade intergeracional, bem como da imprevisibilidade característica da sociedade de risco, que não mais admitem a imprudência na tomada de decisão, considerando apenas uma racionalidade dentre várias existentes. Necessárias medidas preventivas em um cenário favorável ao amplo debate sobre as incertezas científicas (terreno do princípio da precaução).

2 A RESISTÊNCIA À ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

A atitude clássica num contexto de incertezas científicas sobre possíveis danos ambientais apontaria para a impossibilidade de adoção de medidas concretas precaucionais. Argumenta-se que não haveria certeza sobre o potencial danoso da atividade analisada. Não se justificaria, assim, a ação no caso concreto, em um cenário em que não existem fundamentos sólidos para atitude precaucional.

Por outro lado – argumenta-se - o princípio da precaução levaria estruturalmente à exclusão de todo e qualquer risco, levando à busca do que chamamos “risco zero”.

Outros afirmam que o princípio funcionaria como pretexto para o órgão incumbido da decisão esquivar-se da obrigação, com medo da responsabilização futura.

Carla Amado Gomes (2010, p. 105), a seu turno, preocupa-se com um irrealismo na formulação estrita do princípio, que poderia levar à paralisação de setores da economia, bem como ao déficit de legitimação dos governos dos Estados para tomarem medidas restritivas da atividade econômica, num contexto de incerteza, dependendo da aplicação do princípio da

proporcionalidade. Ela diz, ainda, que, levado a extremos, o princípio da precaução impede o desenvolvimento, diante de todos os riscos da sociedade atual. Além disso, anula-se, uma vez que não é legítimo exigir a prova da inocuidade de uma intervenção quando a Ciência não é sequer capaz de comprovar a existência de um risco. (2010, p. 114).

José Esteve Pardo, a seu turno, destaca que a adoção do princípio da precaução gera um estado de exceção, uma vez que haveria o afastamento de normas vigente em nome da adoção do princípio no caso concreto. Na sequência, a ciência - ela de novo - ficaria responsável por superar a situação de excepcionalidade com novas conclusões científicas. Nem sequer, segundo Pardo, se exigiria que a ciência tenha um conhecimento seguro, unânime e certo (a mera incerteza da ciência justifica a dissolução das certezas trabalhosamente construídas pelo direito). A incerteza científica se transmite, assim, ao direito, pois as referências até então seguras estabelecidas pelo sistema jurídico se desvanecem ou ficam em suspenso quando se constata uma situação de incerteza científica que possa derivar de um risco grave. (2009, p. 144-149).

3 EM DEFESA DE UMA FORMATAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: CONSIDERAÇÕES SOBRE A LINHA DE ARGUMENTAÇÃO DE JOSÉ ESTEVE PARDO

No que se refere à linha de argumentação de Pardo (2009), necessário afirmar, inicialmente, que, numa sociedade de risco, a busca pela segurança jurídica não deve ser erigida a dogma incontrastável. No caso concreto, diante da evidência de que determinadas atividades - por si só ou em suas sinergias com outras intervenções - podem gerar um dano grave ao meio ambiente, justifica-se a adoção da atitude precaucional.

A lei em sentido formal ou dispositivos infralegais – é preciso reconhecer – não dão conta da complexidade das interações e rotineiramente foram concebidos de modo fragmentado. A necessidade de preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações está contida, ao menos no Brasil, em preceito constitucional, traduzindo direito fundamental extensivo aos integrantes da sociedade (art. 225, “caput”, da CF/88).

Dessa forma, não é razoável que se exija - diante de indicativos razoáveis de possíveis danos graves ao meio ambiente - que haja uma alteração legislativa para contemplar a nocividade de determinados efeitos, que podem muito bem ser retardados e só aferíveis em análise complexas e inter-relacionadas. Vale dizer, em muitas das intervenções feitas no meio ambiente, a aparente adequação a um parâmetro isolado não garante a conveniência da sua

aprovação, até mesmo porque a normatização pode não ter contemplado novos e não explorados efeitos adversos. Na realidade, a adoção da atitude precaucional não será responsável pelo indeferimento de um pedido de autorização, mas, sim, imporá a necessidade de “medidas diversas” que possibilitarão, ao final, apontar razoavelmente ou provavelmente a extensão dos riscos envolvidos.

A propósito, vale trazer reflexão feita José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala (2012, p. 223):

Considerando a dimensionalidade dos problemas ambientais levantados por Canotilho, extrai-se que a questão ambiental exerce um peso diferenciado nos ordenamentos jurídicos hodiernos. Assim, partindo da premissa de que o direito ao meio ambiente equilibrado é a luz de todos os direitos fundamentais e da existência de uma nova ordem pública ambiental, hoje se defende o fenômeno da Ecologização do Estado e do Direito, fazendo com que “muitos institutos jurídicos (preexistentes) sejam renovados e muitos institutos jurídicos (novos) seja criados dentro do ordenamento. O fortalecimento do status material do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado nas legislações infraconstitucionais, os infortúnios ambientais crescentes oriundos de uma sociedade de risco e a Ecologização do Direito demandam uma transformação emergencial do papel do Estado.

Se houver uma demora injustificada – outra preocupação de Pardo (2009, p. 148) -, há mecanismos legais para que o proponente ou interessado em um projeto exija que seja exarada a decisão final do órgão público, em um prazo razoável, ainda que se trate de matéria complexa. Não se justifica que exista, depois de adotada a lógica precaucional, inércia por parte do poder público na busca pelos elementos científicos que posteriormente fundamentarão a sua decisão.

A cautela não significa, portanto, negação de um empreendimento, mas, sim, prestigiar a análise da complexidade dos riscos, cenários, níveis de proteção e medidas, impondo-se que instituições e procedimentos seja aprimorados com essa finalidade de problematização. (MALINVERNI, 2014, p. 268).

4 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO É ANTICIENTÍFICO?

Sobre o argumento de que o princípio da precaução seria anticientífico, responde Noiville que, em verdade, ele introduz a ciência no âmbito da decisão na esfera pública. Com danos ambientais já evidenciados, o princípio, surgido depois, ganhou força com a negligência

da política, que não atentou para os riscos de determinadas atividades. Ele, em verdade, então, aumenta a necessidade de um procedimento científico, na medida em que legitima a busca de meios que permitam a avaliação dos riscos envolvido num caso concreto. (2005, p. 34-35).

Hermitte acrescenta a “exigência de uma avaliação científica dos riscos que antecede toda e qualquer decisão política, elemento de sua legalidade”, a qual deve basear-se nos melhores dados científicos disponíveis, mais recentes resultados de pesquisa, devendo as opiniões fundarem-se nos “princípios de excelência, de independência, de transparência e de objetividade”. (2005, p. 16).

Noiville (2005, p. 36), por outro lado, destaca que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, em sucessivas decisões, tem destacado que a adoção da atitude precaucional não tem lugar em qualquer hipótese de dúvida científica:

[...] não se pode esperar que a aplicação do princípio da precaução exija que se esteja diante de uma situação de urgência ou que se tenha em mãos dados confiáveis e definitivos, porque isto significaria esvaziar a “utilidade” do próprio princípio, mas que, no entanto, uma medida de precaução somente poderá ser adotada sob uma condição: que o risco seja “suficientemente documentado”, levando-se em consideração “indicações científicas aparentemente confiáveis e sólidas” em face das análises científicas disponíveis realizadas segundo os princípios da excelência, da independência e da transparência. Um risco “pelo menos plausível” [...] Uma coisa é certa, no entanto: o risco alegado não pode apoiar-se em pura elocubração [...]

No entanto, como adverte Morand-Deville, necessário que um estudo científico que embasa uma decisão não seja fragmentado e desconexo:

Essa visão sistêmica dos problemas também se impõe no que diz respeito à perícia, que não deve limitar-se a conclusões isoladas do resto dos problemas, mas deve permitir uma apreciação global do tema de modo coerente com a visão de conjunto, com as questões fundamentais então colocadas. Este é o pressuposto para que a perícia se constitua verdadeira ajuda na tomada de decisão. (2005, p. 49)

Por outro lado, “a perícia é uma espécie de foto instantânea dos conhecimentos científicos existentes em relação a certo tema”, sendo comum a utilização da fórmula “tendo em vista o estado atual dos conhecimentos científico”, permitindo novas análises, a luz de novos conhecimentos. (MORAND-DEVILLER, 2005, p. 51).

5 QUEM DECIDE SOBRE O CASO CONCRETO?

Noiville, com propriedade, traz lição perfeitamente aplicável ao nosso ordenamento jurídico, no sentido de que, ao final, quem decide é o órgão legitimamente investido:

[...] no momento em que autoridade pública tenha em mãos os dados científicos pertinentes, ela está livre para decidir, pois isto resulta de seu poder discricionário. A jurisprudência que sempre considerou [situação da Comunidade Europeia] que as situações de risco são situações complexas nas quais quem decide deve ter total autonomia de decisão reafirma mais uma vez essa autonomia, quanto se trata de situação de incerteza científica, realçando a natureza política de tal decisão: seja no que concerne ao momento em que se deva aplicar o princípio da precaução, seja quanto à forma de sua implementação, essa ‘escolha [...] resulta de uma decisão eminentemente política, em função do que seja aceitável pela sociedade’, isto é, em função do que a autoridade considere como sendo *o ponto crítico a partir do qual o risco se torna inaceitável*. (2005, p. 37-38, grifo da autora)

Para John Hannigan (2009, p. 163), não se deve realizar as escolhas tendo como infalíveis as decisões dos especialistas: “Como uma sociedade nós ainda temos de fazer julgamentos sociais sobre a magnitude do risco, apesar de a evidência científica poder ser uma fonte útil de informação para formular decisões”. Como destaca Malinverni da Silveira, a ciência deve ser vista como instrumento de reconhecimento social do risco, em um ambiente que incentive o debate público e o exercício da cidadania. (2014, p. 266)

Hannigan sustenta, assim, que:

A determinação e a avaliação do risco são construídas socialmente. Estruturas políticas nacionais e estilos podem ser vistos como tendo mais a ver com as decisões sobre quais condições ambientais vão ser julgadas como arriscadas e merecedoras de ação, como a natureza do próprio argumento científico. Consequentemente, os argumentos ambientais fundamentalmente completos podem ser desviados ou retardados, seja devido à colisão entre reguladores e cientistas ou por causa de pressão política de grupos de interesse, seja dentro ou em oposição à perspectiva ambientalista. (2009, p. 176).

Em uma decisão sobre uma viabilidade de uma atividade – em relação à qual haja um cenário de incerteza científica – é preciso atentar para a possibilidade de o assunto ser conduzido pela autoridade legal de modo abstrato, impessoal e excessivamente técnico, criando, assim, uma impressão de neutralidade profissional, tornando inviável um diálogo significativo entre

especialistas e pessoas afetadas, num cenário de desencorajamento à ampla participação (HANNIGAN, 2009, p. 174).

Morand-Deviller chama atenção para o perigo da não-transparência, realidade encontrada na atitude de não informar o cidadão, presumindo a sua incapacidade de compreensão, indicando-se como necessária, em verdade, uma parceria entre o usuário, o cientista e a autoridade decisória. (2005, p. 49).

Com observa Morand-Deviller (2005, p. 56), a instância decisória deve promover o debate, com bom senso e equilíbrio, considerando o maior número possível de pareceres sérios, lançando mão de uma nova forma de democracia participativa, na qual “o indivíduo se transforme de objeto das decisões em sujeito delas e possa participar ativamente na avaliação e prevenção dos riscos que o ameaçam”.

Aragão, ao tratar da aceitabilidade social do risco, sustenta que:

a participação deve ser informada, precoce, alargada, plural, flexível e útil. Esta é uma dimensão recente da governância dos riscos: a relevância atribuída aos cidadãos, leigos cuja opinião profana foi, desde sempre, desprezada e só recentemente, com a Convenção de Aarhus começou a ganhar algum estatuto. (2008, p. 43).

Para Beck (2011, p. 290), as arenas da subpolítica somam-se às formas de expressão de uma nova cultura política, a participação, a concretizar socialmente comandos legais. A política passa a ser vista como uma interação de distintos atores, em oposição a hierarquias formais. A dissolução das fronteiras da política esbarra no desejo de colocar ainda o sistema político-administrativo como centro da política, subestimando-se novos atores distintos.

Por outro lado, a democratização do gerenciamento dos riscos impõe o dever de fundamentar com clareza suas escolhas, especialmente no que se refere aos resultados das perícias científicas (Morand-Deviller (2005, p. 58), sendo desejável, a depender do porte da decisão, “uma exposição de motivos, em cujo corpo fossem indicadas as questões em jogo, as dificuldades encontradas, as verdades plurais da perícia e as efetivas razões de decidir”.

Aragão esclarece como a ideia de “governância” influencia o processo de aplicação do princípio da precaução, salientando, inicialmente, que são três os momentos de ponderação relevantes: “1. A ponderação de vantagens e inconvenientes da ação pretendida; 2) a avaliação da aceitabilidade social dos riscos; 3) a escolha das medidas precaucionais, adequadas e proporcionais” (2008, p. 37). Para a autora, em cada um desses momentos, os princípios da

governança influenciam de forma determinante, objetivando a avaliação e racionalizando as escolhas:

O princípio da **eficácia** releva sobretudo na ponderação das vantagens e inconvenientes e na escolha das medidas precaucionais. Os princípios da **participação** e da **abertura** são especialmente importantes na percepção da aceitabilidade social dos riscos. O princípio da **coerência** é crucial na escolha das medidas precaucionais. Em todos os momentos, o princípio da **transparência** impõe-se como uma exigência muito especial na regulação de decisões polêmicas como são forçosamente as que convocam o princípio da precaução. (grifo da autora).

Aragão salienta que o principal problema reside no fato de que, muitas vezes, as vantagens estão “concentradas num local geográfico determinado e num momento temporal, que é a atualidade, enquanto os inconvenientes são geograficamente difusos e reportam-se a um momento futuro”. (2008, p. 38)

Por outro lado, parece haver uma dúvida importante na doutrina acerca da gravidade do dano apta a autorizar aplicar o princípio da precaução. Carla Amado Gomes sustenta que a consagração rígida do princípio torna menos exigível um dano ambiental grave; por outro lado, uma concepção mais estrita entenderia como necessário um dano de maior amplitude para “acionar o gatilho da atitude precaucionista”. (2010, p. 104-105).

Noiville, ao detalhar o princípio da proporcionalidade, diz que, para que o discricionário não dê origem ao arbitrário e irracional, a jurisprudência fixou duas condições:

- a) aplicação do princípio da proporcionalidade. Deve-se buscar a providência necessária, proporcionalmente ao risco, não significando necessariamente a proibição. Tal medida deve atentar para o critério da provisoriedade, uma vez que deve ser “revisável”, devendo submeter-se a um reexame periódico em face da aquisição de novos dados científicos. Por outro lado, necessário ponderar sobre os interesses em causa (a medida deve variar em função da amplitude do dano, maior ou menor dificuldade de controlar o uso do produto, existência de substitutivos e maior ou menor aceitação social). Assim, a proibição está longe de ser a única modalidade de implementação do princípio da precaução.
- b) Necessidade de aplicação do princípio em conjunto com as disposições constantes dos textos pertinentes ao produto ou à atividade concernente. Cita exemplo do aditivo de alimentação animal (Caso Solvay). Em caso de medicamento a ser utilizado pelo homem, necessário verificar a situação dos benefícios em comparação a seus riscos (relação custo-benefício e interpretação sistemática da legislação).

Assim, escolhas são necessárias, assim como o recurso ao bom senso, ponderando interesses em jogo quanto às escolhas, salvo se contrariar um texto normativo. Disso decorre que o princípio da precaução não constitui um princípio de abstenção. Na maior parte das vezes é possível escolher assumir o risco, desde que, evidentemente, essa escolha esteja em conformidade com o princípio da preponderância da proteção à saúde pública, à segurança e ao meio ambiente em relação aos interesses econômicos. Destaca, por fim, a disparidade entre a visão catastrófica da aplicação do princípio e o esforço da jurisprudência em transformá-lo em um princípio ativo na antecipação de riscos. (2005, p. 39)

Aragão diz que:

[...] o princípio da precaução não se destina só a evitar os riscos que são considerados graves e irreversíveis por uma parte significativa da comunidade científica, mas também os que são sentidos como intoleráveis e injustos pela generalidade dos cidadãos (em função da avaliação da percepção dos riscos), e ainda os que sejam considerados inaceitáveis pelos poderes políticos (em função da definição do nível de proteção adequado). Estas são as três fontes materiais das medidas precaucionais. (2008, p. 50)

Assim, conforme Aragão (2008, p. 51):

Por isso, um dever acessório de todas as medidas provisórias de carácter autorizativo, fundadas no princípio da precaução, é o dever de investigação científica. Quanto mais forte e restritiva for a medida de precaução, em relação à atividade considerada, mais a produção de conhecimentos deverá ser vista como urgente e juridicamente vinculativa. [...] agora, para efeito de escolha das medidas, não relevam nem a gravidade absoluta dos danos potenciais, nem a eventual falta de consenso científico quanto aos riscos. Interessa, sim, atender a toda a ponderação previamente feita quanto à compatibilidade da decisão final com o desenvolvimento sustentável, nas suas vertentes ambiental, social e económica. Se as vantagens da atividade, produto ou tecnologia forem mínimas, os inconvenientes forem significativos e o nível de proteção exigido, for elevado, então a medida proporcional e adequada poderá ser uma proibição tout court.

Outra face do problema está ligada à questão de como as escolhas no âmbito do gerenciamento do risco tendem a ser efetuadas (o princípio da precaução indica a urgência da análise). Redefinir claramente os critérios e as condições sob as quais o risco se torna aceitável ou não: é este precisamente o ponto nodal das verdadeiras dificuldades, muito mais do que o significado stricto sensu do princípio da precaução. (NOIVILLE, 2005, p. 44).

Para Carla Amado Gomes, é possível construir-se um “denominador comum de deveres ligados à ideia de prevenção agravada -, ou, para quem assim entenda, à lógica do princípio da precaução”, consistindo, em resumo: a) dever de promoção de investigação científica (apoiando-se os Estados menos favorecidos nesse objetivo); b) divulgação de todas as informações; c) cooperação para serem criadas normas coerentes para a proteção ambiental, principalmente em relação a atividades que gerem danos transfronteiriços; d) previsão de notificações de situações de ameaça e emergência; e) participação do público nos procedimentos decisórios; f) procedimentos de avaliação de impacto; g) estabelecimento de parâmetros decisórios fundados no princípio da proporcionalidade; h) dever de estabelecer cláusulas de revisibilidade das decisões de acordo com os avanços técnicos; i) mecanismos de avaliação periódica de riscos; j) possibilidade de utilização de medidas cautelares. (2010, p. 111-112).

Hermitte registra que a importância do princípio não reside apenas em seu conteúdo, mas, também, em sua capacidade de levar, de forma lógica, a outras regras. Com a indicação para o acompanhamento de produtos perigosos, haveria, de modo indireto, avanços políticos, consistentes, por exemplo, na consagração dos princípios de informação e transparência. (2005, p. 16)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção do princípio da precaução não significa a paralisação de toda e qualquer atividade sobre a qual haja incerteza científica, impondo, em verdade, um dever de agir para que se encontrem evidências científicas razoáveis a embasarem a decisão do Poder Público. A esfera pública, a seu turno, deve valer-se dos melhores estudos e, na etapa seguinte, utilizar o princípio da proporcionalidade, diagnosticando as medidas necessárias para a garantia da higidez ambiental, tendo em conta o critério da provisoriedade e considerando os diversos interesses em questão. Por outro lado, a esfera pública deverá definir os limites de tolerabilidade dos riscos, no exercício da sua gestão.

Atentando-se para os princípios que norteiam a hermenêutica ambiental e também se considerando a realidade social, impõe-se, com efeito, que haja uma busca pelas evidências científicas disponíveis no caso de incerteza científica, em ordem a nortear e enriquecer o debate da esfera pública. Embora o mito de certeza da ciência tenha se fragilizado durante o século XX, a complexidade dos riscos ambientais da pós-modernidade não autoriza ignorar tais

evidências científicas, impondo-se um agir para o levantamento dos dados necessários à tomada da decisão, sendo recomendável que seja garantido que a decisão final não seja casuística. Na esfera da gestão dos riscos, presente o componente político, a sociedade deve desenvolver mecanismos participativos – com transparência na definição dos atores -, o que constitui a etapa seguinte do processo de decisão. Necessário atentar, também, para o dever de fundamentação, transparência e informação na gestão dos riscos ambientais.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandra. Princípio da precaução: manual de instruções. *RevCEDOUA*, vol. 11, n. 22, p. 9-51, 2008. Disponível em: http://www.digitalis.uc.pt/artigo/principio_da_precaucao_manual_de_instrucoes. Acesso em: 28 maio 2015.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011. 384 p.

_____. *Ecological Politics in na Age of Risk*. Translated by Amos Weisz. Cambridge: Polity Press, 1995.

CARVALHO, Delton Winter de. Aspectos Epistemológicos da Ecologização do Direito: Reflexões sobre a formação de critérios para análise da prova científica. In: FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti (Orgs). *Dano Ambiental na Sociedade de Risco*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRADE, Catarina. O direito face ao risco. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, vol. 86, setembro, 2009, p. 53-72.

GOMES, Carla Amado. *Direito Ambiental: O Ambiente como Objeto e os Objetos do Direito do Ambiente*. Curitiba: Juruá, 2010, 248 p.

HERMITTE, M-A. Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco: uma análise de U. Beck. . In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Governo dos riscos*. Brasil: UNITAR, 2005, Cap. 1, p. 7-22.

HANNIGAN, John. *Sociologia Ambiental*. Tradução de Annahid Burnett. Petrópolis: Vozes, 2009.

LEITE, José Rubens Morato Leite; AYALA, Patryck de Araújo. Estado de Direito Ambiental e Sensibilidade Ecológica: Os Novos Desafios à Proteção da Natureza em um Direito Ambiental de Segunda Geração. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). *Os “novos” direitos no Brasil: Natureza e Perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 219-256.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: LOPEZ, Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES Jr, Otavio Luiz (Cords.). *Sociedade de Risco e Direito Privado: Desafios normativos, consumeiristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013.

MALINVERNI DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo. Risco Ecológico Abusivo: A tutela do patrimônio ambiental nos Processos Coletivos em face do risco socialmente intolerável. 1. ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2014.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. O sistema pericial: perícia científica e gestão do meio ambiente. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Governo dos riscos*. Brasil: UNITAR, 2005, Cap. 4, p. 46-58.

NOIVILLE, Cristine. Ciência, decisão e ação: Três observações em torno do princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias (Org.). *Governo dos riscos*. Brasil: UNITAR, 2005, Cap. 3, p. 32-44.

OST, François. *A Natureza à margem da Lei: A ecologia à prova do direito*. Lisboa: Piaget, 1995.

PARDO, José Esteve. *El desconcierto del Leviatán: Política y derecho ante las incertidumbres de la ciência*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.

_____. Convívio com el riesgo: La determinación del riesgo permitido. In: Esteban Pérez Alonso et al (Orgs). *Derecho, Globalización, riesgo y medio ambiente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 275-372.