

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
VII CURSO DE FORMAÇÃO EM TEORIA GERAL DO
DIREITO PÚBLICO**

ADERRUAN RODRIGUES TAVARES

**A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO
AMBIENTAL E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO**

BRÁSILIA

2000

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP

**VII CURSO DE FORMAÇÃO EM TEORIA GERAL DO
DIREITO PÚBLICO**

Aderruan Rodrigues Tavares

**A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO
AMBIENTAL E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO**

BRASÍLIA

2010

*BM
24.347
7/2010*

ADERRUAN RODRIGUES TAVARES

**A CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO
AMBIENTAL E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do VII Curso de
Formação em Teoria Geral do Direito
Público do Instituto Brasiliense de
Direito Público.

Orientador: Prof.^o Marco Túlio Reis
Magalhães

BRASÍLIA

2010

À Dona Girlene pelo exemplo de vida e que, com muita ousadia e perseverança, educou 5 filhos e 1 afilhada.

À Profª Marilene por estar presente nos momentos mais difíceis da minha, sempre com sua mão amiga, e aos Profºs Luis Guilherme, Jean, Acácio e Maricelma pelas palavras de incentivo e de sabedoria, e muito mais pela amizade. E a todos os integrantes do Projeto (Re) Vivendo Êxodos/Roteiro Missão Crulls.

Ao Profº Marco Túlio Reis Magalhães pela guarida e pela paciência, mas principalmente por me dar a oportunidade de conhecer um profissional digno de ser exemplo, que é a sua pessoa.

Aos integrantes dos grupos de estudos “Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais”, sob a coordenação do Profº Paulo Gustavo Gonet Branco e administração de Ana Carolina Figueiró Longo, e “Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania”, coordenação da Profª Júlia Maurmamm Ximenes e administração de José Carvalho dos Santos Filho, que têm me oportunizado momentos únicos de reflexão sobre o Direito. Só eu sei o que quanto estão sendo importantes na minha formação acadêmica.

Estatutos do Homem

Tiago de Mello

Artigo 1º: Fica decretado que agora vale a verdade, que agora vale a vida e que de mãos dadas trabalharemos todos pela vida verdadeira.

Artigo 2º: Fica decretado que todos os dias da semana, inclusive as terças-feiras mais cinzentas, têm o direito a converter-se em manhãs de domingo.

Artigo 3º: Fica decretado que a partir deste instante, haverá girassóis em todas as janelas, que os girassóis terão direito a abrir-se dentro da sombra; e que as janelas devem permanecer, o dia inteiro, abertas para o verde onde cresce a esperança.

Artigo 4º: Fica decretado que o homem não precisará nunca mais duvidar do homem. Que o homem confiará no homem como a palmeira confia no vento, como o vento confia no ar, como o ar confia no campo azul do céu.

§: O homem confiará no homem como um menino confia em outro menino.

Artigo 5º: Fica decretado que os homens estão livres do jugo da mentira. Nunca mais será preciso usar a couraça do silêncio nem a armadura de palavras. O homem se sentará à mesa com o seu olhar limpo porque a verdade passará a ser servida antes da sobremesa.

Artigo 6º: Fica estabelecida, durante dez séculos, a prática sonhada pelo profeta Isaías, e o lobo e o cordeiro pastarão juntos e a comida de ambos terá o mesmo gosto de aurora.

Artigo 7º: Por decreto irrevogável fica estabelecido o reinado permanente da justiça e da claridão, e a alegria será uma bandeira generosa para sempre desfraldada na alma do povo.

Artigo 8º: Fica decretado que a maior dor sempre foi e será sempre não poder dar amor a quem se ama sabendo que é a água que dá à planta o milagre da flor.

Artigo 9º: Fica permitido que o pão de cada dia tenha no homem o sinal de seu suor. Mas que sobretudo tenha sempre o quente sabor da ternura.

Artigo 10º: Fica permitido a qualquer pessoa, a qualquer hora da vida, o uso do traje branco.

Artigo 11º: Fica decretado, por definição, que o homem é um animal que ama e que por isso é belo, muito mais belo do que a estrela da manhã.

Artigo 12º: Decreta-se que nada será obrigado nem proibido. Tudo será permitido, sobretudo brincar com os rinocerontes e caminhar pelas tardes com uma imensa begônia na lapela.

§: Só uma coisa fica proibida: amar sem amor.

Artigo 13º: Fica decretado que o dinheiro não poderá nunca mais comprar o sol das manhãs vindouras. Expulso do grande baú do medo, o dinheiro se transformará em uma espada fraternal para defender o direito de cantar e a festa do dia que chegou.

Artigo final: Fica proibido o uso da palavra liberdade a qual será suprida dos dicionários e do pântano enganoso das bocas. A partir deste instante a liberdade será algo vivo e transparente como um fogo ou um rio ou como a semente do trigo, e sua morada será sempre o coração do homem.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 CAPÍTULO 1 – ELEMENTOS DE UM ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL.....	10
1.1 – DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	10
1.2. A PERCEPÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS E A CONSEQUENTE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO MEIO AMBIENTE	19
1.3 – DAS DIMENSÕES COOPERATIVAS, COOPERANTES, INTERPRETATIVAS ABERTAS E PRINCIPIOLÓGICAS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.	25
1.4. O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL	34
2 CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS ESSENCIAIS NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL.....	40
2.1 PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO.....	40
2.2 PRINCÍPIOS DA INFORMAÇÃO E DA PUBLICIDADE	47
2.3 PRINCÍPIO DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO	50
2.4. PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR-PAGADOR E DO USUÁRIO- PAGADOR	54
2.5. O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO	60
3 CAPÍTULO 3 – A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL.....	63
3.1 O QUE É O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO?	63
3.2. CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	73
3.3. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	75
3.4. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA EM GERAL.....	81
3.4.1. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA UNIÃO EUROPÉIA	83
3.4.2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	84
3.5. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL.....	89
CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS	95

INTRODUÇÃO

A presente monografia é resultante da participação do autor no Curso de Formação de Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

A pesquisa circunscreve-se no âmbito do direito constitucional ambiental, cujo objeto é a temática do princípio da precaução na formação de um modelo de Estado de Direito Ambiental.

Não se pretende exaurir todos os pontos da formação de um Estado de Direito Ambiental, nem mesmo do princípio da precaução. Pretende-se com este trabalho fomentar futuras pesquisas e iniciar um estudo acerca dos pressupostos da precaução e do Estado de Direito Ambiental.

O Estado de Direito Ambiental talvez seja uma forma de Estado que lança suas bases numa sociedade que tem por fundamentos a cidadania, a democracia, o respeito e a responsabilidade nos atos privados e públicos. Por isso, o Capítulo 1 deste trabalho aponta diversas teorias de autores renomados, tais como HABERMAS, HÄBERLE e CANOTILHO, entre outros, que muito ajudam no delineamento do atual Estado Democrático de Direito. Esse paradigma de Estado, aliás, é pressuposto lógico e antecedente à construção da dimensão de um Estado de Direito Ambiental.

Não há como pensar num Estado de Direito Ambiental, sem pensar ao mesmo tempo no público e no privado, na democracia e na cidadania, na participação e na informação, na responsabilidade e no respeito.

O Capítulo 2 traz os principais princípios jurídicos aplicados ao tema, fazendo uma ponte para a apreciação do princípio da precaução. Mais uma vez, não se pretende exaurir o tema, mas apenas demonstrar que o Estado de Direito Ambiental não pode ser encarado em descompasso com a nova hermenêutica constitucional. Os princípios, hoje tidos como normas jurídicas, realizam um importante papel numa sociedade que se preocupa em preservar o meio ambiente.

O capítulo 3 aborda o tema mais específico desse trabalho, que é o princípio da precaução e a sua inserção no Estado de Direito Ambiental. O princípio da precaução é um dos temas do Direito Ambiental, que hoje, causa muita discussão e precisa de muita reflexão. A depender do caso e da situação, o princípio da precaução pode ser a salvação esperada ou a própria destruição do meio ambiente

Artigos científicos sobre do princípio da precaução se somam a cada dia; não é de se espantar. O princípio da precaução requer um estudo minucioso e retido dos seus pressupostos de existência, e, mormente, das suas nuances no momento de sua aplicação. Se utilizado com destreza, sabedoria e humildade são poderosas armas em favor do meio ambiente e da humanidade. Se utilizado de modo incerto, pode se tornar um instrumento extremamente temeroso para as presentes e futuras gerações.

O fecho, naturalmente, desse terceiro capítulo é a aproximação do princípio da precaução com o Estado de Direito Ambiental, sendo o princípio da precaução importante fomentador de reflexão e de participação democrática

nas tomadas de decisões. Sem mais delongas, procura-se iniciar o entendimento do verdadeiro papel do princípio da precaução na formação do Estado de Direito Ambiental.

CAPÍTULO 1 – ELEMENTOS DE UM ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL.

1.1 – DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A intensa relação entre o público e o privado foi um tema muito debatido ao longo da história da humanidade. Sabe-se que tal dialética é percebida desde a Grécia Antiga, no Império Romano, e ainda hoje nos vemos debatendo sobre tal assunto.

Na história recente da humanidade, resultante das investidas contra o regime absolutista que perdurou ao tempo das grandes revoluções que o mundo viveu, surgiu um Estado, cujo pressuposto era a 'supervalorização' do indivíduo em detrimento do público. Eram tomadas como premissas básicas as funções negativas, um *non facere*, segundo as quais eram valorizados o contrato firmado por livre iniciativa das partes e a vontade privada dos indivíduos tomados em sua individualidade. De forma natural, o público é deixado de lado, pois acreditava-se que o regime autoritário, ao qual se estava contrapondo, confundia-se com o "público".¹

Esse modelo de Estado, em suma, apresentou diversos efeitos colaterais. Estado Liberal, ou mesmo Estado Burguês – como querem alguns –

¹ ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. O Público e o Privado na Experiência Histórica do Direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. pp.36-37.

tinha como característica a intervenção estatal mínima, para garantir aos indivíduos seus direitos básicos, que não impediam a exploração do homem pelo homem, resultando numa riqueza de poucos e na miséria de tantos outros.²

É nesse ínterim que vai se formulando a ideia de um Estado de Direito, ainda nos moldes liberais. A propósito, vale expor a afirmação de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO quanto ao Estado de Direito³, de caráter liberal:

² CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocando da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília: ano 68 – nº 2 – abr a jun – 2002. p. 77

³ Sobre o **Estado de direito**: JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: “Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja actividade é determinada e limitada pelo direito.” o autor português entende que para a configuração do Estado de Direito é necessário a visualização dos seguintes três requisitos: “(1) é um Estado que decreta leis arbitrárias, cruéis ou desumanas; (2) é um Estado em que o direito se identifica com a “razão do Estado” imposta e iluminada por “chefes”; e (3) é um Estado pautado por radical injustiça e desigualdade na aplicação do direito”. (In **Estado de direito**. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999. pp. 11-12). MENELICK DE CARVALHO NETTO: “é um paradigma que entende a liberdade como a possibilidade de fazer tudo aquilo que um mínimo de leis não proibam.” (op. cit. p. 75). ELÍAZ DIAZ citado por INOCÊNCIO COELHO: “aquele Estado submetido ao direito, aquele Estado cujo poder e atividade estão regulados e controlados pela lei, entendendo-se *direito e lei*, nesse contexto, como expressão da *vontade geral*”. (In: MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.) INOCÊNCIO COELHO: quando se hoje se fala em Estado de Direito, o que se está a indicar, com essa expressão, não é qualquer Estado ou qualquer ordem jurídica, mas apenas aquele Estado ou aquela ordem jurídica em que se viva *sob o primado do Direito*, entendido este como um sistema de normas democraticamente estabelecidas e que atendam, pelo menos, as seguintes exigências fundamentais: a) império da lei, lei como expressão da vontade geral; b) divisão de poderes: legislativo, executivo e judicial; c) legalidade da administração: atuação segundo a lei, com suficiente controle judicial; e d) direitos e liberdades fundamentais: garantia jurídico-formal e efetiva realização material.” In: op. cit. 43-44. JOSÉ AFONSO DA SILVA: “Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes do Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito,

“o Estado de direito, para ser verdadeiramente, tem de assumir-se como um Estado liberal de direito. Contra a idéia de um Estado de polícia que tudo regula a ponto de assumir como tarefa própria a felicidade dos súbditos, o Estado de direito perfila-se como um Estado de limites, restringindo a sua acção à defesa da ordem e segurança públicas. Por sua vez, os direitos fundamentais liberais – a liberdade e a propriedade – decorriam do respeito de uma esfera de liberdade individual e não de uma declaração de limites fixada pela vontade política da nação. Compreende-se, assim, que qualquer intervenção autoritária sobre os dois direitos básicos – liberdade e propriedade – estivesse submetida à existência de uma lei do parlamento.”⁴

Nesse momento histórico, prevalece a ideia de que a lei, com sua força, é direcionada ao Estado, para que o mesmo não faça nada que ela não permita, e que não transgrida qualquer direito ou garantia individual conquistados.⁵

Como já dito, esse modelo de Estado não atendeu a diversas pretensões, inclusive em relação à preservação do meio ambiente. Não se tinha ainda uma preocupação com tal temática, até porque não havia o entendimento de que os recursos naturais eram finitos. A título de exemplo, foram dizimadas florestas inteiras para a construção de casas, navios, móveis, etc.

que configura um grande conquista da civilização liberal.” SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 112-113

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. pp. 26-27.

⁵ Nesse mesmo sentido: “O direito privado clássico considerava a autodeterminação individual, no sentido da liberdade negativa de fazer ou de não fazer o que se deseja, garantida suficientemente através dos direitos da pessoa e da proteção jurídica contra delitos, através da liberdade de contratos (especialmente para a troca de bens e de serviços), através do direito à propriedade, que incluía o direito de utilizar e de dispor, inclusive no caso de herança, e através da garantia institucional do casamento e da família. No entanto, tal situação modificou-se radicalmente com o surgimento de novas áreas do direito (como é o caso do direito econômico, social e do trabalho) e com a materialização do direito penal, do direito de contrato e do trabalho. Houve uma mistura e uma união de princípios que antes estavam subordinados ao direito privado ou ao público.” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II**. 2 ed. trad.: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.p. 134)

Diante da contingência do Estado Burguês, surge o Estado Social. Com essa mudança de paradigma, tem-se a previsão de novos direitos (tais quais os direitos sociais decorrentes das relações trabalhistas) e de novas formas de seu exercício (reconhecimento dos sujeitos coletivos de direito, novas competências estatais), mantendo-se, todavia, o núcleo essencial de direitos e garantias pertinentes ao modelo liberal de Estado.⁶

Devido à péssima distribuição de renda resultante do modelo de Estado Liberal, o Estado Social assume um papel de compensação em favor dos excluídos de auferir qualquer renda digna. Assim, percebe-se o franco crescimento das funções estatais bem como o aumento físico de órgãos, incluindo a necessária mão de obra. Como não poderia ser diferente, o Estado precisou cada vez mais se especializar nessas novas funções para garantir a compensação devida aos excluídos. Buscou-se, então, valorizar o que é público, em detrimento do que é privado, sendo este, agora, visto com desconfiança por passar um ar de egoísmo.⁷

Desse modo, o Estado assume o papel de provedor e garantidor de todos os direitos ditos de natureza social. Surgem, portanto, os direitos de segunda dimensão, que obrigam, genericamente, o Estado a agir, a prover todos esses novos direitos.

Nessa esteira, o papel do Estado Social é muito mais do que assegurar formalmente direitos, mas também assegurá-los materialmente. As

⁶ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. op. cit., p. 39.

⁷ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. op. cit., p. 40.

Constituições liberais, apoiadas na livre regulamentação das relações entre particulares, asseguravam o direito à saúde, educação, cidadania, etc, entretanto, não os materializavam. Havia o direito formal de desfrutar de uma saúde pública, da educação, ainda que básica, mas não existiam meios necessários para a sua realização. Assim, coube ao Estado Social a efetivação dessa materialização de direitos. Como bem assenta MENELICK DE CARVALHO NETTO,

A massa alcança o direito de voto, mas, ao mesmo tempo, requer-se que os direitos que lhe são atribuídos sejam materializados para que ela possa algum dia vir, de fato, a definir as políticas que lhe são destinadas, ou em outros termos, para que o exercício do voto não seja inconsistente, manipulado, uma mera formalidade de legitimação da burocracia. Esse, o desafio do Estado Social: construir uma cidadania que, desde o início, é, de fato, desqualificada por carência de materialidade de seus direitos.⁸

JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, ao tratar sobre o Estado Social, aduz que ele contém traços determinantes, tais quais: liberdades garantias pessoais respeitadas, regras jurídicas em prol dos trabalhadores, favorecimento ao Estado a favor do provimento da justiça social, etc.⁹

Segundo JÜRGEN HABERMAS, o propósito inicial da mudança de paradigma de visão do Estado era que esse 'novo' paradigma de Estado substituísse o 'velho'. Entretanto, mesmo com o sucesso da implementação, num primeiro momento, do Estado Social, esse deixou

⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. op. cit., p. 78

⁹ O autor português, sobre o Estado de Direito e o Estado Social, ainda expende que: "O Estado de direito pressupõe uma sociedade civil onde desabrochem as potencialidades da inovação e criatividade. O Estado de direito reclama o indivíduo autónomo e não o administrativo igual e submisso à máquina estatal." op. cit. pp. 37-38

transparecer alguns efeitos colaterais disfuncionais, momento em que a premissa tácita de exclusão mútua entre o Estado Liberal e o Estado Social passou a ser questionada.¹⁰

O paternalismo que ora assume o Estado acabou por inibir a liberdade privada e mesmo a jurídica. O Estado Social, nesses moldes, não podia garantir as devidas compensações procuradas, pois o público sufocou o privado a ponto de desconsiderar as opiniões dos diversos segmentos da sociedade, confundindo o público com o estatal. A ideia de totalitarismo do Estado Social era patente.¹¹

Tais efeitos colaterais resultaram no que se chama de crise social, que consistiu no fracasso do ideário de providência estatal, e residia na “insensibilidade das burocracias estatais emergentes com relação a limitações impostas à autodeterminação de seus clientes – uma fraqueza do paradigma do Estado social simétrica à da ‘cegueira social’ do direito formal burguês.”¹²

A propósito, CRISTIANO ARAÚJO PAIXÃO PINTO lembra que não é só uma crise fiscal e administrativa, mas também, e primordialmente, uma crise de ordem democrática e de cidadania. Esse último aspecto da crise consiste na falta de participação popular nas decisões políticas, em decorrência da confusão do público com o estatal, evidenciando “uma estrutura burocrática centralizada e distanciada da dinâmica vital da sociedade”. bem como pela

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. op. cit., pp. 124-125

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. pp. 36-37

¹² HABERMAS, Jürgen. op. cit., pp. 124-125

centralidade da atuação dos partidos políticos em detrimento da atuação política da sociedade.¹³

É com essa crise que se descortina um novo paradigma com a intenção de corrigir as disfunções apresentadas tanto pelo Estado Burguês, quanto pelo Estado Social, devido à complexidade que o atual estágio da sociedade se encontra. Surgem direitos de diversas categorias, tais como: o direito ao meio ambiente sadio, o direito das minorias, os direitos de cunho sexuais, etc.

Assim, o novo paradigma que se revela propício é o Estado Democrático de Direito¹⁴. Esse é entendido como o Estado que continua a garantir os direitos e garantias liberais e sociais, mas que também amplia esse conteúdo, além de incorporar a ideia de que o poder emana do povo, e que este exerce o poder diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direito e secreto, para o exercício de mandatos periódicos.

Ao se interligar as duas premissas básicas, direito e democracia, só tem sentido um Estado nesses moldes, se for limitado e

¹³ ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. op. cit. pp. 41-42

¹⁴ "O Estado de Direito, concebido e estruturado em bases democráticas, mais do que simples figura conceitual ou mera proposição doutrinária, reflete, em nosso sistema jurídico, uma realidade constitucional densa de significação e plena de potencialidade concretizadora dos direitos e das liberdades públicas." CELSO DE MELLO. (STF-MS 26.603-1/DF).

atuante pelo direito, ou seja, por normas e princípios, e se o poder político estatal for legitimado pela soberania popular.¹⁵

Nesse sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA apoiado na doutrina de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO indica os princípios básicos de um Estado Democrático de Direito, quais sejam:

1. Princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de um Constituição rígida, emanada da vontade popular, que dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;

2. Princípio democrático, que, nos termos da Constituição, há de construir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º);

3. Sistema de direitos fundamentais, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais (títulos II, VII e VIII);

4. Princípio da justiça social, referido no art. 170, caput, e no art. 193, com princípio da ordem econômica e da ordem social; como dissemos, a Constituição prometeu a transição para o socialismo mediante a realização da democracia econômica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa, como o faz a Constituição portuguesa, mas com certeza ela se abre também, timidamente, para a realização da democracia social e cultural, sem avançar significativamente rumo à democracia econômica;

5. Princípio da igualdade (art. 5º, caput, e I);

6. Princípios da divisão de poderes (art. 2º) e da independência do juiz (art.95);

7. Princípio da legalidade (art. 5º, II);

8. Princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI e LXXIII).

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 32

O mesmo autor afirma ainda que o Estado Democrático presta-se fundamentalmente a superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social.¹⁶

Para ter um verdadeiro Estado Democrático de Direito não basta que somente sejam previstos meios democráticos e que Estado aja nos limites da lei. É necessária ainda a existência de diversas instituições, procedimentos e ações que façam valer a vontade popular. Para tanto ainda é forçosa a proteção de um núcleo fechado de princípios, tais como: a liberdade dos indivíduos, a segurança individual e coletiva, a responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, a igualdade de todos os cidadãos e a proibição de discriminação de indivíduos e de grupos.

Além disso, JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO afirma que uma das formas mais adequadas de Estado dos tempos atuais “para colher esses princípios e valores de um Estado subordinado ao direito é a do Estado constitucional de direito democrático e social ambientalmente sustentado”.¹⁷

Ademais, com o surgimento de novos direitos como o direito ao meio ambiente, direito do consumidor, direito ao patrimônio histórico, por exemplo, e diante da insuficiência do Estado Burguês e do fracasso do Estado Social diante da tutela desses novos direitos, viu-se a imperiosidade de se modificar os paradigmas existentes até então, para que fossem tomadas medidas de proteção a esses direitos, que se destacam por fugir da clássica

¹⁶ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 122

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 21

divisão do público *versus* privado, pois apresentam uma natureza de proteção jurídica de interesses difusos.

Esses novos direitos, doravante denominados direitos de terceira dimensão¹⁸, têm como principais agentes o Estado, seja de modo ativo seja modo omissivo, com a sociedade civil participante, fiscalizadora e zeladora da sua eficácia desses direitos.¹⁹

1.2. A PERCEPÇÃO DOS DANOS AMBIENTAIS E A OPÇÃO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE.

Diante do aumento da complexidade das relações humanas, que exigiu constantes mudanças também dos modelos de Estado, como visto acima, a sociedade moderna requer que o Estado incorporasse regras que regulem os efeitos danosos advindos dessas relações.

¹⁸ “Trata-se consoante já proclamou o Supremo Tribunal Federal (RTJ 158/205-206, Rel. Min. CELSO DE MELLO), com apoio em douda lição expendida por CELSO LAFER (“A reconstrução dos Direitos Humanos”, p. 131/132, 1988, Companhia das Letras), de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social.” CELSO DE MELLO. (STF- ADI 3540 MC/DF). Já JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO entende que o direito ao meio ambiente constitui um direito de **quarta geração**. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. apud SILVA, José Afonso da. “Fundamentos Constitucionais da Proteção do Meio Ambiente”. **Revista de Direito Ambiental**. no 27, ano 7, julho-setembro, 2002. p. 52.

¹⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. op. cit., p. 79

Pode-se dizer que a complexidade da sociedade atual é resultante do nível, também complexo, das atividades industriais. A produção e o consumo de bens do modelo de sociedade atual fizeram surgir danos ambientais²⁰ nunca antes presenciados. Os países mais ricos a cada dia expandem os seus domínios comerciais sobre os demais, sem observar os danos ambientais, econômicos e culturais. Com essa atuação dos países ricos e mesmo os em desenvolvimento, os países mais pobres tendem a ficar mais pobres, pois não detêm os recursos necessários, nem conseguem adquiri-los para enfrentar as catástrofes que frequentemente têm acontecido.²¹

Entre os danos ambientais constatados hodiernamente pode-se citar: a redução da camada de ozônio estratosférica (principalmente na Antártida), a alternância arritmada entre forte seca e extenso período de chuva, a elevação da temperatura global, as emissões de CO₂ que intensificam o efeito estufa, o excesso de ozônio na troposfera – parte mais baixa da atmosfera – as chuvas ácidas, a contaminação do solo e da água, a urbanização maciça e desenfreada de regiões ecologicamente frágeis (como

²⁰ PAULO DE BESSA ANTUNES conceitua o dano ambiental como a poluição que, ultrapassando os limites do desprezível, causa alterações adversas no ambiente. O fato de que ela seja capaz de provocar um desvalor ambiental merece reflexão. O dano ambiental, isto é, a consequência gravosa ao meio ambiente de um ato ilícito, não se apresenta como uma realidade simples. In: **Dano Ambiental: Uma Abordagem Conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.p. 181

²¹ No mesmo sentido: “Vendo-se criticamente a civilização atual, constata-se que o núcleo da crise é econômico, dominada que se acha pela entidade do mercado ilimitado, revelando-se pela estagnação dos países centrais e pela orientação monetarista, imposta aos países periféricos segundo padrões novecentistas, alheios à perversidade de seus efeitos. Na economia global, o interesse na produção de bens é sobrepujado pelo mercado financeiro, consagrando-se o empobrecimento da maioria e a fragilização das instituições políticas”. AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida**. 2^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 80

as zonas costeiras), as constantes inundações, etc. Exemplificando alguns desses danos, citam-se aqui alguns acontecimentos marcantes:

a) FLIXBOROUGH (Reino Unido, 1974) – explosão de gás em fábrica de produtos químicos, ocasionando 28 mortes e efeitos devastadores num raio de 3 Km;

b) SEVESO (Itália, 1976) – fuga de produtos tóxicos, dioxina, em decorrência de explosão de reator químico, tendo sido necessário evacuar a população e realizar abortos terapêuticos;

c) THREE MILE ISLAND (Estados Unidos, 1979) – o primeiro dentre os grandes acidentes nucleares conhecidos, ocasionando difusão de radioatividade no exterior da usina;

d) BOPHAL (Índia, 1984) – nuvem de gás tóxico, provocando mais de 2.000 mortos e cerca de 60.000 feridos graves;

e) CHERNOBYL (URSS, 1986) O de todos o mais terrível, provocando uma nuvem radioativa, ameaçando o território da URSS e toda a Europa, afetando todo o hemisfério norte;

f) LOVE CANAL (Estados Unidos, anos 50-60) – industriais realizaram conscientemente, e às escondidas, descargas de produtos tóxicos;

g) MINAMATA (Japão, anos 50) - descargas de mercúrio com resultados dramáticos não admitidos pela empresa responsável.²²

Como se pode perceber, a cada dia mais catástrofes dessas intensidades são percebidas em todo o mundo, e a tendência atual não é nada animadora. Com a maciça globalização e o modelo do neoliberalismo, danos ambientais tendem a aumentar. A partir da análise desses danos pode-se dizer que “estamos próximos de um holocausto ambiental, despolitizando os

²² AZEVEDO, Plauto Faraco de. op. cit. pp. 83-84

aspectos sociais fundamentais que contribuem para as dificuldades ambientais inegáveis”²³.

Por meio de tais constatações se qualifica a sociedade atual como uma sociedade de risco²⁴, em que o Estado Democrático de Direito tem regulado juridicamente a temática ambiental de forma rápida, mas ainda limitada, ressalta-se.²⁵

Em decorrência disso, e devido ao grande risco que haveria se não fosse tomada qualquer atitude²⁶, houve a compreensão no âmbito nacional da temática ambiental, bem como a sua constitucionalização no Brasil e em diversos países.²⁷

²³ ANTUNES, Paulo De Bessa. op. cit. pp. 122-123

²⁴ Para um maior conhecimento no assunto CF. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony e LASH, Scott. Modernização reflexiva (política, tradição e estética na ordem social moderna). São Paulo, Editora da Universidade Estadual Paulista.

²⁵ Nesse sentido: “Diante da complexidade das relações entre atividades humanas e os processos ecológicos, o Direito não tem outra alternativa senão operar seletivamente. O mecanismo jurídico de seleção que reduz a complexidade do ambiente sociológico se chama juridicização. O processo de juridicização seleciona as informações do ambiente na forma de um código binário com valores auto-excludentes: Direito/não Direito (LUHMANN, s/d; TEUBNER, 1996; CLAM, 2005; ROCHA, 2004). Assim, toda a complexidade das relações comunicativas da sociedade global é filtrada pela juridicização, onde então os diversos sentidos contingencialmente incompatíveis entre si se estabilizam em uma semântica rígida. Essa semântica pode ser chamada de comunicação jurídica, que se caracteriza por um discurso que faz referência a si mesmo, isto é, um discurso jurídico cujos pressupostos são discursos jurídicos precedentes”. ROCHA, Leonel Severo. CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. in: **Revista Seqüência**, no 53, p. 9-28, dez. 2006. p. 14

²⁶ Nesse sentido impende citar a preocupação de AMANDINO TEIXERA NUNES JUNIOR: “a crise ambiental que nos acomete é civilizatória, e a sua superação reside na busca de uma definição mais ampla do que seja o homem e do seu espaço na natureza, bem como da sua relação com o meio ambiente, numa ponderação de interesses econômicos e ecológicos, sob pena de a degradação ambiental tornar-se ameaça (endêmica ou epidêmica) à qualidade de vida humana e à exclusão do futuro”. (O Estado Ambiental de Direito. in: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 41 n. 163. pp. 295-307. jul./set. 2004. p. 296-297)

²⁷ À favor do exposto cita-se a doutrina de SALVATORI PATTI: “Le previsione di norme sull’ambiente nei più ‘giovani’ testi costituzionali testimonia il livello di sensibilità per i problemi

SALVATORI PATTI, ao tratar do assunto da constitucionalização da questão ambiental, afirma que:

“Le finalit  che si volevano perseguire erano in particolare quelle di conferire all’ambiente naturale il maggior grado di dignit ; assicurare un sufficiente livello di astrazione ed un parametro di comportamento al legislatore ed al giudice; nonch  favorire l’azione del singolo e l’utilizzazione di strumenti presenti nell’ordinamento. In base all’importanza attribuita a queste finalit  sono state proposte le norme del tipo ‘ciascuno ha diritto all’ambiente salubre’, tendenzialmente idonee a conferire al singolo una posizione soggettiva giuridicamente tutelada; oppure norme di tipo programatico, in modo da assegnare allo Stato il compito di garantire la permanenza degli elementi naturali fondamentali per la vita umana..²⁸

Na Constitui o de 1988, o art. 225²⁹⁻³⁰ prev  a tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado³¹, para as presentes e futuras gera es.

dell’ambiente naturale raggiunto negli ultimi anni e l’avvertita esigenza di conferire ai valori ambientali il massimo grado di dignit , collocando la relativa normativa di ‘principio’ nei testi fondamentali.” In: Valori costituzionali e tutela dell’ambiente.”. In **Diritto e ambiente: Materiali di dotina e giurisprudenza. Parte 1 – Diritto Civile**. Padova: Cedam, 1984. p. 109. “As previsões de normas sobre o meio ambiente nos mais recentes textos constitucionais testemunham o nível de sensibilidade em rela o aos problemas do ambiente natural observados nos últimos anos e a vertente exigência de conferir aos valores ambientais o máximo de grau de dignidade, colocando a relativa normatividade do princípio nos textos fundamentais.” (trad. livre)

²⁸ “As finalidades que si querem perseguir eram em particular aquelas que confirmam ao meio ambiente natural o maior grau de dignidade; assegurar um suficiente nível de abstrac o e um parâmetro de comportamento ao legislador e ao magistrado; não que favoreça a a o do da pessoa e a utiliza o de instrumentos presentes no ordenamento. Quanto   importância atribuída a esta finalidade foram propostas normas do tipo ‘qualquer um tem direito ao ambiente saudável, tendenzialmente id neas a conferir ao indivíduo uma posi o subjetiva juridicamente tutelada; ou normas do tipo programático, de modo a destinar ao Estado o dever de garantir a permanência dos elementos naturais fundamentais pela vida humana.” (tradu o livre) in: PATTI, Salvatori. op. cit. pp. 112-113.

²⁹ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial   sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e   coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gera es.

  1  - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrim nio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas   pesquisa e manipula o de material genético;

A Constituição de 1988 é a primeira constituição brasileira a tratar da temática ambiental, dispõe em um capítulo inteiro sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito e um dever fundamental

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.”

³⁰ “Essa crescente necessidade do Estado lidar com os riscos provenientes do desenvolvimento da Sociedade Industrial – faz emergir, no Brasil em 1988, o denominado *Estado Ecológico ou Estado Ambiental*, com a constitucionalização e garantia do Direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (225, CF). Desse modo, pode-se apontar que o denominado Estado Ambiental consiste num processo de Ecologização das estruturas do Sistema Político em acoplamento com a dinâmica de sensibilização do Direito às irritações ecológicas (na Ecologização do Direito). (...) Portanto, a partir da constitucionalização no Brasil da matéria ambiental (art. 225, CF), o Estado (Ambiental) tem a função de integração dos vários discursos existentes na Sociedade, limitando os conflitos intersistêmicos e orientando a reflexão sistêmica sob a perspectiva moral dos Direitos fundamentais como “superdiscurso social”. ROCHA, Leonel Severo. CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. in: **Revista Sequência**, no 53, p. 9-28, dez. 2006.p. 20

³¹ “É a base de todo o direito ambiental constitucional e infraconstitucional. É, em outras palavras, o princípio inspirador destinado ao legislador, ao aplicador e ao operador do direito. O legislador constituinte inspirou-se na Declaração de Estocolmo para adotar o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, reservando-lhe um capítulo todo especial.” BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira, **RF**, v. 317, p. 177, 1992. p. 61

de todos; conceituada por JOSE AFONSO DA SILVA como a “Constituição eminentemente ambientalista”.³²

1.3 – DAS DIMENSÕES COOPERATIVAS, COOPERANTES, INTERPRETATIVAS ABERTAS E PRINCIPIOLÓGICAS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Quando se refere ao meio ambiente não se pode olvidar que o mesmo afeta toda a população mundial. Daí a necessidade da intensa cooperação entre os países para a proteção do meio ambiente. Vejamos.

Para que haja uma eventual cooperação entre os países em escala mundial ou escala regional, é necessário que eles tenham a consciência de sua responsabilidade para a proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, destaca-se PETER HÄBERLE quando oferece as estruturas de um “Estado Constitucional Cooperativo”, que se caracteriza por ser um

Estado que justamente encontra a sua identidade também no Direito Internacional, no entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais, na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz.³³

³² SILVA, José Afonso da. op. cit. 43-46

³³ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antonuik. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 4.

Ademais, para a configuração de um Estado cooperativo no plano internacional (plano externo), essa cooperação há de ser contínua nos planos econômico, social e humanitário, em que irão se visualizar os campos mais propícios à atuação dos Estados envolvidos nas ações que têm em comum, ou mesmo em situações advindas de tratados ou convenções.

Para a temática ambiental, pode-se visualizar alguns atos cooperativos entre os Estados. Confere-se, por exemplo, a existência de tratados acerca da matéria, disposições supranacionais de âmbito regional, tal qual se vê na União Européia e no Mercosul. Quando dois países se unem para proteger o meio ambiente ou mesmo explorá-lo de forma responsável visualiza-se a cooperação entre esses Estados.

Com apoio na doutrina de PETER HÄBERLE, pode-se visualizar outras características técnicas de um Estado Cooperativo:

- a) abertura para relações internacionais com efeito de impor medidas eficientes no âmbito interno (permeabilidade), também no acento da abertura global dos direitos humanos (não mais cerrados no domínio reservado) e de sua realização 'cooperativa';
- b) potencial constitucional ativo, voltado ao objetivo (e elementos isolados nivelados) de realização internacional 'conjunta' das tarefas como sendo da comunidade dos Estados, de forma processual e material;
- c) solidariedade estatal de prestação, disposição de cooperação para além das fronteiras: assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate aos terroristas, fomento à cooperação internacional também a nível jurídico privado."³⁴

³⁴ HÄBERLE, Peter. op.cit. p.70-71

Tais premissas são plenamente aplicáveis a um modelo de Estado que se preocupa com as questões ambientais em nível regional e internacional, bem como em nível nacional.

Em nível nacional, o Estado Constitucional com premissas cooperativas, denominado de Estado Constitucional Cooperante³⁵, atua na medida do princípio da responsabilidade³⁶ de forma que o Estado Constitucional e os particulares celebram acordos normativos e obrigações unilaterais, que geram para as duas partes – Estado e particulares – não uma obrigação jurídica de fazer, mas sim um dever (meramente político) de responsabilidade atinente ao acordado.

Aqui, não há uma imposição do Estado obrigando os particulares a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. Há, sim, uma pressão estatal política que é recebida pelos atores econômicos internos de maneira que não se responsabilizem juridicamente, mas, somente em termos de compromisso político. Em todo caso, a responsabilização do particular é protegida, num Estado de Direito, pela vinculação do Estado Constitucional aos direitos fundamentais.³⁷

Destarte, esses acordos devem ser pautados na confiança mútua entre as partes, não sendo de bom alvitre, ou mesmo antiético, que uma

³⁵ Assim denominado por MICHAEL LOTHAR. In: El Estado Constitucional Cooperante. CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Org.). **Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle**. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

³⁶ O mesmo autor se refere ao princípio da responsabilidade como sendo um “pilar de la legitimad constitucional junto al principio democrático y los derecho fundamentales. El principio de responsabilidad cooperativa legitima también la participación de particulares en el ejercicio de poder normativo.” op. cit. p. 335

³⁷ LOTHAR, Michel. op. cit. pp. 323-329

parte descumpra o acordado. Sobre o tema vale transcrever a doutrina de MICHAEL LOTHAR:

El acuerdo normativo y la obligación unilateral constituyen los instrumentos centrales de la cooperación informal entre el Estado y los agentes económicos. Las obligaciones unilaterales son declaraciones de empresas o asociaciones de empresas a favor de una determinada conducta o el logro de un determinado objetivo general, declaraciones que no son jurídicamente vinculantes. Se emiten ante la autoridad correspondiente, sin que esta haya ejercido de modo formal su poder público. Por otro lado, los acuerdos normativos son de naturaleza informal y tienen una dimensión horizontal entre los agentes económicos, pero también vertical frente al Estado. Se diferencian de los acuerdos ejecutivos y tienen muchas variantes: pueden moldear normas (anticipar o acordar el proceso normativo) o pueden sustituir a las propias normas (las evitan o las desplazan).³⁸

Diante dessa proposta de Estado, a participação dos agentes econômicos e da população em geral é condição mínima de existência desse Estado, segundo a qual só será válida a responsabilidade das partes diante da participação na elaboração dessas responsabilidades.³⁹

Um Estado que se preocupa com a temática ambiental e que a pauta nas grandes discussões há que ter espaços abertos para a participação do povo e dos agentes econômicos que compõem a sociedade. Nesse caso há que ter em vista que o Estado não tem todos os meios necessários para atuar em todas as frentes em relação ao meio ambiente. A delegação de poder de tutela do meio ambiente faz com que os delegados se responsabilizem (politicamente) em cumprir o estipulado, para auxiliar o Estado e fomentar a

³⁸ LOTHAR, Michel. op. cit. p.321.

³⁹ LOTHAR, Michel. op. cit. pp. 324-325.

participação cidadã nas tomadas de decisões da sociedade, em relação ao meio ambiente.

Ademais, para a efetivação desse modelo de Estado, é mister que a interpretação da Constituição seja democratizada, acessível a todos, oportunizando uma Sociedade Aberta, onde todos os entes estatais, os agentes econômicos, políticos e culturais e todos os cidadãos estão legitimados a interpretar a Constituição.⁴⁰

Segundo, PETER HÄBERLE, quanto mais atores sociais forem legitimados para a interpretação da Constituição mais essa sociedade será aberta e livre, afirmando:

Do ponto de vista teórico-constitucional, a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração, pelo menos indireta, da 'res publica' na interpretação constitucional em geral é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário.⁴¹

Para a formação de uma sociedade aberta (PETER HÄBERLE), o fortalecimento da democracia é de suma importância. Não se pode mais pensar que uma sociedade é democrática só pelo fato de possuir eleições periódicas, universais e secretas e, ainda, reduzindo o conceito de

⁴⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. pp. 12-13

⁴¹ HÄBERLE, Peter. op. cit. p. 33

povo a um elemento quantitativo. Isso é mínimo, e também premissa básica para uma sociedade livre.

Dessa forma a democracia deve ser concebida, devendo ser entendida pelos agentes sociais em um sentido mais amplo. Numa sociedade que pretende ser aberta, a democracia deverá se desenvolver por “formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos Direitos fundamentais.”

PETER HÄBERLE entende que a democracia desenvolve-se pela controvérsia sobre possibilidades, alternativas e necessidades da realidade e também pelo “‘concerto’ científico sobre questões constitucionais, nas quais não pode haver interrupção e nas quais não existe e nem deve existir dirigente.”⁴²

Quanto mais intérpretes tiver a Constituição, mais aberta, democrática e cidadã, será a sociedade:

A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou sebjazem a eles. A teoria da interpretação com a tendência de superestimas sempre o significado do texto.⁴³

⁴² HÄBERLE, Peter. op. cit. p. 36-37

⁴³ HÄBERLE, Peter. op. cit. p. 43

Para a mudança de paradigmas da sociedade em que vivemos, visualiza-se também a mudança do método de interpretação, principalmente da interpretação constitucional. “A idéia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição”⁴⁴. Ressalta-se que esse novo modelo de interpretação constitucional não trata necessariamente de abandono da interpretação clássica, mas sim mais uma ferramenta que se apresenta. Trata-se antes de tudo de um aperfeiçoamento da hermenêutica constitucional.

A interpretação dita clássica é aquela que considera que a regra jurídica trazia no seu próprio corpo (conteúdo) todo o sentido necessário para a sua ‘devida’ aplicação diante dos inúmeros casos a que se pretendia aplicá-la. “E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo pré-existente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização.”⁴⁵ De outro lado, a nova interpretação consiste em afirmar que as normas jurídicas – em especial as constitucionais –, por terem um conteúdo aberto e abstrato, não exaure todas as nuances dos casos concretos, sendo que

O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e papel dos princípios no direito brasileiro. In: **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Luís Roberto Barroso (org.). 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 331.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula. op. cit. pp. 331-332

produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.⁴⁶

A norma jurídica não é mais interpretada apenas de forma literal e silogística. Essa superação de pensamento dá-se no que se chama de pós-positivismo, em que, há uma intensa relação entre valores, princípios e regras. Assim, o pós-positivismo, ao superar o positivismo nos moldes concebidos de séculos passados, visa a reaproximação entre Direito e Ética, valorizando os princípios, incorporando-os, explícita ou implicitamente, aos textos constitucionais e reconhecendo-os a sua normatividade.⁴⁷

Em decorrência disso, a dogmática moderna entende que as normas em geral, mormente as constitucionais, são divididas em dois grupos, com campos de atuação diversos, que são os princípios e as regras. Normalmente, as regras têm um caráter mais objetivo do que os princípios, e têm a sua aplicação reduzida às “situações específicas às quais se dirigem.” De outro lado, os princípios, por ter um maior grau de abstração, se prestam a incidir sobre diversos casos.⁴⁸

Nessa esteira, casos que merecem atenção são aqueles em que há conflitos entre as regras e entre os princípios. Entre as normas, pela própria natureza da regra, valerá o entendimento que uma norma jurídica

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula. op. cit. p. 332

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula. op. cit. p. 336

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula. op. cit. p. 337

regulamenta em sua completude o caso concreto ou não, ou seja, “na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer.”⁴⁹

Já quanto aos conflitos entre princípios, aplica-se a ponderação. Como os princípios têm uma carga subjetiva ampla, no mesmo caso concreto poderão ser aplicados diversos princípios. Assim, o intérprete deverá ter a habilidade de considerar os princípios que se determinam ao caso e dar uma interpretação que não viole constitucionalmente qualquer dos princípios⁵⁰. Nesse mesmo tema, LUÍS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA BARCELLOS afirmam que:

Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético.⁵¹

Em relação ao meio ambiente, em muitos casos se percebe o conflito entre princípios (princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado *versus* o direito de moradia), em que o intérprete fica frente a um dilema. Se for desmatar, pode agravar o passivo ambiental. O intérprete terá que interpretar de forma adequada quando se deparar com casos dessa ordem⁵².

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula. op. cit. p. 338

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula. op. cit. pp. 337-341

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto, e BARCELLOS, Ana Paula. op. cit. p. 342

⁵² Há quem diga que diante dos conflito entre normas ou mesmo princípios, e que um deles seja uma/uma do Direito Ambiental, deve considerar esse em relação aos outros: “entendo que

1.4. O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

A formação de um Estado de Direito Ambiental⁵³ advém da incorporação da temática ambiental no bojo do Estado Democrático de Direito, como se expôs nos tópicos anteriores, veja-se, por exemplo, o art. 225 da Constituição Federal, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81) e a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), entre outros diplomas normativos. Essa incorporação é devida pela reação do Direito e da Política frente aos riscos gerados pela sociedade moderna e complexa e as suas consequências, sob suas lógicas e racionalidades específicas, “através da formação de um processo de Ecologização de suas estruturas que pode ser demonstrada na formação do sentido de Estado Democrático Ambiental”, cuja defesa primordial é a de proteger o meio ambiente e possibilitar uma sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.⁵⁴

Assim para a formação desse Estado é necessário que ele tenha algumas características relevantes.

A primeira e mais importante, sem a qual não se pode imaginar um Estado de Direito Ambiental, é que esse Estado seja eminentemente um

um novo critério deve ser aplicado para o conflito aparente de normas: o critério ambiental. Havendo aparente conflito de normas (entre normas vigentes e de igual hierarquia), deve-se aplicar a norma que não agride o meio ambiente; ou ainda, sendo inevitável algum grau de agressão, devemos aplicar a norma que menos agride o meio ambiente.” ARAÚJO, Thiago Cássio D’Ávila . Estado Ambiental de Direito. p. 171

⁵³ DÉLTON WINTER DE CARVALHO chama esse modelo de Estado de *Estado Democrático Ambiental*. In: A responsabilidade administrativa no estado democrático ambiental. in: *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, v. 34, n. 108, p. 79-97, dez. 2007.

⁵⁴ CARVALHO, Délton Winter de. op. cit. pp.79-80

Estado de Direito. Segundo JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, um Estado Ambiental sob o império do direito, evita sob “qualquer fundamento ambiental”, mandos e desmandos pelos amantes do meio ambiente para o surgimento de políticas autoritárias e até “totalitárias com desprezo das dimensões garantísticas do Estado de direito”.⁵⁵

A segunda é que esse Estado tenha uma agenda democrática de participação ativa de toda a sociedade, em que essa participação tenha influência nos processos de tomada de decisão, cujas consequências sejam sentidas pelas gerações futuras, de modo que essas decisões tenham validade social⁵⁶:

A afirmação desta nova dimensão do Estado pressupõe o diálogo democrático, exige instrumentos de participação, postula o princípio da cooperação com a sociedade civil. O Estado de ambiente constrói-se democraticamente de baixo para cima; não se dita em termo iluminísticos e autoritários de cima para baixo.⁵⁷⁻⁵⁸

Ainda no esteio da doutrina de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, a qualificação de um Estado dito “Estado Ambiental” é mister que haja duas dimensões “jurídico-políticas”. A primeira que se revela é a obrigação

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 43.

⁵⁶ ROCHA, Leonel Severo, e CARVALHO, Delton Winter de. op. cit. pp. 20-21

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 44.

⁵⁸ No mesmo sentido: “o Direito Ambiental impõem uma alteração uma alteração no pilar democrático do Estado: há uma verdadeira superação da democracia representativa em prol de formas de participação direta dos cidadãos (por exemplo, através das audiências públicas em processos de licenciamento). O fortalecimento da democracia direta ou participativa em processo de tomada de decisão que repercutem ou possam repercutir na perda da qualidade ambiental tem por justificativa o fato de que as consequências das decisões tomadas acerca das questões ambientais não se prolongam apenas pelo períodos em que os representantes ocupam seus cargos políticos, mas propagam-se pro anos e gerações à frente.” CARVALHO, Delton Winter de. op. cit. p. 85

do Estado, juntamente com outros Estados e com os agentes públicos e privados internos, bem como com a sociedade civil organizada, de realizar políticas públicas calcadas na sustentabilidade ecológica. A outra dimensão é o “dever de adoção de comportamentos públicos e privados”⁵⁹ em conformidade com o meio ambiente, a fim de possibilitar a concretude da “assunção da responsabilidade dos poderes públicos perante as gerações futuras”.⁶⁰

A terceira característica é que esse Estado tenha uma dimensão de atuação positiva e uma outra negativa. Nessa característica, deve o Estado de Direito Ambiental se recusar a estatizar o bem ambiental, para que a sua tutela fique ao alvedrio de todos. Já na sua dimensão positiva, esse Estado deve prestar informações sobre pendências ambientais a qualquer interessado que lhe seja relevante, incitando a “formação de um compromisso ambiental da sociedade civil”, sendo antes que um direito, um dever a participação da sociedade na temática ambiental.⁶¹

A quarta, calcada na doutrina de PETER HÄBERLE, que o Estado de Direito Ambiental seja cooperativo com outros Estados. E sendo assim, troquem informações e experiências quanto à temática ambiental, e num patamar mais nobre, que atuem juntos para a proteção do meio ambiente, mediante tratados, convenções e discussões.⁶²

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 44

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 44.

⁶¹ ROCHA, Leonel Severo, e CARVALHO, Delton Winter de. op. cit. p. 20

⁶² Nesse sentido: “A preocupação com a preservação do meio ambiente – que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras tem

A quinta característica que se pode visualizar, com base na doutrina acima exposta de MICHAEL LOTHAR, que o Estado de Direito Ambiental seja cooperativo também internamente, e como quer o referido autor, que seja “cooperante”. Nessa dimensão, o Estado deve manter acordos com a sociedade civil, mediante o princípio da responsabilidade, em que todos os acordantes sejam responsáveis pela tutela do meio ambiente, não somente quanto à tomada de decisões, mas, principalmente, na atuação de proteção do ambiente.

Assim, o cidadão no Estado de Direito Ambiental deixa de ser somente o proprietário ou o trabalhador, como era no Estado Liberal e no Social, respectivamente. O cidadão agora passa a ser todo o ser humano “sem qualificações jurídicas específicas que o insiram em determinado grupo social” mesmo aqueles que excluídos anteriormente, “naturalmente com direitos e deveres também ampliados”.⁶³

Por fim, a sexta característica que se pode apontar é a que esse Estado deve ser um Estado eminentemente principiológico. Na era do pós-positivismo, não se pode mais conceber um Estado que aplique a letra cega da lei, sem fazer a devida adequação aos fatos. Sabe-se que quanto mais pessoas, entes, poderem participar da interpretação das normas jurídicas, mais qualificada será essa interpretação, uma vez que ninguém sozinho tem a

constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda humanidade.” CELSO DE MELLO. (STF - ADI 3540 MC/DF).

⁶³ NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. op. cit. p. 303

capacidade de esgotar o assunto de um caso. A abertura da sociedade na interpretação das normas jurídicas, principalmente as de cunho constitucionais, e a nova hermenêutica que se afloram nos tempos presentes, em que se elevam a força normativa dos princípios, conduzem ao um fortalecimento do Poder Judiciário, que poderá dar uma prestação mais eficaz às lides lhe apresentadas, da democracia participativa e ainda da cidadania⁶⁴. Segundo DÉLTON WINTER DE CARVALHO:

Em síntese, pode ser constatado que Estado Democrático Ambiental consolida-se como uma dimensão do próprio Estado Democrático de Direito, agregando às funções clássicas de garantia de direitos individuais (Estado de Direito) e sociais (Estado Social), a função ambiental, sob o resguardo democrático (Estado Democrático de Direito). A fim de descrever a necessária pré-compreensão dos operadores jurídicos no Estado Democrático Ambiental, pode-se dizer que, assim como a *justiça social* é a finalidade do *Estado Democrático de Direito*, a *justiça ambiental* é a tarefa e o fim a ser garantido pelo *Estado Democrático Ambiental* em relação às presentes e futuras gerações.⁶⁵

Diante das características apresentadas, o Estado de Direito Ambiental é em sua essência um aprimoramento do Estado Democrático de Direito em relação ao meio ambiente e ao processo de tomadas de decisões (que num primeiro plano é em relações a assuntos ambientais, mas que num patamar superior pode se estender a qualquer assunto), uma vez que mantém

⁶⁴ Relacionado ao tema, cita-se as palavras de AMANDINO TEIXEIRA NUNES JUNIOR: "Cabe ressaltar que a democracia ambiental e a participação popular se completam com a informação e a educação sobre o meio ambiente, indispensáveis à tomada de consciência dos valores ambientais. A consecução (plena) das funções do novo Estado só será possível quando este tiver, ao seu lado, uma coletividade informada, educada, participativa e solidária. Anote-se, ainda, que outro componente indispensável do Estado Ambiental de Direito é o cesso amplo ao Judiciário, com a garantia do devido processo legal para as questões ambientais. Vale dizer, a efetivação de uma tutela jurisdicional ambiental, célere e eficaz, que garanta à sociedade a responsabilização (penal, administrativa e civil) dos que ameaçam ou degradam o meio ambiente". op. cit. p. 304

⁶⁵ CARVALHO, Délton Winter de. op. cit. p. 86

os requisitos e a condição de existência do Estado Democrático de Direito, quais sejam: democracia, cidadania e constituição; mas que desloca o eixo de importância do meio ambiente de um assunto acessório para assunto central da sociedade.

CAPÍTULO 2 – PRINCÍPIOS ESSENCIAIS NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL.

Não se pode pensar um Estado de Direito Ambiental dissociado de garantias mínimas a serem tuteladas por princípios, que informam a atuação de todos aqueles que têm o dever de (atuação) e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, alguns princípios nesse novo Estado roubam a cena e são os principais dirigentes das políticas públicas e atuação da sociedade perante o meio ambiente.

2.1. PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO.

Dentre esses princípios, o primeiro a ser estudado é o princípio da participação⁶⁶, que mesmo não sendo específico do direito ambiental é de sua importância para a sua legitimidade.

Para o direito ambiental, o princípio da participação foi evidenciado no princípio nº 10 da Declaração da ECO-92 sobre Ambiente e

⁶⁶ Sobre o assunto do princípio da participação PAULO DE BESSA ANTUNES acredita que: "O Direito Ambiental é um direito que tem uma das vertentes de sua origem nos movimentos reivindicatórios dos cidadãos e, como tal, é essencialmente democrático. O princípio democrático materializa-se através dos direitos à informação e à participação. (...) Não se pode, ainda, olvidar o fato de que o princípio da publicidade é um dos princípios reitores da Administração Pública que, como se sabe, é uma atriz de imensa importância em todas as questões ambientais." In: **Direito Ambiental**. 7ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. pp. 32-33

Desenvolvimento, da Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro de 3 a 14 de junho de 1992:

A melhor forma de tratar as questões ambientais é assegurar a participação de todos os cidadãos interessados ao nível conveniente. Ao nível nacional, cada pessoa terá acesso adequado às informações relativas ao ambiente detidas pelas autoridades, incluindo informações sobre produtos e atividades perigosas nas suas comunidades, e a oportunidade de participar em processos de tomada de decisão. Os Estados deverão facilitar e incentivar a sensibilização e participação do público, disponibilizando amplamente as informações. O acesso efetivo aos processos judiciais e administrativos, incluindo os de recuperação e de reparação, deve ser garantido.

Nessa esteira, a participação popular, com vistas à conservação do meio ambiente, surge como instrumento fundamental num panorama mais participativo para a defesa dos interesses difusos e coletivos da sociedade.⁶⁷ Uma vez que as questões ambientais repercutem de forma difusa, seja benéfica seja maleficamente, por toda a sociedade, nenhuma decisão referente às questões ambientais pode deixar de ter a sua legitimidade na Constituição e nos seus princípios, sendo o processo democrático, com a participação efetiva de “representantes dos grupos sociais interessados na questão”, o fio condutor dessa premissa.⁶⁸

Aqui vale a transcrição do falado por TIAGO FENSTERSEIFER:

⁶⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 88

⁶⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 120

Ao propor uma *democracia participativa ecológica*, o Estado Socioambiental de Direito pressupõe uma sociedade civil politizada, criativa e protagonista do cenário político estatal, reclamando por um cidadão autônomo, participativo e não-submisso à máquina estatal e ao poder econômico. Em outras palavras, o Estado de Direito constrói-se de baixo para cima, e não de cima para baixo, a partir de sua base democrática, em oposição ao Estado de "Não-Direito". Bonavides, a partir da conformação de uma teoria constitucional que nos aparta dos modelos representativos clássicos, coloca a democracia participativa como fonte de legitimação do processo político brasileiro, fazendo do 'cidadão-povo' a medula da legitimidade de todo o sistema. O constitucionalista brasileiro pontua que, com base na democracia participativa, estar-se-ia por acabar com a intermediação representativa, com símbolo de tutela, sujeição e menoridade democrática do cidadão (meio povo, meio súdito). A 'maioridade' política e democrática passa, então, pela concepção de um sujeito político capaz de construir o seu próprio mundo e identidade, e não mais como mero objeto e instrumento manipulável por interesses dominantes.⁶⁹

Sobre o assunto, PAULO AFFONSO LEME MACHADO ressalta a afirmação de ALEXANDRE-CHARLES KISS: "O Direito Ambiental faz os cidadãos saírem de um estatuto passivo de beneficiários, fazendo-os partilhar da responsabilidade na gestão dos interesses da coletividade inteira"⁷⁰

Trata-se, assim, de uma nova concepção de indivíduo perante as tomadas de decisões das políticas públicas. O indivíduo passa a ter uma responsabilidade que antes era incumbida ao Estado; passa a ter um comprometimento com o "momento histórico", atuando "de forma decisiva no rumo civilizatório, a fim de transformá-lo em favor do interesse comum e planetário."⁷¹

⁶⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. op. cit. pp. 124-125.

⁷⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. op. cit. p. 89.

⁷¹ FENSTERSEIFER, Tiago. op. cit. p. 123

Mesmo com essa nova incumbência – tratando-se em sua essência como um dever – o indivíduo/cidadão não pode, e nem tem condição de resolver sozinho todos os problemas a ele postos. Dessa forma há que ter o envolvimento de toda a sociedade no processo de resolução de lides.

Entretanto, esses “grupos” não se limitam a partidos políticos. Outras formas de representação têm que ter a sua legitimação garantida pelo ordenamento jurídico, conforme ressalta ÉDIS MILARÉ,

Não se consideram mais com exclusivas e suficientes os órgãos de representação institucional, ou as estruturas oficiais – ainda que válidos e indispensáveis -, como é o caso das instituições do Poder Público em suas várias modalidades. A sociedade civil organizada, segmentos específicos da comunidade, as organizações não-governamentais estão mais atuantes. O próprio modismo da ‘reengenharia do Estado’, a tão falada *terceirização* na prestação de serviços e a busca de parcerias são, de certa forma, impulsos para a *gestão participativa*. Num regime democrático, em Estado de Direito, o Poder Público é o poder, mas, em sua essência, limitado pelo seu caráter *público*, ou seja, a ser exercido tão somente no interesse geral da população, particularmente em se tratando de interesses difusos e da tutela de bens indisponíveis.⁷²

Destaca-se aqui a participação das associações ambientais e ONG’s – Organizações Não Governamentais⁷³, que podem abarcar representações para inúmeros temas relativos a questões ambientais

⁷² MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a Gestão Ambiental em foco**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 184.

⁷³ Nesse sentido: “em matéria ambiental, as ONG têm assumido uma responsabilidade ímpar, tanto no plano de aperfeiçoamento acadêmico e legislativo quanto nas frentes de luta. Os estudos e inventários dos recursos naturais que fazem, as denúncias de descasos e degradação ambientais, as propostas alternativas e políticas públicas e o encorajamento da militância ambientalista estão entre as suas principais virtudes.” SAMPAIO, José Adércio Leite. *Constituição e meio ambiente na perspectiva do direito constitucional comparado*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, NARDY, Afrânio José Fonseca. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 82

(desmatamento, aquecimento global).⁷⁴ Ademais, elas serão de grande valia e eficaz se tiverem “credibilidade moral, pluralidade e idoneidade na composição”, e não buscarem fins escusos aos apresentados para a sociedade civil.

Segundo PAULO AFFONSO LEME MACHADO, “desvirtuamentos eventuais – como, por exemplo, agirem como ‘testa-de-ferro’ de interesses espúrios ou atuarem como empresas, objetivando a obtenção de lucro financeiro – terão que ser corrigidos prontamente.”⁷⁵ Frise-se, ainda que, se essas organizações e associações receberam incentivo financeiro do erário, as mesmas devem ter suas receitas apreciadas pelos Tribunais de Contas.

A participação das associações não pode ser encarada como uma “desconfiança” em desfavor dos integrantes da Administração Pública. Essa participação não é de forma alguma substitutiva da atuação do Estado, mas antes de tudo, uma forma de pressão ou ainda, num sentido mais amplo, uma complementação da atuação do Poder Público.

Todavia, a instrumentalização dessa participação não pode e nem deve ser “banalizada”. Não basta simplesmente prever a participação e alargar o rol dos legitimados dessa participação, há sim que ter regras a fim de permitir a efetivação das bandeiras levantadas pelos representantes da sociedade civil. PAULO AFFONSO LEME MACHADO, ainda no sentido da

⁷⁴ Nesse sentido: “A possibilidade de as pessoas e de as associações agirem perante o Poder Judiciário é um dos pilares do Direito Ambiental. Para que isso se tornasse realidade foi necessária a aceitação do conceito de que a defesa do meio ambiente envolve interesses difusos ou coletivos.” in: MACHADO, Paulo Affonso Leme. op. cit. p. 94

⁷⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. op. cit. pp. 90-91.

efetivação da participação popular, sugere: “a consulta direta às populações em matéria ambiental que diga respeito aos interesses das gerações presentes e futuras merece ser corporificada pelo legislador brasileiro.”⁷⁶

A participação popular nas questões ambientais deve lançar seus tentáculos, no sentido mais benéfico que a palavra pode ter, por todas as esferas atuantes do Estado.

A representação popular deve ser aliada do Estado, em todas as suas funções e por todas as suas instituições, sendo a potencial coordenadora das diretrizes para a proteção do ambiente. Trata-se, assim, de conceder a todos o dever de proteção do meio ambiente.⁷⁷

Diante do Poder Legislativo, a participação passa a ser eficaz no momento da apresentação de projetos, de leis complementares ou ordinárias (federais, estaduais e municipais) por um determinado grupo de cidadão, ou ainda, a título de exemplo, uma possível institucionalização de “referendo sobre uma lei relacionada com o meio ambiente”.

Além da hipótese de iniciativa de lei, há ainda a participação popular em órgãos consultivos e normativos, tal como ocorre no Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, integrado inclusive por cidadãos

⁷⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. op. cit. pp. 92-94.

⁷⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. op. cit. p. 124.

representantes da sociedade, em que há o exercício do poder normativo regulamentar em relação à tutela do meio ambiente.⁷⁸

Perante o Poder Judiciário, a Constituição traz diversos meios que podem ser utilizados pelas organizações institucionais e sociais ambientalistas para o fim específico de ver salvaguardo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tal qual: a) ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. (CF, 102, I,a, 103 e 125, §2º); b) ação civil pública (CF 129, III, c/c § 1º); c) ação popular constitucional (CF 5, LXXIII); d) mandado de segurança coletivo (CF 5, LXXI); e e) mandado de injunção (CF 5, LXXI).

Ressalta-se no âmbito do Poder Executivo a primordial importância da participação ecológica. Em que pese o dever de participação da sociedade civil, essa não é, como dito, substitutiva do dever de atuação por parte do Estado. O Poder Público não pode ser furtar de fomentar a participação, uma vez que essa se figura como essencial, dada a impotência do Estado em solucionar todas as lides concernentes ao meio ambiente.

Numa visão mais ampla, mesmo que o Estado fosse onipresente, ainda sim, subsistiria o dever de fomentar a participação da sociedade civil na elaboração de políticas públicas.

Assim, deve o Estado, por todas as suas funções, "criar instituições e procedimentos administrativos adequadas a viabilizar a

⁷⁸ MILARÉ, Édís. op. cit. pp. 185-186

participação popular nas estruturas estatais.”⁷⁹ À baila do assunto ÉDIS MILARÉ, citando ÁLVARO MIRRA, diz que:

(...) é exatamente na participação na formulação e na execução de políticas ambientais, que a participação popular tem sido mais deficiente, seja pela ausência de um canal direito que ligue a comunidade aos órgãos da Administração Pública, seja pela falta de composição paritária nos órgãos colegiados que participam da elaboração e da execução dessas políticas, e onde as propostas dos ambientalistas não raras vezes rejeitadas.⁸⁰

O maior exemplo que se pode ter de participação é normalmente nas audiências públicas, para a discussão do Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental - EIA/RIMA. Aqui, acredita-se que a participação da população local, que é, em tese, a mais interessada, possa influir nas decisões e na condução das ações que irão repercutir no meio ambiente.

2.2. PRINCÍPIOS DA INFORMAÇÃO E DA PUBLICIDADE

O princípio da informação está ligado ao princípio da participação e ao princípio da publicidade.

Não há como exigir a participação da sociedade civil na elaboração de políticas públicas, tomadas de decisões, iniciativas legislativas, manifestações populares, se a Administração Pública não dispõe do conteúdo

⁷⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. op. cit. pp. 123-124

⁸⁰ MILARÉ, Édís. op. cit. P. 186

necessário para embasar a participação, contribuindo de “maneira efetiva e consciente nos processos decisórios que venham a gerar efeitos sobre a natureza.”⁸¹

Trata-se de um princípio básico para a materialização do regime democrático pretendido. Além de aproximar a sociedade do Estado, ainda constringe uma interação desses dois na realização e execução das políticas públicas voltadas ao meio ambiente.⁸² Assim, o direito à informação é revestido de natureza coletiva e destaca-se nos regimes democráticos.

Para JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, no tocante à disponibilidade de informação há que se ter concretas quatro características: veracidade, amplitude, tempestividade e acessibilidade.

Dados incompletos ou falsos, tanto quanto dados defasados ou pouco acessíveis não cumprem as determinações do princípio. Duas são suas barreiras: o segredo industrial e o segredo de Estado. Evidentemente, que tais barreiras devem ser consideradas nos seus exatos termos e justificações, jamais como pretexto de contornar o dever geral de informação.⁸³

Todavia, a materialização desse princípio ainda está longe de atingir o nível desejado. Novos procedimentos, sistemas e padrões têm que ser

⁸¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. op. cit. pp. 76-77

⁸² MILARÉ, Édís. op. cit. P. 188

⁸³ SAMPAIO, José Adércio Leite. op. cit. p. 77

criados para que possa se efetivar esse princípio. Os procedimentos, sistemas e padrões atuais não estão dando conta do que é proposto pelo princípio⁸⁴.

Junto com o princípio da informação tem-se o princípio da publicidade, sendo esse expresso no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. O art. 225, §1º, IV e VI, da Carta Magna prevê a necessidade de publicidade e informação do estudo prévio de impacto ambiental.

Desses mandamentos constitucionais, o que se espera é a publicidade de dados, documentos e processos de decisão, e a sua consequente informação, seja de iniciativa exclusiva da Administração Pública, não havendo necessidade que para tudo a sociedade civil tenha que se organizar e requerer a informação perante o Poder Público.⁸⁵ Gera, assim, um dever de publicidade por parte daquele que detenha a informação sobre questões ambientais.

Numa última análise, os princípios da informação e da publicidade, ao estabelecer a necessidade de transparência dos atos administrativos, colocam limites à atuação do administrador, em vista principalmente do controle social. De tal forma, os administrados poderão tomar ciência de todos os assuntos que lhes interessam, desde questões ambientais a econômicas.⁸⁶

⁸⁴ GRAF, Ana Cláudia Bento. O direito à informação ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos (org.). **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá Editora, 1998. pp. 12

⁸⁵ GRAF, Ana Cláudia Bento. op. cit. p.27

⁸⁶ FENSTERSEIFER, Tiago. op. cit. p. 128.

Não há como pensar num Estado de Direito Ambiental sem a transparência das informações, seja de quem quer que as detenhas. Esse Estado é pautado no livre acesso às informações das matérias ambientais e no dever de publicidade. Todavia, não se tornam públicas as matérias que guardam sigilo, dada a sua necessidade e complexidade, nos termos da Constituição.

2.3. PRINCÍPIO DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO.

O princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado está previsto no art. 225, *caput*, da Constituição da República de 1988.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Segundo LUÍS PAULO SIRVINKAS, esse artigo é a base de toda a proteção ambiental em patamar constitucional e infraconstitucional. O princípio do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado expandido nesse artigo é um norte para o “legislador, o aplicador e o operador do direito” quando referente ao tema ambiental. “O legislador constituinte inspirou-se na

Declaração de Estocolmo para adotar o princípio do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reservando-lhe um capítulo todo especial.”⁸⁷

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é tanto um direito social e individual, uma vez que o gozo desse direito não tem nenhum apanágio de ordem privada. Trata-se, antes de qualquer coisa, de um bem de uso comum do povo, como ressaltado pela Constituição. Destarte, a efetivação individual deste direito está inseparavelmente adstrita à sua efetivação social, nunca se esquecendo que tal princípio é também direcionado para as futuras gerações.

Ao dar ao meio ambiente ecologicamente equilibrado o *status* de bem coletivo, a Constituição fez do meio ambiente ecologicamente equilibrado um bem imprescindível ao desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da sociedade, voltados ao bem-estar comum.

Para o efetivo resguardo dos interesses tendentes à proteção do meio ambiente é necessário que esses interesses levem em consideração todas as facetas sociais, ou seja, que sejam realistas e pragmáticos. Nesse sentido CRISTIANE DERANI, ao tratar do assunto, assevera que:

Este direito a uma vida melhor é uma conquista a ser obtida na prática social. O indivíduo sem a vida social não existe ou sobrexiste. É muito importante fixar neste ponto, mais uma vez, o constante esforço deste escrito. É vital a este trabalho evitar que a matéria relativa à proteção do meio ambiente caia no discurso de uma ‘ecologia mística’ dissociada de valores sociais, políticos, econômicos, aparecendo apenas como

⁸⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 61

floreados egoístas e descontextualizados pelo belo e pelo sadio. Não se podem jamais conceber as relações com a natureza dissociadas das relações sociais que as fundamentam. O que leva à afirmação, cuja fundamentação procurou-se demonstrar em capítulos anteriores, de que os valores prevaletentes nas relações sociais impregnam-se necessariamente no comportamento em relação à natureza. A afinidade de valores na relação entre os homens e destes com a natureza permite afirmar a subsunção tanto do art. 170 como do art. 225 aos princípios-essência da Constituição Federal prescritos nos arts. 1º e 3º. Estes princípios são o esteio necessário, capaz de manter o encadeamento e os vínculos dos atos privados e públicos, sem os quais se desintegraria uma sociedade.⁸⁸

A fundamentalidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ser de fruição social, não pode ser sofrer parcelamento em sua realização, deve, além disso, servir de realização para o bem-estar comunitário. Isso se deve ao fato desse direito apresentar “característica de transindividualidade e um caráter transfronteiriço ou supraterritorial”, tendo em vista que as conseqüências das ações em relação ao meio ambiente serão sentidas por todos, irradiando pelos limites territoriais dessas ações. Trata-se, ademais, a questão ambiental de um objeto indivisível, sendo que, a “qualidade ambiental é um bem de natureza eminentemente difusa, compreendendo o equilíbrio de todo ecossistema natural.”⁸⁹

Entretanto, em que pese a necessidade de proteção do meio ambiente e o seu gozo por todos, não se pode esquecer, como alertado por CRISTIANE DERANI, que, devido “às disparidades sociais”, não se pode forçar, sem as mínimas garantias, que uma comunidade proteja o meio ambiente sendo que em seu bojo há “condições materiais” que tornam as

⁸⁸ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 247-248

⁸⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. op. cit. pp. 149-150

relações humanas mais injustas e desiguais. Assim, conclui DERANI, que “trabalho que garanta a subsistência e instrução é condição necessária para o tratamento homogêneo de qualquer assunto atinente ao modo de ser da sociedade, inclusive da questão ambiental.”⁹⁰

Mesmo com a proximidade ao princípio da dignidade humana e revestido de fundamentalidade, a implementação do princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, e mesmo dos acima citados e dos direitos fundamentais, ainda peca pela sua contingência. Aduz TIAGO FENSTERSEIFER que, embora os documentos jurídicos tragam a previsão e a importância, “no momento da sua efetivação, os conteúdos se esvaziam e não saem do plano formal”, não passando de meras “aspirações ideais”.⁹¹

É em contraposição desse espírito ideário que se insere o Estado de Direito Ambiental. Ao provocar a participação de todos na luta pelo meio ambiente, de forma dialiticamente democrática, ele torna a sociedade mais consciente de seus deveres e direitos e ainda reveste de legitimidade as decisões acerca de quaisquer assuntos, se considerar a transdisciplinariedade das questões ecológicas.

O Estado de Direito Ambiental vem dar um sentido mais pragmático para as interações humanas, uma vez que possibilita a abertura dos canais de comunicação do Poder Público com a sociedade e ainda entre

⁹⁰ DERANI, Cristiane. Op. cit. p. 249

⁹¹ FENSTERSEIFER, Tiago. op. cit. p. 152

os membros da sociedade, seja na decisão, seja elaboração e execução em relação às políticas públicas.

2.4. PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR-PAGADOR E DO USUÁRIO-PAGADOR.

Pelo princípio do poluidor-pagador (Verursacherprinzip), o poluidor arca com os custos da poluição, o que, em outras palavras, trata-se da internalização dos custos externos de deterioração ambiental. CRISTIANE DERANI afirma que o poluidor pode ser tanto o produtor, quanto o consumidor, e ainda o transportador.⁹²

Este princípio foi adotado pela Conferência do Rio de Janeiro em 1992, nos seus princípios n.º 7 e 16:

Os Estados deverão cooperar com o espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra. Tendo em vista que tenham contribuído notadamente para a degradação do ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões que suas sociedades exercem sobre o meio ambiente mundial e das tecnologias e dos recursos financeiros de que dispõem.

(...)

As autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos

⁹² DERANI, Cristiane. Op. cit. p. 142

econômicos, tendo em conta o critério de que o causador da contaminação deveria, por princípio, arcar com os seus respectivos custos de reabilitação, considerando o interesse público, e sem distorcer o comércio e as inversões internacionais.

Do momento do processo produtivo podem-se aferir diversos danos tendentes a prejudicar o meio ambiente, que devem necessariamente ser manejados e controlados a um nível aceitável pela sociedade. Assim, no processo ambientalmente correto, há diversos custos que, num primeiro momento, deve o poluidor arcar com eles. Entretanto não é o que se tem observado, o que ocorre é a internalização desses custos no preço final do produto, repassando-os à sociedade, e garantindo ao produtor o lucro desse processo⁹³. “Com a aplicação do princípio do poluidor-pagador, procura-se corrigir este custo adicionado à sociedade, impondo-se sua internalização. Por isso, este princípio também é conhecido como princípio da responsabilidade.”⁹⁴

Não são raros os momentos que o setor produtivo faz pesadas críticas ao princípio do poluidor-pagador. Argumenta, para tanto, que a produção a ser externalizada é em decorrência da preferência de mercado, e não necessariamente da vontade dos produtores, sendo injusto imputar todos

⁹³ A respeito do tema MARCELO ABELHA RODRIGUES entende que: “Como a matéria-prima e os resíduos oriundos dos produtos que são produzidos pelas diversas atividades econômicas são, respectivamente, obtidos e despejados sobre os componentes ambientais, é certo que o custo da produção e do consumo desses mesmos produtos obrigam a que no seu preço esteja incluído todo esse custo ‘ambiental’ de sua produção e eliminação. Do contrário, haverá um enorme prejuízo para a sociedade em troca de um lucro absurdo para o fabricante do referido produto.” In: **Instituições de Direito Ambiental**. Vol. 1. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 142

⁹⁴ DERANI, Cristiane. Op. cit. p. 142-143

os custos ambientais aos produtores. Por se tratar de demanda de mercado, consumidor também deveria arcar com alguma parcela desses custos.⁹⁵

A intenção deste princípio⁹⁶ é o de diminuir, evitar e reparar os danos decorrentes do sistema de produção. Não se trata de um mandamento que obste a sociedade em se desenvolver. Muito pelo contrário, força a mesma a ser mais criativa, a ponto de produzir mais com o menor custo possível e na menor degradação ao meio ambiente.

CRISTIANE DERANI assevera que o custo a ser imputado ao poluidor-pagador não é exclusivamente o resultante da reparação imediata do dano. Continua a autora, “o verdadeiro custo está numa atuação preventiva, consistente no preenchimento da norma de proteção ambiental”. A atuação do particular deve estar de acordo com a política estatal referente ao meio ambiente, sendo possível que o poluidor seja obrigado a não mais produzir

⁹⁵ WOLD, Chris. Introdução ao estudo dos princípios de direito internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, NARDY, Afrânio José Fonseca. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 24

⁹⁶ A título de referência cita-se: “a antítese do princípio do poluidor-pagador encontra-se no princípio do ônus social. De acordo com este princípio, as medidas de implementação da qualidade ambiental devem ter seus custos arcados pela coletividade, podendo o Estado contribuir com uma parte do custo, diminuindo a carga de impostos que recairia sobre o cidadão. Pelo princípio do ônus social são divididos da proteção ambiental pela coletividade, isto é, pelo conjunto dos pagadores de impostos, sem se observar a utilidade relativa que cada indivíduo retiraria. Com base no princípio do ônus social, recaem sobre o Estado os encargos da proteção ambiental, bem como no subvencionamento direto e indireto, estimulando um trabalho privado de proteção ambiental. Aqui se pode também identificar o princípio da subsidiaridade do mercado, o Estado responsabiliza-se por riscos da utilização de matéria e energia, capazes de gerar danos irreparáveis, por exemplo, o fornecimento de energia por meio de usina nuclear.” Cristiane Derani. Op. cit. p. 145

determinado bem, ou que arque com os devidos cuidados para a diminuição dos danos no momento da produção.⁹⁷

Entretanto, como lembra MARCELO ABELHA RODRIGUES, não se pode comprar o direito de poluir. Se os danos forem estratosféricos, a ponto de serem sustentados pela sociedade, naturalmente, não se deve comercializar o bem.

O referido autor aponta os seguintes aspectos relevantes do princípio do poluidor-pagador:

a) sobrecarga do preço do produto que causa a externalidade ambiental negativa, desestimulando a sua produção, e estimulando o uso de tecnologias limpas, que embora sejam aparentemente mais caras, acabam sendo mais baratas quando comparadas aos produtos degradantes que terão que ter internalizados os custos ambientais negativos;

b) publicização no mercado de consumo de quais são os produtos que causam externalidades ambientais negativas e a partir daí fixação de uma educação ambiental com fins dirigidos ao consumidor, para que este privilegie os produtos verdes e tecnologias limpas;

c) ação voltada a fazer com que os responsáveis pelos custos sociais sejam, por isso mesmo, responsáveis pelos custos estatais de prevenção, precaução e correção na fonte; reprimindo (civil, penal e administrativamente) aqueles que são os responsáveis pelas externalidades ambientais negativas;

d) estímulo a uma política de equidade no comércio internacional, evitando que alguns países possam beneficiar-se de um *dumping* ecológico;

e) incentivo a políticas que proclamem o uso racional dos componentes ambientais, porque são bens escassos;

⁹⁷ DERANI, Cristiane. Op. cit. p. 147

f) prevenção oriunda da repressão severa, servindo como estimulante negativo às condutas agressivas do meio ambiente;

g) imputação dos custos do empréstimo dos componentes ambientais àqueles que, embora não sejam poluidores, mas apenas usuários, causam uma sobrecarga pelo uso invulgar dos componentes ambientais, devendo pagar pela utilização incomum de bens que são de uso comum e do povo.⁹⁸

Atualmente a aplicação do princípio do poluidor-pagador vem sofrendo a cada vez mais influência da formulação da política econômica, seja ela interna, seja externa. Nesse sentido CHRIS WOLD aduz que:

Não obstante muitos países defenderem a necessidade de se impor tarifas especiais e outras sanções econômicas a produtos que são produzidos de forma ambientalmente inadequada, as regras da OMC proíbem os países de discriminar produtos em função da maneira pela qual são produzidos, pois, em seu entendimento, constitui pressuposto de um regime de comércio internacional justo a possibilidade de os países virem a decidir, em conformidade com sua legislação doméstica, qual o nível de proteção do meio ambiente que deve ser empregado como parâmetro de definição dos custos ambientais embutidos nos produtos por eles produzidos.⁹⁹

Por fim, o princípio do poluidor-pagador não prega a paralisação da produção, só pelo fato que a mesma pode trazer diversos danos ambientais a uma sociedade. Trata-se, de uma norma jurídica que induz positivamente, diante da gravidade que as questões ambientais hoje apresentam, a uma saída para que se possa sempre utilizar dos recursos naturais, sem que acabem.

⁹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. op. cit. pp. 143-145.

⁹⁹ WOLD, Chris. op. cit. p. 25

O princípio do usuário-pagador apresenta estreita relação com o princípio do poluidor-pagador, significando, ademais, que aqueles se utilizam dos produtos arquem com os custos ambientais.

Ademais, observa-se que há pessoas que se utilizam (não raras vezes) dos recursos naturais gratuitamente, imputando toda a carga pecuniária resultante da poluição para a sociedade como um todo. Trata-se de uma flagrante hipótese de enriquecimento ilícito de quem se utiliza desses recursos. "O poluidor que usa gratuitamente o meio ambiente para nele lançar os poluentes invade a propriedade de todos os outros que não poluem, confiscando o direito de propriedade alheia."¹⁰⁰ Nesse mesmo sentido, PAULO AFFONSO LEME MACHADO ressalta:

O princípio usuário-pagador não é uma punição, pois mesmo não existindo qualquer ilicitude no comportamento do pagador ele pode ser implementado. Assim, para tornar obrigatório o pagamento pelo uso do recurso ou pela sua poluição não há necessidade de ser provado que o usuário e o poluidor estão cometendo faltas ou infrações. O órgão que pretenda receber o pagamento deve provar o efetivo uso do recurso ambiental ou a sua poluição. A existência de autorização administrativa para poluir, segundo as normas de emissão regularmente fixada, não isenta o poluidor de pagar pela poluição por ele efetuada.¹⁰¹

Esses dois princípios que se acaba de expor mostram bem o nível de responsabilização e comprometimento que se espera de uma sociedade perante as questões ambientais. Ao imputar responsabilidade, mesmo que de cunho pecuniário, no momento da transformação de matérias primas, para aqueles que poluem o meio ambiente e se utilizam dos recursos naturais, o ordenamento jurídico propõe uma atitude sensata, no sentido da

¹⁰⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. op. cit. pp. 59.

¹⁰¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. op. cit. pp. 59-60.

percepção que os recursos naturais são escassos e podem realmente ter um fim.

Num Estado de Direito Ambiental todas as pessoas, órgãos e associações, etc., devem ter a responsabilidade da proteção ambiental, sendo partilhando os custos e benefícios dessa responsabilidade para que o interesse da proteção não se descambe para interesses escusos.

2.5. O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

Por ser um princípio muito próximo do princípio da precaução, muito embora com esse não se confundindo, cabe ressaltar as características gerais.

O princípio da prevenção requer a adoção de medidas tendentes a preservar o meio ambiente ante da ocorrência do dano ambiental já conhecido, assim, o princípio da prevenção é adotado para evitar danos “cujas causas são bem conhecidas, com o fim de evitar a verificação desses danos ou, pelo menos, de minorar significativamente os seus efeitos.”¹⁰² Para a sua adoção, o aplicador do princípio da prevenção deve estar carregado de um elevado grau de conhecimento acerca dos danos ambientais que resultam o ato lesivo.

¹⁰² BOITEUX, Fernando Netto e BOITEUX, Elza Antonia Pereira da Cunha. **Poluição eletromagnética e meio ambiente: o princípio da precaução**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008. pág.142.

Não se trata de simplesmente embargar qualquer ato que se pensa lesível ao meio ambiente, mas que se tem quase uma certeza acerca desses danos. E nesse ponto é que se destaca a diferença crucial entre o princípio da prevenção e da precaução. Enquanto o princípio da precaução é posto em ação diante de situações que não se conhecem os danos resultantes, a aplicação do princípio da prevenção é feita no momento que se sabe bem quais serão os danos¹⁰³. Assim, a sua importância está relacionada ao fato de que, caso ocorrido o dano ambiental, a sua “reconstituição é praticamente impossível”. Pode-se dizer que, a aplicação do princípio da prevenção tende à efetivação do “caput” do art. 225 da Constituição Federal de 1988, ao se relacionar com a proteção do meio ambiente para as futuras gerações.¹⁰⁴

Diante dessas iniciais considerações, pode-se pensar a questão aqui posta de forma analógica ao ditado popular: “é melhor prevenir do que remediar.”

PAULO AFFONSO LEME MACHADO aduz que “sem informação organizada e sem pesquisa não há prevenção”. E nessa esteira divide-se em cinco itens a aplicação do princípio da prevenção:

¹⁰³ Nesse sentido: “É um princípio muito próximo do princípio da precaução, embora não se confunda com aquele. O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e que tenham uma história de informações sobre eles. É o princípio da prevenção que informa tanto o licenciamento como os próprios estudos de impacto ambiental. Tanto um como outro são realizados sobre a base de conhecimentos já adquiridos sobre determinada intervenção no ambiente. O licenciamento ambiental, como principal instrumento de prevenção de danos ambientais, age de forma a prevenir os danos que uma determinada atividade causaria ao ambiente, caso não tivesse sido submetida ao licenciamento ambiental.” in: ANTUNES, Paulo de Bessa. Op. cit. p. 37

¹⁰⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. op. cit. p. 148

1º) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes das águas e do mar, quanto ao controle da poluição;

2º) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico;

3º) planejamentos ambiental e econômico integrados;

4º) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão; e

5º) Estudo de Impacto Ambiental.¹⁰⁵

O processo da prevenção é dinâmico. O que pode apresentar, num primeiro momento, como barreira aos empreendimentos e atividades de quem quer realizar algo que possa trazer danos, pode, em outro momento, diante de novos conhecimentos adquiridos acerca da matéria em espécie, rever a medida de prevenção. O sentido inverso também é válido, esse processo dinâmico pode influenciar a formulação de novas políticas a serem realizadas pela Administração Pública, uma vez que, por não ser algo estático, o que hoje é proibido, do ponto de vista da proteção ambiental, amanhã pode não ser.¹⁰⁶

A aplicação do princípio da prevenção não está dissociada da efetivação dos outros princípios que aqui se estão a ser demonstrados. Muito pelo contrário. Só com a efetivação daqueles é que se tem o conhecimento e a legitimidade necessários para a aplicação da prevenção. Não se pode pensar em conhecimento sem o acesso a ele, e nem em legitimidade sem a participação de todas as pessoas que são afetos à matéria.

¹⁰⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. op. cit. p. 82

¹⁰⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. op. cit. p. 83

CAPÍTULO 3 – A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL.

A tomada de decisões humanas precaucionais não é recente. Porém, a sua regulação jurídica em matérias ambientais é recente. Ainda não chegamos a um seguro ponto de conhecimento necessário sobre a produção de riscos pela sociedade contemporânea e a sua gestão, e, mais específico pelo Judiciário. Assim, são diversas as doutrinas acerca das atitudes precaucionais, longe de se chegar a um consenso sobre a aplicação segura do princípio da precaução.

3.1. O QUE É O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO?

A precaução, em forma de princípio, determina que, diante das atividades humanas que possam causar danos sérios e/ou irreversíveis, sejam tomadas medidas que possam amenizar ou mesmo eliminar esses danos.

Essa ideia de precaução é consubstanciada pelo fato de que tanto a segurança técnica quanto a segurança científica não são aptas a fundamentar as ações e “medidas de proteção do meio ambiente”, em contextos sociais, em que as relações se caracterizam pelo elevado grau de complexidade. Assim, essas relações sustentam como problema fundamental a “necessidade de estabelecer condições de acesso à informação suficiente e

adequada para a decisão em contextos de risco, mesmo quando tais condições não se fazem presentes.”¹⁰⁷

Esta insegurança de dados traz a incerteza sobre os reais efeitos das atividades humanas, principalmente as de grandes escalas, sendo essa incerteza a base da “adoção das medidas precaucionais, que são justificadas exatamente a partir de situações de risco não provado ou não demonstrado de forma suficiente de base científica conclusiva.”¹⁰⁸

O princípio da precaução, na sua origem, relaciona-se com o *Princípio da Responsabilidade*, “princípio ético de obrigação moral” ¹⁰⁹, idealizado por Hans Jonas. O citado filósofo alemão delinea o fundamento de existência deste princípio (da responsabilidade) a partir da constatação de que “a potência tecnológica moderna apresenta à sociedade uma nova espécie de problemas éticos”, e que, diante desses, “a ética tradicional é incapaz de mostrar o que é bom e mau.”¹¹⁰

Nesse sentido, o princípio da precaução se relaciona com o princípio da responsabilidade, no ponto onde ambos determinam uma

¹⁰⁷ AYALA, Patrick de Araújo. O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na Constituição Brasileira. In: **Revista de Direito Ambiental**. n. 39. pp. 147-188. jul-set/2005. p. 163.

¹⁰⁸ AYALA, Patrick de Araújo. op. cit. p. 168.

¹⁰⁹ Para um maior entendimento sobre o Princípio da Responsabilidade. Cf. JONAS, Hans. O princípio responsabilidade Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto & PUC-Rio. 2006.

¹¹⁰ SETZER, Joana, GOUVEIA, Nelson da Cruz. Princípio da Precaução rima com ação. In: **Revista de Direito Ambiental**. n. 48. jan-mar/2008. pp. 158-183 pp. 161-162.

responsabilidade nas atividades humanas com o intuito de salvaguardar a vida na Terra; um específico ao meio ambiente, o outro como uma direção ética.

Acerca do significado do princípio da precaução, podemos citar diversos autores, tais como ENIO MORAES SILVA, que diz:

O princípio da precaução é instrumento de garantia de que o meio ambiente não será objeto de degradação, estipulando o mesmo que as ameaças neste sentido devem ser barradas, mesmo não havendo certeza científica absoluta quanto a esses danos, bastando suspeitas razoáveis de que eles correrão.¹¹¹

ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA assevera que:

Em termos práticos, o princípio da precaução significa a rejeição da orientação política e da visão empresarial que durante muito tempo prevaleceram, segundo as quais atividades e substâncias potencialmente degradadoras somente deveriam ser proibidas quando houvesse prova científica absoluta de que, do fato, representariam perigo ou apresentariam nocividade para o homem ou para o meio ambiente.¹¹²

JOANA SETZER e NELSON DA CRUZ GOUVEIA sustentam que:

O princípio da precaução constitui uma verdadeira mudança de paradigma do pensamento moderno, que rompe com a era da ciência onipresente e onipotente. (...) propõe-se a importante missão de salvaguardar o ambiente planetário antes que haja certeza sobre as constatações científicas. Sua concepção inovadora, mas de fácil compreensão (decorre de um bom senso), é chamada quando há uma confrontação entre a

¹¹¹ SILVA, Enio Moraes. Os organismos geneticamente modificados e o princípio da precaução como instrumento de proteção ambiental. In: **Revista de Direito Ambiental**. n. 30. abr-jun/2003. pp. 98-112. p. 106.

¹¹² MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito Ambiental: o princípio da precaução e a sua aplicação judicial. In: **Revista de Direito Ambiental**. n. 21. jan-mar/2001. pp. 92-102. p.93.

Ciência (e suas incertezas) e o Direito (o direito do ambiente).¹¹³

STEFANO LEONI afirma que:

Il principio di precauzione è un principio informatore della normativa comunitaria e internazionale, la proporzionalità, invece, è solo un criterio applicativo del principio di precauzione, o ancora meglio della scelta della misura da adottare in forza del principio.¹¹⁴

PATRYCK DE ARAÚJO AYALA leciona que:

O princípio da precaução vem afirmar que mesmo perante a incapacidade da ciência na atividade de originar o conhecimento especializado, e as bases informativas necessárias, de que dependeriam a princípio, as decisões, persiste a obrigação de que o conhecimento seja necessariamente produzido. Mesmo que a ciência não tenha conseguido originar o conhecimento, persiste a necessidade de que de alguma forma, seja originado. E diante da incapacidade da ciência de fazê-lo, desenvolve-se progressivamente a importância da temática dos vínculos entre democracia e processo, através de soluções de concertação, que permitiam, mediante participação pública, o acesso e a composição das bases informativas, mediante a comunicação e o diálogo entre saberes não especializados, e de natureza eminentemente prática.¹¹⁵

Diante dessas breves considerações, define-se o princípio da precaução como a determinação, diante de efeitos incertos resultantes das atividades humanas, seja por desconhecimento total acerca dos efeitos ou das atividades, ou seja pela falta de mensuração desses efeitos, de que governantes e governados ajam do modo mais responsável possível, seja não

¹¹³ SETZER, Joana e GOUVEIA, Nelson da Cruz. op. cit. pp. 159-160.

¹¹⁴ "O princípio da precaução é um princípio informador do ordenamento comunitário e internacional, a proporcionalidade, ao contrário, somente é um critério para aplicação do princípio da precaução, ou ainda, da escolha a força a ser adotada pelo princípio." (trad. livre) In: LEONI, Stefano. **Il principio di precauzione nel diritto ambientale**. In: www.dirittoambiente.com. Acesso em 02/12/2009

¹¹⁵ AYALA, Patrick de Araújo. op. cit.p.168.

realizando as atividades degradadoras, seja suspendendo tais atividades, até que se tenha um mínimo de conhecimento razoável, proporcional e responsável acerca dos seus efeitos, e que a sociedade decide por aceitá-los.

Aprofundando no tema, pode-se dizer que a existência do princípio da precaução se funda em três pressupostos: (1) a possibilidade de que condutas humanas causem danos sérios e irreversíveis que podem afetar o conjunto de seres vivo; (2) a falta de evidência científica (incerteza) a respeito da existência do dano temido. Incerteza, em todos os seus graus e possibilidades, ou seja, na relação de causalidade entre o fato e suas consequências, na realidade do dano e na medida do risco ou do dano¹¹⁶; e (3) a necessidade de medidas precaucionais.

Para a caracterização desses pressupostos, é necessário ter em mente a mensuração do dano. Assim, um questionamento se faz pertinente: até que patamar um risco é considerado sério ou irreversível, a ponto de consubstanciar a aplicação do princípio da precaução?

Antes de mais nada, cabe definir aqui o que se entende por risco:

“cualidad que adquiere un posible daño cuando se vuelve probable debido a las propias acciones humanas. Y la

¹¹⁶ HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. In: **Revista de Direito Ambiental**. n. 31. pp. 136-156. jul-set/2003. p. 145.

gradación del mismo no se haría únicamente en términos de tamaño o gravedad sino también términos de probabilidad.”¹¹⁷

GONZALO LAPUENTE SASTRE, ao dissertar sobre a complexidade que é a mensuração de um risco, afirma:

Cabe preguntarse hasta qué punto es posible calcular la probabilidad de ciertos impactos tecnológicos y también hasta qué punto se puede calcular la magnitud de los mismos. Se abre el espacio para la incertidumbre e incluso la ignorancia. (...) El que un determinado riesgo, - probabilidad de que suceda un daño – sea admisible o inadmisible por un grupo humano no puede decidirse al margen del concepto de riesgo que haya construido cada sociedad. Dada la diversidad de riesgos y la pluralidad de enfoques metodológicos y de perspectivas posibles, la reducción del riesgo a una medida y a un único método resulta prácticamente inviable.¹¹⁸

Ainda sobre o mesmo tema, GONZALO aduz:

La identificación de un riesgo presupone una serie de valores que permite decidir si algo es o no un riesgo. En cuanto a la estimación de un riesgo, los métodos para establecer la relación dosis y tiempo de exposición con daño realizado, no son reducibles a algoritmos, pues existen problemas de inconmensurabilidad, por ejemplo, entre las especies con las que se experimenta y la especie humana; las diferencias existentes entre ambas no permiten realizar una traducción directa y se debe recurrir a aproximaciones analógicas que implican determinados valores. El entendimiento vendrá por una profundización recíproca de las distintas culturas. Como se puede observar, lo que parecían términos autónomos, resultan ser dependientes, no sólo entre ellos sino, juntos, de un uso y orden socio-cultural determinados. Así, para la comprensión y aplicación adecuada del principio de precaución, se deberá tener en cuenta la percepción que los distintos actores implicados tengan de lo dañino y de su carácter peligroso, con todo lo que en ello está implicado. Como conclusión provisional, puede afirmarse que el rechazo que ha generado el Principio de precaución en determinados ámbitos, se debe en

¹¹⁷ “qualidade que adquire um possível dano quando se torna provável, devido às próprias ações humanas. E a graduação do mesmo (dano) não se satisfaz unicamente em termos de tamanho ou gravidade, mas também em termos de probabilidade.” (trad. livre) In: SASTRE, Gonzalo Lapuente. Presupuestos epistemológicos del principio de precaución. In: **I Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación CTS+I**. Mesa 8. p. 4

¹¹⁸ SASTRE, Gonzalo Lapuente. op. cit. p. 6

gran parte a una concepción inadecuada de la naturaleza de la ciencia.¹¹⁹

Assim, a relação entre a determinação do risco e os efeitos do dano e a incerteza científica sobre estes, é determinante para uma segura aplicação do princípio da precaução. A não observância destes elementos podem servir decisões conflitantes com outros princípios jurídicos.

Numa análise além dos pressupostos acima citados, pode-se dizer que a precaução, como princípio comporta dois sentidos: um político e o outro jurídico. O sentido político é visto em decisões do Estado em temas relevantes, tais como, a saúde da população ou a proteção do meio ambiente. O sentido jurídico detém suas bases no do ordenamento jurídico e se relaciona com os temas jurídicos gerais.¹²⁰

¹¹⁹ "A identificação de um risco pressupõe uma série de valores que permite decidir se algo é ou não é um risco. Quanto à estimação do risco, os métodos para estabelecer a relação dose e tempo de exposição ao dano realizado, não são reduzidos a algoritmos, pois existem problemas de não mensuração, por exemplo, entre as espécies com as que se relacionam e a espécie humana; as diferenças existentes entre ambas não permitem realizar uma tradução direta e se deve recorrer a aproximações analógicas que implicam determinados valores. O entendimento virá por um aprofundamento recíproco das distintas culturas. Como se pode observar, o que pareciam autônomos, resultam ser dependentes, não somente entre eles, mas também juntos, de uso e de ordem sócio-cultural determinados. Assim, para a compreensão e aplicação adequada do princípio da precaução, dever-se-á leva em conta a percepção que os diversos autores relacionados revelam algum tipo de prejuízo, além do seu caráter perigoso, e com todo o que neles estão implicados. Como conclusão provisória, pode-se afirmar que o retrocesso que tem presenciado o princípio da precaução em determinados âmbitos, deve-se em grande parte a uma concepção inadequada da natureza da ciência" (trad. livre). In: SASTRE, Gonzalo Lapuente. op. cit. pp. 8-10.

¹²⁰ HAMMERSCHMIDT, Denise. op. cit. p. 148

Avançando no tema, DENISE HAMMERSCHMIDT, com base na doutrina de ANA GOUVEIA FREITAS MARTINS, aponta sete pontos necessários para a concretização do princípio da precaução¹²¹.

O primeiro ponto relaciona-se aos pressupostos de existência do princípio, que é a ameaça de danos sérios ao ambiente, a falta de provas científicas que estabeleçam um nexo de causa entre a atividade humana e os seus efeitos decorrentes, e a necessidade de medidas que impeçam efeitos danosos, e sérios, ao meio ambiente.

O segundo ponto é a da inversão do ônus da prova, recaindo ao proponente da atividade, desprovida de certeza quando aos seus efeitos, de provar que os riscos relacionados àquela atividade é aceitável pela sociedade.

Segundo ENIO MORAES DA SILVA:

Durante muito tempo esse entendimento foi diferente. A política que imperava era a de que as ações ou produtos, dos quais se desconfiava que poderiam causar sérios danos ambientais, somente poderiam ser proibidos se houvesse prova científica inequívoca da sua nocividade ao meio ambiente ou à vida humana. Defendia-se, então a prevalência da livre atividade econômica sobre os outros direitos fundamentais da sociedade, resultado da revolução industrial que alcançou os nossos dias e que colocava a conquista de bens materiais como fator primordial na busca da felicidade humana. O materialismo não deixava espaço para discussão ou contestação sobre os meios que levavam àquele fim. Tentativas de contenção desta busca de riquezas tangíveis eram sempre vistas como retrógradas ou impeditivas do desenvolvimento econômico que visava a trazer inúmeros benefícios à sociedade.¹²²

¹²¹ HAMMERSCHMIDT, Denise. op. cit. pp. 148-152.

¹²² SILVA, Enio Moraes da. op. cit. p. 107.

O terceiro ponto refere-se às medidas *in dubio pro ambiente* ou *in dubio contra projectum*, em que constatado, da análise de um projeto, o conflito de interesses econômicos com interesses de proteção ambiental, deve-se conferir prioridade aos interesses ambientais no projeto.

O quarto ponto é em relação aos níveis de tolerabilidade, que se evidenciam pela concessão de espaço de manobra ao meio ambiente, reconhecendo que os limites de tolerância ambiental não devem ser forçados, nem mesmo transgredidos.

Para ANA GOUVEIA FREITAS MARTINS:

o princípio da precaução concretiza-se, então, na fixação de limites de segurança tão baixos quanto possíveis, critério que envolve a adoção das melhores tecnologias disponíveis, disposição de meios técnicos e humanos aptos a fornecerem uma indicação precisa dos níveis de qualidade, a sujeição do desenvolvimento de atividades que apresentem riscos para o ambiente a procedimento de controle e monitorização e, naturalmente, a formação e sensibilização dos agentes econômicos para os riscos ambientais e sua gestão.¹²³

O quinto ponto a ser ressaltado é a necessidade constante de desenvolvimento e introdução das melhores técnicas disponíveis para o controle de poluições, independentemente da análise de efeitos danosos.

PAULO AFFONSO LEME MACHADO entende que:

o princípio da precaução, para ser aplicado efetivamente, tem que suplantar a pressa, a precipitação, a improvisação, a rapidez insensata e a vontade de resultado imediato. Não é

¹²³ FREITAS MARTINS, Ana Gouveia e. O princípio da precaução no direito do ambiente. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002. p. 56. Apud Denise Hammerschmidt. op. cit. p. 150.

fácil superar esses comportamentos, porque eles estão corroendo a sociedade contemporânea. Olhando-se o mundo das Bolsas, aquilata-se o quanto a 'cultura do risco' contamina os setores financeiros e os governos, jogando, na maior parte das vezes, com os bens alheios. O princípio da precaução não significa a prostração diante do medo, não elimina a audácia saudável, mas se materializa na busca da segurança do meio ambiente e da continuidade da vida.¹²⁴

Já o sexto ponto se refere à preservação de áreas e reservas naturais e a proteção das espécies.

Por fim, o sétimo ponto trata sobre a realização e desenvolvimento da investigação científica e concretização de estudos completos e exaustivos sobre os riscos e os efeitos decorrentes das atividades potencialmente poluidoras.

Para JOANA SETZER e NELSON DA CRUZ GOUVEIA:

Com bastante freqüência, estudiosos, grupos militantes e representantes de organizações não-governamentais dão-lhe o conteúdo de uma regra imperativa de abstenção. O princípio da precaução seria sinônimo da máxima: 'na dúvida, abstenha-se'. A ausência de certeza científica sobre a inocuidade de um produto, técnica ou atividade, sob essa perspectiva, seria uma razão para autoridades públicas não autorizá-los ou proibi-los. Ocorre que essa concepção, além de praticamente indefensável, não corresponde à intenção dos textos legais. O princípio da precaução não exige de novos produtos ou tecnologias uma prova científica de inocuidade a longo prazo, nem se aplica a riscos hipotéticos. Ao contrário de uma regra de abstenção, é um princípio de ação que diante da incerteza exige a realização de processos de avaliação e gestão de riscos.¹²⁵

¹²⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. op. cit. p. 75

¹²⁵ SETZER, Joana e GOUVEIA, Nelson da Cruz. op. cit. pp. 168-169

3.2. CRÍTICAS AO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

Como dito acima, a aceitação acerca da aplicação do princípio da precaução está longe de ser unânime. Nesta parte do trabalho serão pontuadas as ideias de CASS R. SUNSTEIN¹²⁶, que se afigura como um dos maiores críticos ao princípio da precaução na atualidade. Antes de qualquer coisa, serão transcritas as palavras iniciais do referido autor:

O princípio da precaução tem influenciado significativamente sistemas jurídicos no mundo inteiro. Em suas formas mais fortes e características, o princípio impõe o ônus da prova¹²⁷ àqueles que criam riscos potenciais e requer a regulação de atividades, ainda que não se possa demonstrar que tais atividades tendem a causar danos significativos. Tomado nesta forma forte, o princípio da precaução deve ser rejeitado, não porque conduz a uma direção equivocada, mas tão somente por não conduzir a direção alguma.¹²⁸

Para CASS R. SUNSTEIN, o princípio da precaução comporta duas versões, a fraca e a forte. Para o autor, a versão fraca é aceitável, pois induz, diante do risco fraco, que se aprofundem os estudos e as pesquisas. Entretanto, acredita que, como tem se desenvolvido o princípio da precaução, ele está afeto à versão forte, que deve dar suportes técnicos ao

¹²⁶ SUNSTEIN, Cass R.. Para além do princípio da precaução. trad. Marcelo Fensterseifer, Martin Haeblerlin, Tiago Fensterseifer. In: **Interesse Público**. n. 37. 2006. pp. 119-171.

¹²⁷ AGUINALDO ALEMAR entende que "ao se inverter o ônus da prova, como pretendo o princípio da precaução, corre-se o risco de travancar o progresso da ciência, prolongar o sofrimento humano e maximizar interesses corporativistas. In: Limites ao Princípio da Precaução. In www.allemar.prof.ufu.br/PRECAU%C7%C3O_vers%E3o_2009.pdf. Acesso em 29/11/2009

¹²⁸ SUNSTEIN, Cass R. op. cit. p. 119.

“esclarecimento público do risco” e deve “fundamentar controles regulatórios.”¹²⁹

Entende CASS R. SUNSTEIN que o princípio da precaução em seu sentido mais forte leva à paralisação do desenvolvimento da sociedade, visto que o princípio forçaria a uma regulação sobre as atividades humanas a ponto de estagnar o seu potencial desenvolvimento:

(...) o princípio da precaução reclama controles rigorosos sobre o arsênico, sobre a manipulação genética de alimentos, sobre os gases que provocam o efeito estufa, sobre as ameaças aos mamíferos marinhos e sobre a energia nuclear. Em todos estes casos, há possibilidade de sérios danos e nenhuma evidência científica de respaldo sugere que a possibilidade seja próxima a zero. Se o ônus da prova recai sobre o proponente da atividade ou do processo em questão, o princípio da precaução parece impor o ônus de uma prova que não pode ser demonstrada.¹³⁰

Diante disso alerta o autor, que pode-se chegar a um incrível paradoxo. A regulação de algumas atividades criaria “riscos substitutivos”, uma vez que esses riscos advindos da regulação, ou se materializariam ou seriam aumentados. Conclui, então, que isso torna a aplicação do princípio da precaução difícil de ser positiva:

Se o princípio da precaução coloca em dúvida qualquer ação que carrega um pequeno risco de dano significativo, então nós deveríamos ser relutantes em gastar muito dinheiro para reduzir riscos, simplesmente porque estes gastos trazem consigo riscos. Eis o sentido no qual o princípio da precaução, tomado para tudo que vale a pena, é paralisante: ele se coloca

¹²⁹ SUNSTEIN, Cass R. op. cit. p. 133.

¹³⁰ SUNSTEIN, Cass R. op. cit. p. 138.

com um obstáculo à regulação e à não-regulação, e para tudo que se insere entre ambas.¹³¹

Atenuando um pouco a sua crítica ao princípio da precaução, CASS R. SUNSTEIN acredita que quando o princípio da precaução atua como agente informador de “obrigações para com o futuro” é assaz salutar, para não dizer importante.¹³²

Caminhando para uma conclusão, o autor assevera que a utilização do princípio da precaução mais prejudica do que ajuda, uma vez que propõe a regulação de atividades que podem criar situação inovadoras e benéficas aos seres humanos e a sua regulação traria mais prejuízos do que, propriamente, um resultado prático:

O princípio da precaução algumas vezes dá uma ilusão de orientação porque as pessoas focam no risco imediato enquanto desconsideram os efeitos sistêmicos de intervenções específicas, ainda que estas intervenções possam aumentar os riscos por si próprias.¹³³

3.3. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

O princípio da precaução, em termos de legislação, surgiu inicialmente no direito alemão, na década de 70 do século XX. O *Vorsorgeprinzip*, como é chamado o princípio da precaução no ordenamento

¹³¹ SUNSTEIN, Cass R. op. cit. pp. 142-143.

¹³² SUNSTEIN, Cass R. op. cit. p. 149

¹³³ SUNSTEIN, Cass R. op. cit. p. 169.

jurídico alemão, foi idealizado naquele país juntamente com os princípios da cooperação e do poluidor pagador nesse país.

No plano internacional, o princípio da precaução teve, pela primeira vez, referência explícita na Segunda Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte, em 1987.¹³⁴ Todavia, a referência mais conhecida é realmente a feita pela Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, realizada em 1992, no Rio de Janeiro, no seu princípio 15 que assim determina:

Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental.

Ainda no plano internacional, há referências sobre o princípio da precaução nos Tratados de Maastricht¹³⁵, em 1992, e de Amsterdã, em 1997¹³⁶.

¹³⁴ SETZER, Joana e GOUVEIA, Nelson da Cruz. op. cit. p. 162

¹³⁵ Art. 130 - R: "A política da Comunidade do domínio do ambiente visará a um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente, e do poluidor-pagador. As exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas na definição e aplicação das demais políticas comunitárias."

¹³⁶ Esse tratado foi firmado com o intuito de alterar algumas disposições do Tratado de Maastricht, restando quase que inalterado o art. 130 - R do Tratado de Maastricht: "A política da Comunidade do domínio do ambiente visará a um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente, e do poluidor-pagador."

Na Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 5 de junho de 1992, mais especificamente no preâmbulo, previu-se, ainda que de forma implícita, o princípio da precaução:

(...) quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça (...)

De modo mais incisivo, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança Climática previu, em seu art. 3º (Princípios), o princípio da precaução de forma explícita:

3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prevenir, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos sócio-econômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima.

A França, no ano de 2005, deu ao princípio da precaução um *status* constitucional:

Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en oeuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures

provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.¹³⁷

No Brasil, a Constituição Federal não explicita o princípio da precaução. Pode-se dizer, contudo, que revela um poder geral de precaução por meio dos §§ 1º e 3º do art. 225 da Carta Magna do nosso país:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

¹³⁷ Art. 5ª da *Charte de l'Environnement*: "Diante da realização de um dano que, mesmo incerto pelo estado dos conhecimentos científicos, possa afetar de modo grave e irreversível o meio ambiente, as autoridades públicas providenciarão, pela aplicação do princípio da precaução e nas suas áreas de atribuição, a implementação de procedimentos de avaliação de riscos e a adoção de medidas provisórias e proporcionais com a finalidade de evitar a realização do dano". Tradução de, Joana Setzer e Nelson da Cruz Gouveia. In: op. cit. pp. 162-163

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

(...)

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

(...)

Entende-se aqui que na Lei 9.605/1998 (Lei de Crimes Ambientais) houve importante expressão normativa formal, que concretizou o princípio da precaução. Ao estender efeitos penais àquele que se abster de executar ou de deixar de executar qualquer ato lesivo ao meio ambiente que possa causar sérios danos ao meio ambiente, a lei trouxe para à tona a responsabilidade de incorporar o princípio da precaução no arcabouço jurídico brasileiro:

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível. (g.n)

Entretanto, coube à Lei Federal n. 11.105/2005, mais conhecida por Lei de Biossegurança, dizer expressamente sobre o princípio da precaução:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, **e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. (g.n)**

Mesmo com essas expressões normativas, há, ainda, muito o que se avançar em via de legislação e interpretação sobre o princípio da precaução. Não só em relação a este princípio, mas em relação a todo o arcabouço jurídico em função do meio ambiente. A falta de regulamentação

eficaz de políticas ambientais, somada ao fracasso da Administração Pública, na atuação material, têm levado a uma dificuldade de sua aplicação.

3.4. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA EM GERAL

Diante da falta de regulamentação do princípio da precaução, o Poder Judiciário, por muitas vezes, utiliza das bases conceituais distintas do princípio da precaução, causando imprecisão dos limites interpretativos do princípio.

Assim, é de fundamental importância um maior debate, inclusive pelo Poder Judiciário, sobre a aplicação do princípio da precaução.

Ao se analisar, de forma exemplificativa, algumas decisões judiciais, tem-se observado três “tendências judiciárias”¹³⁸:

1) Posição maximalista: é essa posição tão criticada por parte da doutrina, principalmente por CASS R. SUNSTEIN, pois entende o princípio da precaução como um super princípio, que, quando da sua aplicação, não necessita observar qualquer norma, independentemente da graduação desses riscos. Trata-se de uma

¹³⁸ANTUNES, Paulo de Bessa. Princípio da Precaução: Breve análise de sua aplicação pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. In: **Interesse público**. n. 43. 2007. pp. 41-74. pp. 50-51

posição extremada, que muitas vezes não condiz com as próprias diretrizes base do princípio da precaução¹³⁹;

2) Posição minimalista: trata-se de uma posição que é aplicada em prol dos interesses econômicos em detrimento dos interesses ambientais, quando a afasta o princípio da precaução. De plano, não é realmente a posição mais aceita pelos defensores do meio ambiente, e muito menos é a que mais se afeiçoa com os pressupostos de existência e de aplicação do princípio;¹⁴⁰

3) Posição intermediária: pretende fixar uma relação harmônica entre os interesses ambientais e os interesses não ambientais. Trata-se, antes de tudo, de uma posição equilibrada, que, diante do caso concreto, é que será tomada a decisão, "privilegiando a racionalidade e a solução de compromisso entre os diferentes atores"¹⁴¹. Certamente, é a posição que preconiza a aplicação subsidiária, ou mesmo, conjunta, do princípio da razoabilidade com o princípio da precaução¹⁴²:

É como se, em uma noite de nevoeiro, precisássemos ir ao médico. A precaução recomenda que acendamos os faróis de nosso veículo, que trafeguemos em velocidade compatível e que, periodicamente, façamos uso da buzina para informar aos demais motoristas que estamos nos movimentando. No entanto, permanecer em casa pode significar o agravamento da doença.¹⁴³

¹³⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. op. cit. p. 50

¹⁴⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. op. cit. p. 50

¹⁴¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. op. cit. p. 50

¹⁴² ANTUNES, Paulo de Bessa. op. cit. p. 51

¹⁴³ ANTUNES, Paulo de Bessa. op. cit. p. 51

3.4.1. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

Como já mencionado, a União Europeia aceita o princípio da precaução como uma das fontes das diretrizes e políticas ambientais.¹⁴⁴

Mesmo assim, a aplicação do princípio da precaução não é utilizada com todas as forças que o princípio pode permitir. Em determinados casos, o princípio da precaução é mitigado em função das disputas econômicas e políticas dos diversos setores sociais. Assim, não há uma interpretação uniforme no Tribunal de Justiça da União Europeia.¹⁴⁵

Isso implica em entender que, mesmo nos lugares onde o princípio da precaução é previsto expressamente, a questão de sua aplicação é complicada, ou ainda, problemática.

A título de exemplo, cita-se o caso *Armand Mondiet* (sociedade pesqueira) vs *Armement Islais* (fabricante de redes de pesca), ocorrido na França no ano de 1993, em que o caso foi levado ao Tribunal de Justiça da União Europeia. Mesmo com pareceres científicos trazidos ao processo no sentido de permitir a utilização de grandes redes para a pesca, o Tribunal manteve a proibição de uso desses tipos de redes, com menção explícita ao princípio da precaução.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Conferir Tratados de Maastricht, 1992, e de Amsterdã, 1997.

¹⁴⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. op. cit. pp. 43-44

¹⁴⁶ SETZER, Joana e GOUVEIA, Nelson da Cruz. op. cit. p. 164

3.4.2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A aplicação do princípio da precaução pelo Judiciário Brasileiro não é feita de forma pacificadora, muitas vezes confundindo-o com o princípio da prevenção, bem como não se definindo bem os pressupostos de existência e de aplicação do princípio da precaução, a saber:

A importância de diferenciar ambos os princípios fica clara quando examinamos julgados que confundem um e outro princípio. De tão citados, e de formas tão equivocadas ou inapropriadas, os tribunais apenas colaboram para um esvaziamento de sentido do princípio da precaução. Alguns exemplos da jurisprudência brasileira são bastante ilustrativos.¹⁴⁷

Diante dessas considerações, a título de exemplificação, e sem pretender esgotar o assunto, serão citados aqui alguns casos entendidos como relevantes em relação ao princípio da precaução.

Talvez, um dos casos mais complexos existente no Brasil foi o que se referia à aplicação do princípio da precaução na liberação da Soja *Roundup Ready*, onde diversas associações demandaram judicialmente a intenção de vedar a liberação da soja resistente ao glifosato no mercado pátrio:

EMENTA:
CONSTITUCIONAL E AMBIENTAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 225, § 1º, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICABILIDADE IMEDIATA DAS NÓRMAS QUE OUTORGAM DIREITOS INDIVIDUAIS DIFUSOS E COLETIVOS (ARTIGO 5º, § 1º). EFICÁCIA DAS 34 NÓRMAS PROGRAMÁTICAS E DEFINIDORAS DE PRINCÍPIOS. EFICÁCIA DA NÓRMA DO ARTIGO 225, § 1º, INCISO IV, DA

¹⁴⁷ SETZER, Joana e GOUVEIA, Nelson da Cruz. op. cit. p. 167

CONSTITUIÇÃO. DISCIPLINA JURÍDICA DO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL NA LEI 6.398 DE 1981 E NA CONSTITUIÇÃO DE OUTUBRO DE 1988. RESOLUÇÕES Nº 1/86 E 237/97 DO CONAMA. ALTERAÇÕES NA RESOLUÇÃO 237/97 DO CONAMA E NA RESOLUÇÃO CONAMA 1/86. LEI 8.974 DE 05 DE JANEIRO DE 1995. CONFLITO APARENTE DE NORMAS: O DIREITO INERTEMPORAL APLICÁVEL À ESPÉCIE. NATUREZA JURÍDICA DO PARECER TÉCNICO CONCLUSIVO DA CTNBIO. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE BIOSSEGURANÇA. LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE BIOSSEGURANÇA PARA EFEITO DE ESTUDO COMPARADO. METODOLOGIA CIENTÍFICA PARA ANÁLISE DA BIOSSEGURANÇA DE OGMs: A AVALIAÇÃO DE RISCO. DECLARAÇÃO DO RIO/92 SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. INCORPORAÇÃO DAS NORMAS INTERNACIONAIS AO DIREITO INTERNO. NATUREZA JURÍDICA DAS DECLARAÇÕES NA DOUTRINA INTERNACIONALISTA. AS FONTES DE DIREITO INTERNACIONAL SEGUNDO O ESTATUTO DA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA DA ONU (ART. 38). A CONVENÇÃO DE BIOSSEGURANÇA E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INTELIGÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E SUA MATERIALIZAÇÃO NA LEI DE BIOSSEGURANÇA. LIMITAÇÃO DO OBJETO DA PROVA (*THEMA PROBANDUM*). NATUREZA CIENTÍFICA DO FENÔMENO OBJETO DA PROVA E AS EXIGÊNCIAS DO MÉTODO CIENTÍFICO PARA A ANÁLISE DO FATO. AVALIAÇÃO DA SEGURANÇA ALIMENTAR E AMBIENTAL DA SOJA *ROUNDUP READY* PELA CTNBIO. ESTUDOS DESENVOLVIDOS NO BRASIL COM A SOJA RR (TRANSFERÊNCIA HORIZONTAL, TOLERÂNCIA DA CULTURA, EFICÁCIA AGRONÔMICA, RESÍDUOS, SISTEMA DE PRODUÇÃO E USO DO HERBICIDA, CURVA DE DEGRAÇÃO E PERSISTÊNCIA DO GLIFOSATO NO SOLO, EFEITO DO GLIFOSATO NA MODULAÇÃO DA SOJA RR E SOJA NOS USOS ATUAIS, *ROUNDUP* (GLIFOSATO) COMO AGENTE QUELADOR DE FÉ E AI, AÇÃO DE *ROUNDUP* EM CONDIÇÕES DE DEFICIÊNCIA HÍDRICA, DADOS DE RESÍDUOS DE GLIFOSATO EM SOJA, TOXICOLOGIA E SENSIBILIDADE QUÍMICA DO GLIFOSATO COM O SURFACTANTE, MUDANÇA DE CLASSE TOXICOLÓGICA DO *ROUNDUP*, POTENCIAL DE SURGIMENTO DE PLANTAS DANINHAS RESISTENTES AO GLIFOSATO, ALTERAÇÃO A COMPOSIÇÃO FLORÍSTICA, SEGURANÇA ALIMENTAR, SEGURANÇA DA PROTEÍNA CP 4 EPSPS, ISOFLAVOMAR NA SOJA RR, AVALIAÇÃO DA SOJA RR NA ALIMENTAÇÃO ALIMENTAR ANIMAL). PROCESSO DE AVALIAÇÃO DA SOJA *ROUNDUP* NO BRASIL. TESTES DE CAMPO DA SOJA *ROUNDUP READY* REALIZADOS NO SUL, SUDESTE E CENTRO-OESTE DO BRASIL: ESTUDOS DE IMPACTO AMBIENTAL REALIZADOS NO BRASIL (MICROBIOLOGIA DO SOLO-NODULAÇÃO, PLANTAS DANINHAS, ENTOMOLOGIA, FIXAÇÃO DO NITROGÊNIO,

OCORRÊNCIA DE INSETOS, PRAGAS E INIMIGOS NATURAIS, AVALIAÇÕES DE DOENÇAS, DIVERSIDADE DE ESPÉCIES E POTENCIAIS ALTERAÇÕES NA COMUNIDADE DE PLANTAS 35 DANINHAS, FIXAÇÃO DO NITROGÊNIO ATMOSFÉRICO E AVALIAÇÃO DA BIODIVERSIDADE DO SOLO, BIOMANA MICROBIANA, ATIVIDADE RESPIRATÓRIA MICROBIANA E INFECÇÃO ENDOMICORRIZICA, COLONIZAÇÃO DE MICORREIZAS, VESÍCULO ARBUSCULARES, DINÂMICA POPULACIONAL DE ANTRÓPODES EM ÁREA CULTIVADA, AVALIAÇÃO DE DOENÇAS (FITOPATOLOGIA) PRODUÇÃO DE TECIDO VEGETAL, AVALIAÇÃO DE FLUXO GÊNICO, CAPACIDADE DE ESTABELECIMENTO, SOBREVIVÊNCIA E REPOSIÇÃO), MONITORAMENTO. VALORAÇÃO DA PROVA PRODUZIDA. ESCAPE GÊNICO DE SOJA RR. ROTULAGEM DOS PRODUTOS OGM. (AC - APELAÇÃO CÍVEL - 34000276820 Processo: 199834000276820 UF: DF Órgão Julgador: QUINTA TURMA Data da decisão: 28/06/2004 Documento: TRF100171157. DJ DATA: 01/09/2004 RELATORA: SELENE MARIA DE ALMEIDA)

Nesse caso a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu pelo entendimento não aplicação do princípio da precaução, uma vez que os estudos realizados e determinados pela CTNbio, órgão administrativo responsável pela biossegurança, eram suficientes para rechaçar a aplicação do princípio da precaução no seu sentido forte, ou ainda, maximalista.

Em outro caso, houve uma confusão entre o princípio da precaução e o da prevenção. O caso tratava de licenciamento ambiental, que, segundo parcela da doutrina, é hipótese de concretização do princípio da prevenção e não do princípio da precaução.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. I. A ocupação e construção em terras públicas por parte de particulares e a visível ocorrência de dano ambiental, por si só, justificam o reconhecimento da verossimilhança do direito autorizada da antecipação de tutela concedida na ação civil pública e afastam, em consequência, a pretensão do agravante de que

seja concedido efeito suspensivo ao agravo de instrumento. 2. A irreversibilidade da medida é relativa, porque no caso de os atingidos resultarem vencedores na ação, certamente, em procedimento próprio, serão indenizados. Em se tratando de meio ambiente, pondo-se em confronto uma relativa irreversibilidade com o princípio da precaução, esse princípio deve prevalecer. De mais a mais, não são irreversíveis medidas que possam ser financeiramente reparadas. 3. Contudo, em se tratando de medida liminar, devem ser ressalvadas da demolição as casas residenciais, devendo ser demolidas apenas aquelas construções que não sejam utilizadas exclusivamente para residência. (TRF4, AGA 2001.04.01.012293-3, Terceira Turma, Relatora Luiza Dias Cassales, DJ 30/05/2001)

Da decisão acima percebe-se que a Desembargadora adotou a tendência maximalista do princípio da precaução, ao considerar a prevalência do princípio da precaução mesmo sobre uma **relativa** irreversibilidade do meio ambiente, decorrente dos possíveis danos.

Outro caso interessante se relaciona à proteção do meio ambiente e da saúde pública. Sabe-se que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 200, *caput* c/c inciso VIII, CF/88, traz a previsão da correlação do meio ambiente com a saúde pública. Essa correlação é necessária pois o meio ambiente ecologicamente equilibrado é resultado do aumento da qualidade sanitária. Eis a ementa referida:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO. LICENÇA PARA FABRICAÇÃO DE MEDICAMENTO VETERINÁRIO. PORTARIA. MINISTÉRIO DA AGRICULTURA N. 301/96.

1. Embora a Portaria 301/96 do Ministério da Agricultura assegure o direito à contraprova em caso de laudo desfavorável à empresa detentora de licença para fabricação de medicamento veterinário, a violação de tal direito não tem como conseqüência o cancelamento do ato administrativo, e a conseqüente autorização de venda de produto considerado nocivo à saúde dos rebanhos nacionais, tendo em vista o princípio da precaução e da primazia do interesse público, que

deve imperar em matérias relativas à saúde e ao meio ambiente.

2. A consequência da ilegalidade seria a determinação de que fosse corretamente conduzido o procedimento, com a realização da necessária contraprova, administrativamente ou mediante perícia judicial, providência esta que foi frustrada pela própria Autora, que desistiu da ação ordinária ajuizada contemporaneamente à época dos fatos, dias após a determinação pelo juízo de que fosse feita a referida prova, e somente ajuizou a presente ação após o fim do prazo de validade das amostras colhidas para a realização da contraprova.

3. Apelação a que se nega provimento. (AC 2003.34.00.013411-4/DF; Apelação Cível. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues. 6ª Turma. DJU: 22.05.2006, DJ, p. 164)

No caso em comento, houve a apresentação de um laudo que era desfavorável à produção de determinado medicamento veterinário e, conseqüentemente, favorável à não-liberação do produto para a circulação mercantil. Diante disso o laudo adquiriu uma presunção de risco do produto a ser comercializado, mesmo com a contraprova da parte contrária, que alegava que poderia ser comercializado o produto.

Como, no presente caso, houve uma incerteza científica, abriu caminho para a aplicação do princípio da precaução. Na oportunidade, a Desembargadora Maria Isabel Gallotti Rodrigues aplicou o princípio da precaução no seu sentido intermediário, sendo que se utilizou, para a sua decisão, de aspectos ambientais e de saúde pública.

3.5. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL.

Diante de todo o exposto no presente trabalho, o princípio da precaução se afigura como um importante agente na construção do pretensioso Estado de Direito Ambiental.

Pode-se entender que a relação entre o princípio da precaução e o Estado de Direito Ambiental, é de causa e efeito, em que é essencial a previsão do princípio da precaução na construção desse modelo de Estado, como o princípio aplicado às tomadas de decisões, sempre que houver fundados riscos de danos graves e/ou irreversíveis que possam afetar as presentes e as futuras gerações.

A aplicação do princípio da precaução não se limita a uma apreciação judicial, mas também, e principalmente, ele necessita ser utilizado pelos agentes executivos, que no dia a dia lidam com mais situações tendentes à concretização do princípio da precaução.

Dessa forma, como é de se esperar de uma sociedade aberta, o princípio não se resume aos operadores do direito, mas sim a todos aqueles que diariamente o materializam. Trata-se, pois, da confirmação que o Estado de Direito Ambiental é afeto à sociedade como um todo, não somente a uma parcela dela.

De tal forma, toda a sociedade será responsável por seus atos. Daí advém a ínsita necessidade de informações corretas e sem distúrbios

sobre ações em relação ao meio ambiente, e que também sejam essas informações de qualidade por parte dos detentores delas. Esse aspecto enseja a oportunidade para que a sociedade possa realmente participar das tomadas de decisões.

Dessa forma, o Estado de Direito Ambiental, ao incorporar os princípios da precaução e da participação democrática como suas bases principiológicas, desloca o sentido da participação popular do usual "votar e ser votado" para uma pretensiosa participação qualitativa nas tomadas de decisões. E o princípio da precaução, ao determinar cautela nas atividades humanas, pois dessas decisões poderão ter efeitos danosos irreversíveis a toda a sociedade de certa forma, cumpre esse papel, juntamente com outros princípios.

Assim, o Estado de Direito Ambiental implica uma reforma nas vias democráticas e participativas e o princípio da precaução certamente é um dos principais estruturantes desse novo Estado.

O princípio da precaução, quando utilizado com o fim de proteger o meio ambiente, não é um fator paralisante de atividades estatais ou privadas no sentido do desenvolvimento econômico; muito pelo contrário, o princípio da precaução requer uma intensa análise e estudo dos fatores duvidosos que fazem parte da atividade analisada.

Pode-se dizer que o princípio da precaução tem atuação material associada com outros princípios constitucionais aplicados ao meio

ambiente, tais como os princípios da informação, da publicidade e da participação, uma vez que o princípio da precaução configura-se como um agente de controle e gestão das informações acerca das pretendidas ações humanas que possam causar significativos danos.

Assim, o princípio da precaução, antes de qualquer coisa, impõe ao empreendedor o dever de informar sobre a sua atividade. Na tomada de decisão com a utilização do princípio da precaução, a materialização daqueles princípios é essencial requisito para uma segura aplicação da precaução.

A aplicação do princípio da precaução também obedece a parâmetros de proporcionalidade, considerando as minúcias do caso concreto e os efeitos advindos dessa aplicação. Sendo assim utilizado, o princípio da precaução pode potencializar o Estado de Direito Ambiental.

CONCLUSÃO

A preservação do meio ambiente sempre se tencionou com os interesses econômicos, que muitas vezes se confundem com os próprios interesses do governo. Nessa relação, tem-se percebido uma preterição do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A gestão dos riscos que a sociedade contemporânea produz todo dia é destacada na pauta ambiental, devido a grandes catástrofes que têm se tornados mais comuns.

Define-se, assim, uma nova concepção ou dimensão de Estado do Estado Democrático de Direito, que albergue concepções éticas e principiológicas jurídicas que se tem na atualidade, inclusive quanto às gestões ambientais. O que se propõe é uma mudança de enfoque, ou ainda, num sentido mais contundente, uma mudança de paradigma. O que é democracia participativa, que seja democracia participativa ambiental. Não se trata de reduzir o Estado Democrático de Direito a concepções "unicamente" ambientais, mas agregá-las a ele.

Tal mudança de paradigma tem se descortinado a partir de um plexo de acontecimentos tanto formais quanto materiais, tais como: a previsão de leis mais adequadas e pretendidas para a proteção do meio ambiente e o fortalecimento da participação popular nas tomadas de decisões sobre assuntos relacionados ao meio ambiente.

É muito importante que não somente haja a participação popular no final de processos sobre atividades que possam causar sérios danos, mas que a participação popular seja efetiva desde o começo da cadeia procedimental dessas atividades. Para tanto, deve-se exercitar uma sociedade aberta, onde todos são potenciais atores do processo decisório e interpretativo daquela sociedade. Para a gestão de riscos desta sociedade deve haver canais abertos de comunicações, desobstruídos de interesses escusos.

Os princípios jurídicos em geral podem ser norteadores desse processo jurídico-social, que se mostra gradual e lento. Dessa forma, para a construção de Estado de Direito Ambiental, os princípios constitucionais e os de direito ambiental são extremamente importantes. Assegurar a efetivação dos princípios constitucionais e os específicos ao Direito Ambiental é oportunizar a construção de sociedade mais consciente de seus atos.

O princípio da precaução, visto por alguns como um super princípio, é uma das principais ferramentas para a construção de um Estado que tem na pauta do dia assuntos ambientais.

Destarte, o princípio da precaução, utilizado diante de situações que possam gerar graves e irreversíveis danos ao meio ambiente e por falta de conhecimento científico necessário, quando evocado com a necessária cautela e em observância aos princípios de Direito Ambiental, Constitucional e Administrativo, torna-se um poderoso instrumento de controle de ações que importam em destruir o meio ambiente.

O princípio da precaução, ao levantar dúvidas, traz para dentro das tomadas de decisões a sociedade, pois será ela que sofrerá todas as conseqüências das ações humanas de um modelo de sociedade cada dia mais complexo.

Como visto, o princípio da precaução, quando da sua aplicação, comporta duas vertentes mais claras: minimalista e maximalista. A tendência minimalista tende a ser utilizada em detrimento do meio ambiente, representando muitas vezes um retrocesso no desenvolvimento do princípio da precaução, uma que vez leva em consideração, preponderantemente, aspectos econômicos.

A tendência maximalista, de igual forma, não traz muito avanço, pois leva em conta os aspectos ambientais em detrimento dos econômicos.

Assim, entende-se aqui como mais adequada uma posição intermediária, ou seja, entre as duas citadas, pois permite uma discussão mais democrática, quando, para a tomada de decisões, toma por bases aspectos econômicos e ambientais em contínua tensão.

Assim, o princípio da precaução, quando não aplicado com o devido cuidado e com a proporcionalidade exigida, pode ser uma arma letal para o desenvolvimento econômico desenfreado. Aliás, o meio ambiente e os interesses econômicos devem ser vistos em uma relação complementar, em que um complementa o outro, não configurando dois aspectos antagônicos.

REFERÊNCIAS

ALEMAR, Aguinaldo. **Limites ao Princípio da Precaução**. In: www.allemar.prof.ufu.br/PRECAU%C7%C3O_vers%E3o_2009.pdf. Acesso em 29/11/2009.

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Estado de Direito Ambiental. **Revista da AGU**, Brasília, 2008, nº 14, p. 167-177.

ARAUJO PINTO, Cristiano Paixão. O Público e o Privado na Experiência Histórica do Direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. pp 19-50.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano Ambiental: Uma Abordagem Conceitual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 7ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004

ANTUNES, Paulo de Bessa. Princípio da Precaução: Breve análise de sua aplicação pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. In: **Interesse público**. n. 43. 2007. pp. 41-74.

AYALA, Patrick de Araújo. O princípio da precaução e a proteção jurídica da fauna na Constituição Brasileira. In: **Revista de Direito Ambiental**. n. 39. pp. 147-188. jul-set/2005

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira, **Revista Forense**, v. 317, p. 177, 1992.

BARROSO, Luís Roberto, BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOITEUX, Fernando Netto; BOITEUX, Elza Antonia Pereira da Cunha. **Poluição eletromagnética e meio ambiente: o princípio da precaução**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2008

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999

CARVALHO, Délton Winter de. **Revista da Ajuris**: doutrina e jurisprudência, v. 34, n. 108, p. 79-97, dez. 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do direito administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de teoria da constituição. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília: ano 68 – nº 2 – abr a jun – 2002. pp 62-84.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008

GRAF, Ana Cláudia Bento. O direito à informação ambiental. In: FREITAS, Vladimir Passos (org.). **Direito Ambiental em Evolução**. Curitiba: Juruá Editora, 1998

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antonuik. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997

HABERMAS, Jünger. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II**. 2 ed. trad.: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

HAMMERSCHMIDT, Denise. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. In: **Revista de Direito Ambiental**. n. 31. pp. 136-156. jul-set/2003

LEONI, Stefano. Il principio di precauzione nel diritto ambientale. In: www.dirittoambiente.com. Acesso em 02.12.2009.

LOTHAR, Michael. El Estado Constitucional Cooperante. CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Org.). In: **Derecho Constitucional y Cultura**. Estudios en homenaje a Peter Häberle. Madrid: Editorial Tecnos, 2004. pp 319-335 .

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a Gestão Ambiental em foco**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito Ambiental: o princípio da precaução e a sua aplicação judicial. In: **Revista de Direito Ambiental**. n. 21. jan-mar/2001. pp. 92-102

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. O Estado Ambiental de Direito. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 41 n. 163. pp. 295-307. jul./set. 2004

PATTI, Salvatore. **Diritto e ambiente: Materiali di dottina e giurisprudenza. Parte 1 – Diritto Civile**. Padova: Cedam, 1984

ROCHA, Leonel Severo. CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. in: **Revista Seqüência**, no 53, p. 9-28, dez. 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de Direito Ambiental**. Vol. 1. São Paulo: Max Limonad, 2002

SAMPAIO, José Adércio Leite, WOLD, Chris, NARDY, Afrânio José Fonseca. **Princípios de direito ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003

SASTRE, Gonzalo Lapuente. Presupuestos epistemológicos del principio de precaución. In: **I Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación CTS+I**. Mesa 8.

SETZER, Joana, GOUVEIA, Nelson da Cruz. Princípio da Precaução rima com ação. In: **Revista de Direito Ambiental**. n. 48. jan-mar/2008. pp. 158-183.

SILVA, Enio Moraes. Os organismos geneticamente modificados e o princípio da precaução como instrumento de proteção ambiental. In: **Revista de Direito Ambiental**. n. 30. abr-jun/2003. pp. 98-112

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. "Fundamentos Constitucionais da Proteção do Meio Ambiente". **Revista de Direito Ambiental**. no 27, ano 7, julho-setembro, 2002

SUNSTEIN, Cass R.. Para além do princípio da precaução. trad. Marcelo Fensterseifer, Martin Haeblerlin, Tiago Fensterseifer. In: **Interesse Público**. n. 37. 2006. pp 119-171.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente.** São Paulo: Saraiva, 2008