

O Princípio Constitucional da Precaução e o Dever Estatal de Evitar Danos Juridicamente Injustos

JUAREZ FREITAS

***Professor Titular do Mestrado e do Doutorado em Direito da PUCRS, Professor de Direito Administrativo da UFRGS, da Escola Superior da Magistratura-AJURIS, Pós-Doutor na Universidade Estatal de Milão (2007). Professor Visitante e Conferencista no país e no exterior, Membro da Comissão Especial de Direito da Regulação do Conselho Federal da OAB, Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio Grande do Sul, Presidente do Conselho Editorial da Revista Interesse Público, Advogado, Consultor e Parecerista**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2) O Princípio Constitucional da Precaução no Estado Democrático como Guardião das Presentes e Futuras Gerações; 3) Conclusões

1. Introdução

O Estado Democrático deve ser o guardião, por excelência, das expectativas legítimas de presentes e futuras gerações. Não raro, porém, o aparato governamental trabalha contra tal lógica, preso a demandas imediatistas e incapaz de romper com as deformações associadas à descontinuidade das políticas públicas ou de superar a tibieza no cumprimento duradouro das metas basilares estabelecidas na Constituição. Ora, por mais relevantes e justas que se mostrem as reivindicações do tempo imediato, o Estado existe, sobretudo, para assegurar as regras do jogo contra os humores voláteis, as discricões excessivas, as irresponsabilidades para com o futuro e as demais causas geradoras de conflitos intertemporais.

Ampliam-se, assim, os desafios de imprimir eficácia ao princípio constitucional da precaução em todas as relações de administração, não apenas no campo ambiental, mas na chamada

gestão de riscos.¹ Dessa maneira, entendido em consórcio indissolúvel com os princípios da proporcionalidade e da motivação, cumpre assumir a estatura constitucional do princípio em tela, diferenciá-lo do princípio da prevenção e propor critérios comedidos para a responsabilização do Estado Democrático, critérios que exorcizem o destempero dos temores inflacionados e, noutra extremidade, o severo déficit cognitivo em relação aos riscos reais.

De fato, em matéria ambiental (mas não só), o princípio da precaução, dotado de eficácia direta, impõe ao Estado Democrático um conjunto de diligências não-tergiversáveis, ou seja, a obrigação de salvaguardar o direito fundamental ao meio ambiente sadio, com a adoção de medidas antecipatórias² e proporcionais, ainda nos casos de incerteza³ quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de verossimilhança).

A não-observância desse dever – pelo Estado⁴ - configura omissão antijurídica, a qual, à semelhança do que sucede com a ausência da prevenção exigível, tem o condão de gerar dano (material e/ou moral) injusto e, portanto, indenizável.

Nessa linha, para fixar o conteúdo do princípio constitucional da precaução, na tomada das decisões públicas, formulo as presentes considerações⁵, tendo em conta a sagaz advertência de Montaigne⁶: “Ora o medo põe asas em nossos pés (...), ora nos prega e nos imobiliza (...)”. Força, pois, no tratamento do tema, contornar as armadilhas próprias dos timoratos. Mais: encontrar-se-ão, ao longo do texto, profundas ressonâncias da insuperada, no ponto, lição de Aristóteles:

¹ Foi o que fiz, a partir da terceira edição da obra *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, ao introduzir o princípio da precaução como diretriz aplicável a todas as relações de administração, não somente na seara ambiental.

² Sobre a ação antecipada e o princípio da precaução, vide Paulo Affonso Leme Machado in *Direito Ambiental Brasileiro*, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 57. Vide, ainda, Bertrand Mathieu in “Observations sur la portée normative de la Charte de l’environnement”, *Études et Doctrine, Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n.15. Não se trata de simples prevenção, mas de diretriz específica, nos moldes do Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992.

³ Vide sobre o tema Richard Stewart in *Environmental Regulatory Decision Making Under Uncertainty, Research in Law and Economics* Vol. 20..

⁴ Evidente que o princípio também gera obrigações para os particulares, mas, no presente texto, a ênfase será em relação ao Poder Público.

⁵ O presente texto é ligeira reformulação de artigo publicado na *Revista Interesse Público*, no ano de 2006.

⁶ Vide Michel de Montaigne in *Ensaio*. Brasília: Editora da UNB, Vol.1,p.153

“Dos erros que se podem cometer, um consiste em temer o que não se deve, outro em temer como não se deve, outro quando não se deve, e assim por diante. Por conseguinte, o homem que enfrenta e que teme as coisas que deve e pelo devido motivo, da maneira e na ocasião devidas, e que mostra confiança nas condições correspondentes, é bravo; porque o homem bravo sente e age conforme os méritos do caso.”⁷

2. O Princípio Constitucional da Precaução e o Estado Democrático como Guardiã das Presentes e Futuras Gerações

2.1. Desde logo, para dissipar confusões terminológicas, assim como ocorrem entre risco e perigo,⁸ urge distinguir, com a máxima nitidez, os princípios constitucionais da prevenção e da precaução.⁹ Este, o princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estatui, com aplicabilidade direta, que o Poder Público (além dos particulares, está claro), certo de que determinada atividade implicará dano injusto, está forçado a evitá-la, desde que no rol de suas atribuições e possibilidades. Dito às claras, presentes os requisitos, o Estado Democrático tem o dever incontornável de agir preventivamente. Naturalmente, a certeza resulta condicionada e limitada pelos conhecimentos dominantes na época da decisão, de sorte a não se pretender uma certeza apodíctica ou mecânica¹⁰. Como quer que seja, se houver certeza suficiente de que determinado prejuízo acontecerá, a rede de causalidade precisa ser tempestivamente interrompida.

⁷ Vide Aristóteles in *Éthique a Nicomaque*. Tradução de J. Tricot, Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1972, 1115b, 15-20, p. 150.

⁸ Sobre a distinção entre perigo e risco, vide Ulrich Beck in *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*. Barcelona: El Roure, 1998, p.115.

⁹ Preferindo adotar o princípio da prevenção como gênero que engloba a precaução, vide Édís Milaré in *Direito do Ambiente*, 3ªed., São Paulo: RT, 2004, pp.144-146. Todavia, no sentido da distinção aqui preconizada, vide Michel Prieur in *Droit de l'Environnement*, 4ªed., Paris : Dallaz, 2001.

¹⁰ Vide John Lukacs in *At the End of Age*. New Haven: Yale University Press, 2002, ao salientar didaticamente a diferença entre causalidade mecânica e outras causalidades históricas. Em relação a estas, aquilo que acontece é inseparável do que as pessoas pensam que acontece.

O ponto relevante, nesse caso, é que não se admite inércia do Estado brasileiro (sem falar, aqui, na dimensão universal do tema¹¹), sob pena de responsabilização proporcional. A omissão passa - ou deveria passar - a ser entendida como *causa jurídica de evento danoso, não mera condição*. Com esta importante premissa adotada, na seara administrativa, eis o princípio da prevenção, em seus elementos de fundo: (a) *alta e intensa probabilidade (certeza) de dano especial e anômalo*; (b) *atribuição e possibilidade de o Poder Público evitá-lo* e (c) *ônus do Estado de produzir a prova de excludente do nexo de causalidade*.

Em outras palavras, na prevenção, antevê-se, com segurança, o resultado maléfico e, correspondentemente, nos limites das atribuições normativas, surge a obrigação de o Estado tomar as medidas interruptivas da rede causal, de molde a evitar o dano antevisto. Para ilustrar, trata-se de iniludível dever de prevenção (não de precaução) o combate a futuros danos trazidos pela prática do tabagismo em lugares como cafés e aviões, uma vez que tais malefícios são sobejamente conhecidos. Não se mostra remotamente plausível a argumentação contrária, salvo por arte do sofisma. Viável, assim, a outorga da tutela judicial específica¹² para que o Poder Público tome as providências obrigatórias de caráter preventivo.

Já o *princípio constitucional da precaução*, também diretamente aplicável, traduz-se, nas relações administrativas (mas não só ambientais) como o *dever de o Estado motivadamente evitar, nos limites de suas atribuições e possibilidades orçamentárias, a produção de evento que supõe danoso, em face de (a) fundada convicção (juízo de verossimilhança) quanto ao (b) risco de, não sendo interrompido tempestivamente o nexo de causalidade, ocorrer prejuízo*

¹¹ Vide Michel Prieur, acentuando o universalismo do tema ambiental, in “Vers un Droit de l’environnement renouvelé”. Cahier du Conseil Constitutionnel, n15.

¹² Entre nós, por força dos arts. 5º, XXXV e 37 da CF, não deveria pairar dúvida sobre a possibilidade de tutela jurisdicional. No Direito Comparado, confira-se, por exemplo, Elizabeth Fisher in “Is the Precautionary Principle Justiciable?” *Journal of Environmental Law* 13(3):pp. 315-334. Sobre o controle judicial do princípio da precaução, vide Berberoff Ayuda in *El Principio de Precaución y su Proyección en el Derecho Administrativo Español*. Ed. Consejo General del Poder Judicial, 2005.

desproporcional³, isto é, manifestamente superior aos custos da eventual atividade interventiva.¹⁴

No cotejo com o princípio da prevenção¹⁵, a diferença maior reside no grau estimado de probabilidade da ocorrência do dano (*certeza “versus” verossimilhança*). Nessa medida, o Estado Democrático, para bem resguardar, em sua eminência, o princípio da precaução¹⁶, age na presunção - menos intensa do que aquela que o obriga a prevenir - de que a interrupção proporcional e provisória do nexo de causalidade consubstancia, no plano concreto, uma atitude mais vantajosa do que a resultante da liberação do liame de causalidade.

Decerto, inaceitável o exercício do princípio da precaução como fruto de temores desarrazoados. Em contextos semelhantes, o Estado seria traído pelo excesso manifesto de temor. Seria, para figurar exemplo, gritante demasia, consoante o atual estado de conhecimentos, cogitar de proibir o uso de celulares simplesmente em função do medo mórbido quanto aos efeitos nocivos de toda e qualquer radiação.

Em contrapartida, noutro sentido do pêndulo, verifica-se o recorrente fenômeno da insuficiência acintosa das medidas de precaução. Trata-se de quebra igualmente agressiva do princípio da proporcionalidade, dado que este veda demasias e omissões.

¹³ Vide Ana Gouveia Freitas Martins in *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente*. Lisboa: Faculdade de Direito, 2002, p.88.

¹⁴ Sobre custo economicamente aceitável, vide Bernard Drobenko in “A Caminho de um Fundamento para o Direito Ambiental” in *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI. Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. Sandra A.S. Kishi, Solange T. da Silva, Inês V.P. Soares (Organizadoras). São Paulo: Malheiros, 2005, p.70.

¹⁵ Vide François Ost in *O Tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999, pp 40 e 343. Entre nós, sobre diferenças entre prevenção e precaução, vide José Rubens Morato Leite e Patryck Ayala in *Direito Ambiental na sociedade de risco*. Rio: Forense, 2002, p.62. Vide, ainda, Marcelo Abelha Rodrigues in *Instituições de Direito Ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.149. Ainda de François Ost, vide *A Natureza à Margem da Lei*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998..

¹⁶ A par de outros princípios, naturalmente. Vide, a propósito, Jacqueline Morand-Deviller in « Les « grands principes » du droit de l’environnement et de l’urbanisme », *Droit de l’environnement*, janvier 2002, n° 95, pp 8-15.

Escusado assinalar que a insuficiência reticente e a dose exagerada e irrealista de precaução, cada uma a seu modo, conduzem à idêntica inviabilidade do desenvolvimento humano pretendido, isto é, o desenvolvimento equilibrado, sensato e sustentável.

2.2. Em matéria ambiental, o princípio da precaução brota do art.225 da Constituição e, mais recentemente, consta – vertido com criticável indeterminação - na Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005, art.1º). Historicamente, podemos localizá-lo, nos anos 60, por exemplo, na Suécia¹⁷ e na Alemanha.¹⁸ Contudo, força destacar a Declaração Rio-92, que o estabeleceu cogentemente¹⁹, no Princípio 15: quando houver ameaça de danos certos ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas destinadas a prevenir a degradação ambiental. Como soa intuitivo, ainda que lastimável a mistura atécnica dos conceitos de prevenção e de precaução, o princípio da precaução já aparece com feições próprias.

Bem mais rigorosa e arredondada, no entanto, merece registro La Charte de L'Environnement²⁰, com melhor diferenciação conceitual entre prevenção e precaução. Com efeito, o art.5º consagra o princípio da precaução, ao prescrever que, quando a ocorrência de um dano, apesar de incerto em face do estado de conhecimentos científicos, afetar de modo grave e irreversível o meio ambiente, as autoridades públicas providenciarão, nas áreas de suas atribuições, a

¹⁷ Vide “Swedish Environmental Protection Act” (1969).

¹⁸ Sobre a evolução do princípio da precaução no Direito doméstico alemão e o tema dos princípios na seara internacional, vide Gary Marchant e Keneth Mossman in *Arbitrary and Capricious*. Washington: Aeis Press, 2004, p. 5. Vide, ainda, Gerd Winter in “A Natureza Jurídica dos Princípios Ambientais em Direito Internacional” in *Desafios do Direito Ambiental no Século XXI*, ob. cit., pp.121-146, apresentada a precaução como dever de tomar medidas em situação de incerteza, porém de plausibilidade da ocorrência de graves riscos. No caso da Alemanha, o princípio da precaução apresenta dimensões material e instrumental. Segundo a dimensão material, “conseqüências distantes tanto em tempo como em lugar, danos a bens particularmente sensíveis, meros distúrbios e pouca probabilidade de dano, devem ser investigados na avaliação de risco. A dimensão instrumental refere-se ao arsenal de medidas pertinentes” (p.144).

¹⁹ Vide Álvaro Luiz Valery Mirror in “Direito Ambiental: O Princípio da Precaução e sua Aplicação Judicial”. *Revista de Direito Ambiental*, 21, 2001, pp.95-98.

²⁰ Eis o teor do art. 5º: 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'attribution, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage.

implementação de procedimentos de avaliação dos riscos e a adoção de medidas adequadas à finalidade de evitar a produção do dano. Em contraste, o princípio da prevenção, constante no art. 3º, estatui que toda pessoa, nas condições disciplinadas em lei, deve prevenir os prejuízos que eventualmente possa causar ao meio ambiente ou, na omissão, limitar as conseqüências.

Certo, a fronteira entre os princípios permanece tênue, facetas teleológicas que são de uma só prudência,²¹ contudo a distinção afigura-se prestimosa e de irretorquível utilidade, pois reforça o dever de agir proporcional na tutela do meio ambiente, inclusive quando da verossimilhança (não quimera simplista ou timorata). Como assinalado, no tocante à precaução, o dano se afigura somente provável, a partir de indícios e presunções, mas existem motivos consistentes para medidas antecipatórias na defesa do meio ambiente equilibrado e saudável.

Importa realçar que o bom equacionamento, aqui como na prevenção, só se faz viável à luz dos princípios da motivação e da proporcionalidade²². Estes é que dirão se cumpridos foram os requisitos de fato e de direito a embasar tais medidas interventivas das autoridades democráticas, sem exacerbação ou falta de diligência.

2.3. A propósito, para coibir os aludidos excessos e carências de precaução, mister atentar para as pertinentes advertências de Cass Sunstein.²³ Alerta, com propriedade, para os medos exacerbados, algo tão nocivo como a carência de temores justificados. Urge não dar uma resposta errônea aos medos da sociedade, isto é, não sucumbir ao estilo populista, irresponsável e irracional. Com efeito, o populismo se preocupa, desmedidamente, com riscos triviais e, com freqüência inaudita, desconsidera os riscos verdadeiramente graves²⁴.

²¹ Vide Carlos Massini in La prudência jurídica. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

²² Vide Patryck de Araújo Ayala in “O Princípio da Precaução e a Proteção Jurídica da Fauna Brasileira”. Revista de Direito Ambiental, n°39, 2005, p.147, texto no qual sustenta: “O princípio da precaução vem estabelecer no domínio da regulação dos riscos e da proteção jurídica do ambiente uma autêntica proibição de non liquet, mesmo perante o conhecimento indisponível, inacessível ou inexistente” (p.167).

²³ In Laws of Fear. Cambridge. Cambridge University Press, 2005.

²⁴ Cass Sunstein, ob. cit., pp. 1 e 2: “...well-functioning governments aspire to be deliberative democracies. (...) Responsiveness to public fear is, in this sense, both inevitable and desirable. But responsiveness is complemented by a commitment to deliberation, in the form of reflection and reason giving. If the public is fearful about a trivial risk, a deliberative democracy does not respond by reducing that risk. It uses its own institutions to dispel public fear that is, by hypothesis, without foundation. Hence deliberative

Logo, força rejeitar a versão exagerada do princípio da precaução, que o faz paralisante e autocontraditório, pois, nessa versão descomedida, o princípio se apresenta incongruente, dado que permite, simultaneamente, ação e inação²⁵. Indispensável, assim, atentar para as armadilhas psicológicas que reinam no tema, contagiosamente.²⁶ A própria precaução, se ruinosamente inflacionada, revela-se um fator imobilizante que gera o pecado da omissão, em vez de vencê-lo. Com efeito, precaução em demasia é nociva. E, para piorar as coisas, a paralisia irracional desencadeia danos juridicamente injustos e indenizáveis. Numa frase: o Estado Democrático precisa agir com precaução, em sua versão balanceada, apenas quando tiver motivos idôneos a ensejar a intervenção antecipatória proporcional, nos limites da tessitura normativa. Se não o fizer, aí sim, será partícipe da geração de dano irreversível ou de difícil reparação. Em outros termos, impende que o Poder Público, inclusive em termos regulatórios, deixe de operar com demasia ou com apática inoperância, no cumprimento dos deveres constitucionais de precaução.²⁷

democracies avoid the tendency of populist systems to fall prey to public fear when it is baseless. (...) In a democracy, people's reflective values prevail. But values, and not errors of fact, are crucial."

²⁵ Possível cogitar de conduta comissiva por omissão. No entanto, apenas com reserva, aconselhável a distinção jurídica entre inatividade formal e material. Sobre o tema, vide Marcos Gómez Puente in *La inactividad de la Administración*. Madrid: Aranzadi Editorial, 2002. Vide, ainda, Cass Sunstein, ob. cit., p.4: "in strongest forms, the Precautionary Principle is literally incoherent, and for one reason: there are risks on all sides of social situations. It is therefore paralyzing; it forbids the very steps that it requires. Because risks are on all sides, the Precautionary Principle forbids action, inaction, and everything in between."

²⁶ Cass Sunstein, ob. cit., pp.6, .98 e .105: "... I explore in the context of fear, the dynamics of two phenomena: social cascades and group polarization. Though social cascades, people pay attention to the fear expressed by others, in a way that can lead to the rapid transmission of a belief, even if false, that a risk is quite serious (or – at least equally bad – not at all serious). Fear, like many other emotions, can be contagious; cascades help to explain why. Though group polarization, social interactions lead groups to be more fearful than individuals. (...) How do moral panics spread? Cascades provide much of the answer. Most people join moral panics not because they have independent reasons to fear the moral threat, but because of the fear expressed by others... When like-minded people deliberate version of the views which they began. This is the process known as group polarization. (...) Social influences, including cascades effects and group polarization, both heighten and diminish fear. The result is a situation in which people often show baseless fear and confidence about situations that pose genuine danger".

²⁷ Cass Sunstein, ob. cit., p.9: "Of course overregulation can be found in many places, and of course it is a problem; but the problem of under-regulation is also serious. In many domains, government is indispensable, particularly in the context of health, safety, and the environment. Nothing said here should be taken to suggest otherwise".

2.4. Nesse enfoque, o princípio da precaução deve ser entendido, antes de mais, no dizer oportuno de Philippe Kourilsky, como “incitamento à ação, uma atitude de gestão ativa do risco.”²⁸ Todavia, não uma ação qualquer. Tem de ser um agir motivado, sem discriminação negativa, em linha com a Constituição (art. 93) e a Lei de Processo Administrativo (art. 50): o dever de motivação (exposição concatenada e congruente dos argumentos de fato e de direito) faz as vezes de grande antídoto contra os males da irracionalidade e da baixa sindicabilidade no atinente à efetividade dos princípios e direitos fundamentais, que, ao lado do interesse público, regem as relações de administração. Vale dizer, a exigência alastrada de motivação (oferecimento de razões e argumentos em cadeias silogísticas²⁹) funciona como escudo contra o exercício autofágico e coisificante do poder pela ausência da fundamentação reflexiva e conseqüente quebra de sistematicidade.³⁰

Claro, então, que o princípio da precaução motivada jamais significa precaução “a priori”, medrosa ou seletiva, insuflada por fobias e sem lastro jurídico-racional, sob pena de merecer duras críticas.³¹ A forte verossimilhança milita no sentido de que, não obstante a episódica ausência de certeza científica, o dano pode ocorrer. Logo, a motivação compensa a insegurança da dúvida circunstancial e em nada prejudica a coerência aberta e compatível com o manejo hábil do princípio em tela. Tampouco afasta o dever de constantemente reavaliar as intervenções em face do avanço da ciência.

O dever de justificação (interna e externa)³² das decisões de precaução (inclusive em matéria regulatória) supõe, portanto, que a dúvida seja lastreada ou lastreável em indícios fortes. “A fortiori”, numa era em que a a volubilidade, qual sombra, acompanha toda e qualquer certeza jurídica ou científica. Só a *verossimilhança qualificada* permite uma decisão congruente e faz impositivas as medidas acauteladoras, provisórias e proporcionais. Não se trata de

²⁸ Vide Philippe Kourilsky in “Le Principe de précaution”, Chroniques du CREA de Grenoble, 2000, p.12.

²⁹ Vide Aulis Aarnio in Lo Racional como Razonable. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

³⁰ Sobre os efeitos da ausência de motivação dos atos administrativos, vide, por exemplo, o julgamento, no STF, do RMS 21485-DF.

³¹ Vide *Nature* 407, 551 (5 October 2000)

³² Wroblewski, J. “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decisions” in *Rechtstheorie* 5, 1974.

qualquer justificação: nunca poderá ser o produto imaturo da aversão cega a todo e qualquer risco nas decisões intertemporais.

Em síntese, o exercício da precaução requer motivação consistente³³: os fundamentos³⁴ de fato e de direito para as decisões estatais de precaução são de rigorosa inafastabilidade. Nada obstante, admissível a motivação superveniente. O que importa é considerar viciada a precaução não-motivável, vaga, calçada em mera conveniência ou em escapismos retóricos,³⁵ em vez de exame conseqüente dos riscos e custos em jogo.

Por isso, perante vertiginosas mudanças no Século em curso³⁶, a atitude proporcional não será, na simples dúvida, nada fazer ou tudo impedir, mas cuidar para não ferir desnecessariamente as liberdades individuais e econômicas.

Na abordagem intersubjetiva e democrática, o princípio da precaução não se coaduna com a compreensão hiperdimensionada e unilateral, sobremodo tendo em conta o fenômeno da tolerância indevida perante riscos familiares³⁷. A par disso, o princípio da precaução³⁸, congruentemente fundamentado, determina uma

³³ Lei 9.784/99: Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; (...) § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

³⁴ Claro que é possível, noutra acórdão semântico, fazer a distinção entre fundamentação e justificação. A propósito, vide, entre outros, Robert Alexy in *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

³⁵ Não se trata de crítica à retórica na acepção superior. Vide, no sentido mais nobre do termo, por exemplo, Chaim Perelman e L.Olbrechts-Tyteca in *Traité de l'argumentation*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles, 1988.

³⁶ Vide Liz Fisher in "The Precautionary Principle in the Twentieth Century: Late Lessons From Early Warnings". *Journal of Environmental Law* 15(1):pp. 104-106.

³⁷ Cass Sunstein, ob. cit., p.43 e p.69: "People are far more willing to tolerate familiar risks than unfamiliar one, even if they are statistically equivalent."

³⁸ Cass Sunstein, ob. cit., p.88: "A deliberative democracy would attempt to create institutions that have a degree of immunity from short-term public alarm. I will turn to this possibility in Part II. For now, let us investigate another aspect of the problem." Vide, ainda, a respeito do princípio, no Direito Comparado, Chantal Cans in «Le principe de précaution nouvel élément du contrôle de légalité», *Revue française de droit administratif*, 15-4, 1999, p. 750; Pascale Martin-Bidou in «Le principe de précaution en droit international de l'environnement», *Revue générale de droit international public*, 1999-3; Julian Morris in "Defining the Precautionary Principle" in: *Rethinking Risk and The Precautionary Principle*. Oxford: Butterworth-Heinemann, 2000; Gary Marchant e

inovadora lógica de atuação do Estado: a lógica das estratégias prudentes de longo prazo³⁹.

Eis robusto motivo para a edificação do Direito Público mais de Estado do que de governo, ou seja, para o erguimento de lídimas instituições fiscalizatórias e reguladoras estatais, dotadas de imunidade perante as demandas circunscritas ao curto prazo.

No dizer frontal de Jared Diamond⁴⁰, o enfrentamento dos grandes desafios ambientais demanda “coragem de praticar raciocínio de longo prazo, e tomar decisões antecipadas (...) Este tipo de tomada de decisão é o oposto da tomada de decisão reativa de curto prazo que muito freqüentemente caracteriza nossos políticos”. O princípio da precaução, bem assimilado, prescreve o fim desse imediatismo tosco na luta contra os maiores fatores de risco da atualidade, entre os quais avultam os prejuízos dramáticos à biodiversidade, a erosão dos solos, o descontrole dos produtos tóxicos, o aquecimento global e o

Kenneth Mossman in *Arbitrary and Capricious: The Precautionary Principle in the European Union Courts*. Washington: American enterprise Institution for Public Policy Research, 2004, p. 1: “The precautionary principle may well be the most innovative, pervasive, and significant new concept in environment policy over the past quarter century. It may also be the most reckless, and ill-advised. The precautionary principle is based on the common-sense that is better safe than sorry in regulating health and environment risks under conditions of inherent uncertainty. (...) The precautionary principle has been criticized on a number of grounds including its potential for overregulation of insignificant or even nonexistent risks, its disregard for scientific evidence, and its failure to adequately consider the economic costs and risk-risk trade-offs inherent in risk regulation. Perhaps the most common criticism of the precautionary principle, however, is that it is inherently ambiguous and arbitrary. There is no consensus definition or formulation of the precautionary principle or agreed-on guidelines or criteria for its application.” Vide, ainda, Neil Carter in *The Politics of the Environment: Ideas, Activism, Policy*. 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 207: “The sustainable development paradigm deals with the complexity and uncertainty that surrounds so much environmental policy-making, particularly where technical and scientific issues are involved, by insisting on the widespread application of the precautionary principle. This principle states that the lack of scientific certainty shall not be used as a reason for postponing measures to prevent environment degradation.” Mais: vide Joel A Tickner in *Precaution, Environmental Science, and Preventive Public Policy*. Washington: Island Press, 2003, p. 243: “the precautionary principle deals with the question of what appropriate actions should be taken to protect health and environment in the face of scientific uncertainty. (...) In any case, in EC law the precautionary principle has the status of a mandatory treaty principle.”

³⁹Sobre o tema da nova lógica como transformação da “raison publique”, vide Olivier Godard in “Le principe de précaution, une nouvelle logique d’action entre science et démocratie”. *Philosophie Politique*, maio, 2000.

⁴⁰ In *Colapso. Como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso*. Rio: Record, 2005, p.624.

crescente impacto ambiental “per capita” nas sociedades de consumo⁴¹. Tal cortejo de males (notadamente, para ilustrar, as queimadas amazônicas e o excesso letal de enxofre exalado por veículos)⁴², não pode ser exitosamente atacado com a costumeira miopia⁴³ dos imediatistas emperdenidos, que, no geral das vezes, são prosélitos do ceticismo ou do pessimismo nadificante que conspira para confirmar as mais tenebrosas profecias.

2.5. Além de motivado, o exercício do princípio da precaução haverá de ser proporcional. Ora, o princípio da proporcionalidade não requer simples adequação meio-fim. Para ser preciso, a violação à proporcionalidade ocorre quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o agente público dá prioridade a um em detrimento exagerado ou abusivo de outro. O vício acontece na instauração do sacrifício iníquo.⁴⁴ Em nenhuma circunstância, um direito fundamental deve suprimir inteiramente outro na eventual colisão de exercícios. Apenas deve preponderar topicamente.⁴⁵ A razão está em que os princípios nunca se eliminam, diferentemente do que sucede com as regras antinômicas e, bem observadas as coisas, por preponderância principiológica.

Numa fórmula que aprecio utilizar: o agente público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais, no exercício da precaução,⁴⁶ observadas as vedações de excesso e de inoperância. Especialmente no fito de assegurar a proteção efetiva

⁴¹ O elenco de desafios ambientais é de Jared Diamond in Colapso, ob. cit., p.560-92.

⁴² Vide M. Torre -Schaub in “Le principe de précaution dans la lutte contre le réchauffement climatique : entre croissance économique et protection durable”. Revue européenne de droit de l’environnement, n°2, 2002..Vide, ainda, documento da Comissão Européia, mais precisamente a Comunicação da Comissão, de 2 de Fevereiro de 2000, relativa ao recurso ao princípio de precaução.

⁴³ Sobre o tema da “miopia” temporal, vista como “atribuição de um valor demasiado grande ou intenso ao que está mais próximo de nós no tempo, em detrimento daquilo que se encontra mais afastado”, vide Eduardo Gianetti in O Valor do Amanhã. São Paulo: Cia das Letras, p.174

⁴⁴ A rigor, a colisão não se dá entre direitos fundamentais em si, desde que exercidos sem abusividade. Para abordagem aprofundada do tema, vide, por obséquio, o meu livro A Interpretação Sistemática do Direito. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

⁴⁵ Vide, por exemplo, o julgado, no TRF-2, REO 1999.37.01.002002-0/MA.

⁴⁶ Vide Juarez Freitas in O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

do núcleo indisponível do direito fundamental ao meio ambiente saudável, mas também do direito fundamental à boa administração pública⁴⁷. Convém, a propósito, recordar que a influência do princípio da proporcionalidade, no Direito Administrativo, deita raízes longínquas.

Foi no contexto do “poder de polícia” que a proporcionalidade fez a sua primeira aparição no mundo jurídico moderno.⁴⁸ Na virada do século XIX para o século XX, Otto Mayer já destacava que “a condição da proporcionalidade, inerente a todas as manifestações do poder de polícia, deve produzir o seu efeito” também quando se tratar de zelo pela boa ordem da coisa pública (“guter Stand des Gemeinwesens”)⁴⁹. Na prática dos atos de “polícia administrativa”, a conduta do Estado deveria ser a mais suave e branda possível, guardadas, como medidas de intensidade, as exigências ditadas pelo interesse público.

Ao disciplinar o exercício dos direitos à liberdade e à propriedade, o Estado só deveria lançar mão das medidas mais enérgicas como derradeira “ratio”, pois ninguém poderia ser constrangido a suportar restrições acima do grau necessário à satisfação dos interesses superiores da comunidade.

A força vinculante do princípio constitucional da proporcionalidade não cessa de se impor aos controladores no tocante à qualidade da conduta do Estado Democrático. Os avanços doutrinários⁵⁰ e o trabalho jurisprudencial contribuíram, em uníssono, para aperfeiçoar e,

⁴⁷ Vide Juarez Freitas in *Discrecionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁴⁸ Peter Badura in *Staatsrechts*. München: C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1986, p. 84, assinala que o princípio da proporcionalidade, no início, estava ligado ao exercício do poder de polícia (“Der Grundsatz ist zuerst im Polizeirecht entstanden”), tendo, algum tempo depois, se transformado em limite geral à intervenção do Poder Executivo (“allgemeine Grenze des Einschreitens der Executive”). Ainda de acordo com Badura, as intervenções do Poder Público somente seriam consideradas legítimas (“rechtmässig”), quando atendessem aos requisitos da necessidade (“Erforderlichkeit”) e da proporcionalidade (“Proportionalität”), requisitos que se encontrariam fundidos debaixo da idéia de vedação de excessos (“übermassverbots”).

⁴⁹ In *Le Droit Administratif Allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1904, vol. II, p. 60: “..., la condition de la proporcionalité, inhérente à toutes les manifestations du pouvoir de police, doit produire son effet”.

⁵⁰ Vide, entre outros, Hartmut Maurer in *Droit Administratif Allemand*. Tradução de Michel Fromont, Paris: L.G.D.J., 1994, p. 248-249: “Les principe de proportionnalité au sens large découle du principe de l'État de droit e doit toujours être respecté. Il ne s'applique du reste pas seulement à l'administration, mais aussi au législateur”.

acima de tudo, tornar correntes os instrumentos conceituais concretizadores da idéia de que *o Poder Público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais.*

Naturalmente, a evolução do princípio da proporcionalidade não está mais do que esboçada: falta sobretudo introjetar a vedação de insuficiência ou omissão, elemento-chave no estudo do princípio constitucional da precaução. Desde logo, mister extrair da trajetória do princípio um conjunto de critérios que permitam avaliar o cumprimento da obrigação estatal de uma atuação precavida.

Há, pelo menos, três subprincípios de cuja confluência depende a aprovação, ou não, no teste da proporcionalidade⁵¹:

(a) O subprincípio da adequação entre meios e fins: tal diretriz exige relação de pertinência entre os meios escolhidos pelo legislador ou pelo administrador e os fins colimados pela lei ou pelo ato administrativo. Guardando parcial simetria com o princípio da proibição de excesso (Übermassverbotes), a medida implementada pelo Poder Público precisa se evidenciar não apenas conforme os fins almejados (Zielkonformität), mas, também, apta a realizá-los⁵². Igualmente se mostra inadequada a insuficiência ou a omissão antijurídica causadora de danos.

(b) O subprincípio da necessidade: o que esse subprincípio impõe não é tanto a necessidade dos fins, porém a inafastabilidade dos meios mobilizados pelo Poder Público. Quando há muitas alternativas, o Estado, na tomada das medidas de precaução, deve optar em favor daquela que afetar o menos possível os interesses e as liberdades em jogo.⁵³

⁵¹ A reprovação no teste tríplice da proporcionalidade acarreta o dever de indenizar. Sobre outro teste (NESS test), recomendável conferir, entre outras, a contribuição de Richard Wright e a abordagem clássica de Herbert Hart e Tony Honoré. Vide, mais recentemente, *Relating to Responsibility*. Editado por Peter Cane e John Gardner. Oxford: Hart Publishing, 2001.

⁵² Em outras palavras, “la mesure en cause n’est appropriée que si elle est de nature à atteindre à coup sûr le résultat recherché” (Hartmut Maurer in ob. cit., p. 248).

⁵³ Como sublinha Maurer, “la mesure appropriée n’est nécessaire que si d’autres moyens appropriés affectant de façon moins préjudiciable la personne concernée et la collectivité ne sont pas à la disposition de l’autorité en cause” (in ob. cit., p. 248).

(c) O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito: a cláusula da proporcionalidade “stricto sensu” decorre do reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, contudo desproporcionais em relação ao custo-benefício. Sem incorrer em simplificador e ingênuo cálculo utilitário ou mera análise econômica, a proporcionalidade em sentido estrito indaga pelo “preço a pagar”, no caso da precaução. Faz a conta do lucro e da perda, ao apurar se os ônus interventivos não são desmesurados.

À vista disso, no que concerne à harmonia do princípio constitucional da precaução com o princípio da motivação e sob o crivo do triplice teste da proporcionalidade, vital ter em mente que: (a) a aplicação direta e imediata do princípio da precaução nada mais deve acarretar do que a hierarquização governada pelos princípios e direitos fundamentais⁵⁴; (b) embora autônomo, o princípio da precaução deve ser compreendido entrelaçadamente com os demais, visto como superior às regras, por definição; (c) a efetividade do princípio da precaução supõe o Estado Democrático animado por carreiras de vínculo institucional típico, na perspectiva do Direito Público mais de Estado do que governativo e (d) deve ser amplamente sindicada a conduta estatal (omissiva ou comissiva), com a noção de que o princípio da proporcionalidade veda tanto as ações excessivas como a inoperância.

Com tais vetores consolidadas, força sustentar a responsabilidade objetiva⁵⁵ e proporcional do Estado no tocante às condutas omissivas (falta de precaução) ou comissivas (excesso de precaução). De passagem, útil reter que na seara ambiental, a responsabilidade do Estado não será meramente subsidiária, mas solidária.⁵⁶

2.6. De fato, nas escolhas intertemporais, se se tratar de mal altamente provável e irreversível, avaliado segundo juízo de

⁵⁴ Sobre o direito fundamental ao meio ambiente, vide Antônio Herman Benjamin in “O Meio Ambiente na Constituição Federal de 1988” in Desafios do Direito Ambiental do Século XXI, ob. cit., pp.380-385. Com acerto, critica a interpretação retórica da Constituição (p.397).

⁵⁵ Sobre a responsabilidade objetiva por dano ambiental, vide Vladimir Passos de Freitas in A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais. 3ª ed., São Paulo: RJ, 2005, pp. 175-179. Vide, ainda, entre outros, o julgado no REsp 745363 / PR.

⁵⁶ Vide arts. 3º e 14 da Lei 6.938/81. Vide, nessa linha, REsp 604725/PR e REsp 28222/SP.

verossimilhança, o Estado carrega o dever de agir, quer dizer, tomar medidas cabíveis de precaução, sob pena de responder objetivamente pelos danos injustos, admitidas as excludentes. Nessa maneira de pensar, se o prejuízo ocorrer, a omissão antijurídica integrará a série causal do dano injusto. Nas relações administrativas em geral, o exame tríplice da proporcionalidade transcende os juízos de culpa ou dolo do Poder Público. Em realidade, a argumentação com base em culpa individual ou “anônima” oculta uma superação indecisa dos parâmetros subjetivistas. Aqui, o ponto central reside somente em saber se o nexo causal se estabeleceu.

Quer no exame das condutas comissivas, quer no controle das condutas omissivas, mister sobrepassar a indagação privatista acerca da prova da imperícia, da imprudência, da negligência ou da intencionalidade de provocar dano. Basta verificar se as medidas exigíveis de precaução deveriam ter sido tomadas tempestivamente; E não o foram. Em caso afirmativo, o nexo causal estará formado. Não se trata de culpa presumida, nem de imputação objetiva de culpabilidade, todavia de afirmar a indiferença de prova da culpa individual ou anônima na apuração do liame proporcional de causalidade. Trata-se de sutileza que faz toda a diferença na afirmação efetiva e eficaz do princípio constitucional da precaução.

O controle da omissão do Estado por demora de providências acauteladoras não deve se perder nas névoas da “culpa publicizada” ou em expressões do gênero, oxímoros que confundem mais do que elucidam. Dito de outro modo, não-configuradas as excludentes, tais como a reserva do possível, forma-se o liame causal, em função da antijuridicidade provocada pela quebra do princípio da proporcionalidade. Mais: quem deve demonstrar a presença das excludentes totais ou mitigadoras é o Poder Público.

Emerge, límpida, sob todos os aspectos, a responsabilidade objetiva por ação ou omissão do agente estatal. Vale dizer, mantida a atitude avessa a automatismos⁵⁷, a responsabilidade do Estado, nos casos de excesso ou de carência de precaução, não desborda, em nenhuma hipótese, do caráter objetivista estatuído no art. 37,par.6º da Constituição. Naturalmente, não significa que a sociedade deva arcar com os danos oriundos de riscos apenas atribuíveis às vítimas ou inerentes a seus negócios.

⁵⁷ Contra automatismos interpretativos, vide, por obséquio, meu A Interpretação Sistemática do Direito, 4ª ed., São Paulo: Malheiros,2004.

Em fórmula nada elíptica, o Estado jamais deve ser um segurador universal, todavia insuportável vê-lo cronicamente omissos e descumpridos dos seus precípuos deveres defensivos ou prestacionais. Logo, independe de culpa ou dolo a configuração do nexos causal, na leitura do art. 37, parágrafo 6º da CF, toda vez que a ação ou a inoperância do Estado prejudicar, por excesso ou falta de precaução, o âmago dos direitos fundamentais (não apenas na seara ambiental).

Sob o influxo de tais princípios (superiores às regras) da proporcionalidade e da motivação, o Estado Democrático tem o direito-dever de, arrimado em sólidos fundamentos de fato e de direito, evidenciar a não-configuração do liame de causalidade. Nada vale a mera alegação de simples incoerência de culpa ou dolo do agente, pois se impõe objetivamente a prova estatal da exclusão do nexos.

De tudo resulta que, com exata dose de prudência, haverá autêntica mudança paradigmática, se o Estado enfrentar as coisas que devem ser enfrentadas e pelo devido motivo, da maneira e na ocasião devidas”⁵⁸ Em suma, o princípio da precaução, vivenciado com senso de equilíbrio e a serviço da Carta como instituição durável⁵⁹, abre espaço para profundas e benéficas mudanças na regência das relações administrativas.

2.7. Cumpre, agora, a título de recapitulação, responder às seguintes indagações:

- (a) Para figurar uma hipótese, é caso de prevenção ou precaução o combate ao tabagismo em aviões? Pelo exposto, trata-se do exercício de prevenção, dado que não há contrivência quanto aos variegados males causados pelo tabagismo.**
- (b) Para figurar outra hipótese, é caso de prevenção ou precaução suspender o consumo de determinado alimento exposto a radiações nucleares de efeitos desconhecidos? Caso típico de precaução. Presentes fundados motivos (forte verossimilhança), impõe-se a tomada de medidas provisórias e proporcionais.**
- (c) Segundo o atual estado de conhecimento, seria caso de precaução cogitar da vedação do uso de celulares? Se tal acontecesse, seria um emblemático e flagrante excesso**

⁵⁸ Vide Aristóteles in ob. cit., 1115b, 15-20, p. 150.

⁵⁹ Vide François Ost in ob.cit., p. 94.

absurdo de precaução. Inexistem, nessa altura, fundamentos suficientes de fato e de direito a embasar tamanha intervenção estatal descomedida.

- (d) Há responsabilidade objetiva do Estado por omissão de seus agentes, nessa qualidade, na observância do princípio da precaução? Sim, sem dúvida. O princípio da precaução determina condutas comissivas, no geral das vezes. A própria omissão, sem excludentes do nexos causal, nada mais é do que uma conduta antijurídica causadora de danos injustos. Desse modo, em ambas as situações (condutas comissivas propriamente ditas ou “comissivas por omissão” no cumprimento de deveres estatais), configurar-se-á responsabilidade objetiva e proporcional.**
- (e) A omissão de precaução viola o princípio da proporcionalidade? Sim. Nisso consiste, aliás, o cerne da antijuridicidade da conduta omissiva, com os consectários mencionados.**
- (f) O exercício de precaução, no Direito Público, reclama motivação? Sem dúvida, embora possa ser ministrada de modo superveniente. Imprescindível que os procedimentos de precaução sejam tempestivamente motiváveis. O Estado Democrático, em última análise, deve aprender a zelar, justificadamente, pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, punível a omissão despida de motivos razoáveis e, sobretudo, quando derivada da macunaímica preguiça ou da morosidade relapsa. Afinal, o descumprimento dos deveres estatais, inclusive de precaução, mostra-se ofensivo à Constituição, mormente quando se admite que os direitos fundamentais vinculam de modo cogente e, vez por todas, devem assumir o primado nas relações publicistas.**

3. Conclusões

O princípio constitucional da precaução, bem assimilado, implica um novo modo de pensar o Direito como sistema. Encontra seu melhor esclarecimento na fina conexão com os princípios da motivação e da proporcionalidade, deonticamente estruturados de ordem a determinar, sob pena de vício grave, que o Estado Democrático atue, antecipatoriamente, na salvaguarda do ambiente saudável e propiciador do bem-estar, a longo prazo.

Nessa ótica, o princípio da precaução, com os juízos de verossimilhança que o perfectibilizam e respeitada a reserva do possível orçamentário, deve ser exercido de maneira a coibir excessos e insuficiências. Somente será legítimo, se acompanhado de motivação consistente, que dê conta da hierarquização equilibrada dos direitos fundamentais, notadamente dos direitos sociais e coletivos. Por todo o examinado, ênfase conclusivamente:

(I) Sem sucumbir a temores febris ou à cegueira voluntária na percepção dos riscos reais, o Estado Democrático precisa ser proporcionalmente responsabilizado por toda e qualquer quebra nuclear do princípio da precaução, já por suas condutas omissivas, já por suas condutas comissivas.

(II) O princípio da precaução só pode ser exercido legitimamente se respeitado o dever de motivação, que pressupõe o oferecimento satisfatório e aceitável das razões internas e externas. Nesse sentido, não resultarão devidamente motivadas, por definição, nem a insuficiência, nem a demasia, males a serem energeticamente coibidos por autoridades dignas do nome.

(III) Na dúvida, os direitos fundamentais, especialmente os direitos à boa administração e ao meio ambiente equilibrado, devem receber primazia. Necessário, para tanto, apagar os derradeiros vestígios de regalismo e cuidar dos interesses existenciais legítimos das atuais e futuras gerações, numa performance que honre a rede constitucional dos poderes-deveres, assimilados sem as conhecidas e lamentáveis reticências.

(IV) Cristalizada a antijuridicidade (ação ou omissão anômala e desproporcional), por falta ou excesso de precaução, formar-se-á o nexo de causalidade e, conseqüentemente, surgirá o dever de indenizar. Não se mostra acertado perquirir sobre culpa ou dolo do agente, mas somente acerca da antijuridicidade e de sua extensão. Dito em outros termos, o princípio da precaução, em harmonia com os princípios da proporcionalidade e da motivação, conduz à responsabilização objetiva, adequada, necessária e proporcional em sentido estrito do Estado Democrático, no embate contra os famigerados danos provocados por ações e omissões estatais antijurídicas.

(V) Em última instância, força desalojar a condescendência com o Estado descumpridor patológico dos deveres de precaução. A longo

**prazo, ao contrário do clichê, não estaremos mortos, mas
continuaremos nas novas gerações.**

