

Resumo

O princípio da precaução é importante instrumento de tutela do meio ambiente. De modo a coaduná-lo com os demais princípios constitucionais, imperioso é que se o analise de modo a não o banalizar e, por efeito, a impedir o desenvolvimento nacional sustentável.

Palavras-chave: Princípio da precaução. Teoria do medo. Planejamento.

1 Princípio da precaução: noções gerais

Na etimologia do vocábulo precaução, segundo Édis Milaré¹, encontra-se o substantivo do verbo precaver (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), a sugerir cuidados antecipados com o desconhecido, cautela para que uma atitude ou ação não venha a resultar em efeitos indesejáveis.

Associada ao conceito de princípio, a precaução, no dizer de Paulo Affonso Leme Machado², é fundamental na construção de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida. É da essência do princípio da precaução a pública e transparente avaliação de riscos, de preferência inserida em estudos de impacto ambiental.

A compreensão do tema também passa pela definição proposta por Juarez Freitas³, para quem

o princípio da precaução vincula-se aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, bem como de sustentabilidade ambiental; é a tradução da busca da proteção da existência humana, pela preservação de seu ambiente e a garantia da integridade da vida humana⁴.

A raiz constitucional do princípio está no art. 225 da CR/1988 e ilustra a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005, art. 1º)⁵, mas sua origem, na asserção de Freitas, remonta, historicamente, aos anos 60, na Suécia e na Alemanha, até que a Declaração Rio 92 o estabeleceu de forma cogente para o Direito Ambiental⁶.

Francisco Chaves Generoso ressalta que o princípio da precaução foi incorporado ao ordenamento jurídico positivo brasileiro com a adesão, ratificação e promulgação de convenções internacionais, tanto que veio a ser projetado no art. 225 da Constituição Federal e no art. 54, § 3º, da Lei 9.605/1998.⁷

Caso se admita a absorção do princípio da precaução pelo princípio da prevenção, poder-se-ia alcançar a mesma conclusão a respeito de sua sede constitucional, como assinala Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *verbis*:

[...] no plano constitucional o art. 225 estabelece efetivamente o princípio da prevenção, sendo certo que o chamado 'princípio da precaução', se é que pode ser observado no plano constitucional, estaria evidentemente colocado dentro do princípio da prevenção [...]⁸.

Sobre o disposto no art. 225 da CR/1988, José Afonso da Silva destaca-lhe a importância para a tutela

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor coordenador do curso de pós-graduação em Direito Administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Professor visitante da Escola de Direito-Rio, da Fundação Getúlio Vargas.

** Mestranda em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Pós-graduada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Bacharela em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

² MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de risco. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 856, fev. 2007, p. 50.

³ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 167.

⁴ *Ibidem*, p. 167.

⁵ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade – Direito ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 288.

⁶ *Idem*. Princípio da precaução e o direito fundamental à boa administração pública. *Revista de Direito do Estado*, ano 2, n. 7, jul./set. 2007, p. 205.

⁷ GENEROSO, Francisco Chaves. Acesso à justiça ambiental: a liminar na ação civil pública e os princípios da prevenção e da precaução. In: BARDINI, Luciano (coord.). *Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 59.

⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

do direito ao meio ambiente equilibrado, por meio da qual se cunha a natureza jurídica da precaução como norma-princípio, ou norma-matriz, substancialmente relevadora do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁹.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também atribui origem constitucional ao princípio da precaução, conforme se depreende de reiterados precedentes, *vg*:

PROCESSO CIVIL E AMBIENTAL. CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. *(omissis)* Tal responsabilidade decorre exatamente do sistema jurídico de proteção ao meio ambiente, no qual se inserem normas constitucionais (notadamente o art. 225, inc. V, da CR/88), infraconstitucionais (Leis nº 6.938/81 e 9.605/98, entre outras) e infralegais, que se guiam pelos princípios da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, bem como da reparação integral. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (RESP nº 2006.01953498, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE 19/11/2010) – *grifos não constam do original*.

AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. QUEIMA DE PALHA DA CANA-DE-AÇÚCAR. IMPOSSIBILIDADE. DANO AO MEIO AMBIENTE. 1. A Segunda Turma do STJ reconheceu a ilegalidade da queima de palha de cana-de-açúcar, por se tratar de atividade vedada, como regra, pela legislação federal, em virtude dos danos que provoca ao meio ambiente. 2. De tão notórios e evidentes, os males causados pelas queimadas à saúde e ao patrimônio das pessoas, bem como ao meio ambiente, independem de comprovação de nexo de causalidade, pois entender diversamente seria atentar contra o senso comum. Insistir no argumento da inofensividade das queimadas, sobretudo em época de mudanças climáticas, ou exigir a elaboração de laudos técnicos impossíveis, aproxima-se do burlesco e da denegação de jurisdição, pecha que certamente não se aplica ao Judiciário brasileiro. 3. O acórdão recorrido viola o art. 27 da Lei 4.771/1965 ao interpretá-lo de forma restritiva e incompatível com a Constituição da República (arts. 225, 170, VI, e 186, II). *Para a consecução do mandamento constitucional e do princípio da precaução, forçoso afastar, como regra geral, a queima de palha da cana-de-açúcar, sobretudo por haver instrumentos*

e tecnologias que podem substituir essa prática, sem inviabilizar a atividade econômica. 4. Caberá à autoridade ambiental estadual expedir autorizações - específicas, excepcionais, individualizadas e por prazo certo - para uso de fogo, nos termos legais, sem a perda da exigência de elaboração, às expensas dos empreendedores, de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, na hipótese de prática massificada, e do dever de reparar eventuais danos (patrimoniais e morais, individuais e coletivos) causados às pessoas e ao meio ambiente, com base no princípio poluidor-pagador. 5. Recurso Especial provido (RESP nº 200602636243, HERMAN BENJAMIN, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE 27/04/2011) – *os grifos não constam do original*.

No tocante à incorporação, pelo Direito brasileiro, de documentos internacionais que versam sobre o mencionado princípio da precaução, mencione-se a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, em 1992, cujo item 15 focaliza o aludido princípio nos seguintes termos:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Tal sede internacional leva Paulo de Bessa Antunes a alertar que a interpretação do princípio da precaução há de basear-se na capacidade de cada nação para implementá-lo. Assim:

[...] uma primeira exegese do texto do princípio n. 15 da Declaração do Rio nos indica que: (i) o critério da precaução não é um critério (princípio) definido pela ordem internacional, mas, ao contrário, é um princípio que se materializa na ordem de cada Estado, na exata medida das capacidades dos diferentes Estados. Ou seja, a aplicação de tal princípio deve levar em conta o conjunto de recursos disponíveis em cada um dos Estados para a proteção ambiental, considerando as peculiaridades locais. Em outras palavras, as medidas adotadas para prevenir a poluição atmosférica em Hamburgo não são as mesmas necessárias para uma pequena cidade no interior da Costa Rica; (ii) a dúvida sobre a natureza nociva de uma substância não deve ser interpretada como se não houvesse risco. A dúvida, entretanto, não se confunde com a mera opinião de leigos ou "impressionistas". A dúvida, para fins de que se impeça uma determinada ação, é fundada em análises técnicas e científicas, realizadas

⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 55.

com base em protocolos aceitos pela comunidade internacional. O que tem ocorrido é que, muitas vezes, uma opinião isolada e sem a necessária base científica tem servido de pretexto para que se interrompam projetos e experiências importantes. Dúvida é um elemento fundamental no avanço da ciência, pois sem ela ainda acreditaríamos na quadratura da Terra. Todo conhecimento científico é sujeito à dúvida. O que não admite a dúvida é o dogma religioso, que pertence a um domínio diferente da vida humana, que é o campo da fé. É evidente que, se do ponto de vista científico, existir uma dúvida - que não se confunde, repita-se, com palpito -, as medidas de precaução deverão ser tomadas¹⁰.

É o entendimento perfilado por Elizabeth de Almeida Meirelles¹¹ ao afirmar que o princípio da precaução repousa em base teórica, com parâmetros que devem servir como linhas de orientação aos Estados, para atividades governamentais de planejamento econômico, político, social, científico e tecnológico — e, por consequência, balizar a estruturação de um arcabouço jurídico consistente.

O *STJ* assim analisou a existência do princípio da precaução como originário do Direito Internacional Público:

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANA-DE-AÇÚCAR. QUEIMADAS. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 4771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. QUEIMA DA PALHA DE CANA. EXISTÊNCIA DE REGRA EXPRESSA PROIBITIVA. EXCEÇÃO EXISTENTE SOMENTE PARA PRESERVAR PECULIARIDADES LOCAIS OU REGIONAIS RELACIONADAS À IDENTIDADE CULTURAL. INAPLICABILIDADE ÀS ATIVIDADES AGRÍCOLAS INDUSTRIAIS. 1. O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), à ausência de certezas científicas, não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente. 2. A situação de tensão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre

os valores conflitantes. Em face dos princípios democráticos e da Separação dos Poderes, é o Poder Legislativo quem possui a primazia no processo de ponderação, de modo que o Judiciário deve intervir apenas no caso de ausência ou desproporcionalidade da opção adotada pelo legislador. 3. O legislador brasileiro, atento a essa questão, disciplinou o uso do fogo no processo produtivo agrícola, quando prescreveu, no art. 27, parágrafo único, da Lei n. 4.771/65, que o Poder Público poderia autorizá-lo em práticas agropastoris ou florestais desde que em razão de peculiaridades locais ou regionais. 4. Buscou-se, com isso, compatibilizar dois valores protegidos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o meio ambiente e a cultura ou o modo de fazer, este quando necessário à sobrevivência dos pequenos produtores que retiram seu sustento da atividade agrícola e que não dispõem de outros métodos para o exercício desta, que não o uso do fogo. 5. A interpretação do art. 27, parágrafo único, do Código Florestal não pode conduzir ao entendimento de que estão por ele abrangidas as atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ou seja, exercidas empresarialmente, pois dispõe de condições financeiras para implantar outros métodos menos ofensivos ao meio ambiente. Precedente: (AgRg nos EDcl no REsp nº 1.094.873/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/08/2009). 6. Ademais, ainda que se entenda que é possível à administração pública autorizar a queima da palha da cana de açúcar em atividades agrícolas industriais, a permissão deve ser específica, precedida de estudo de impacto ambiental e licenciamento, com a implementação de medidas que viabilizem amenizar os danos e a recuperar o ambiente. Tudo isso em respeito ao art. 10 da Lei nº 6.938/81. Precedente: (EREsp nº 418.565/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 13/10/2010). Recurso especial provido. (RESP nº 201101904332, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:06/03/2012. – grifos não constantes do original.

Ainda Paulo de Bessa Antunes ensina, quanto aos primórdios do princípio da precaução:

[...] o princípio da precaução tem origem no direito alemão e, certamente, é uma das principais contribuições ao direito ambiental. Foi na década de 70 do século XX que o direito alemão começou a se preocupar com a necessidade de avaliação prévia das consequências sobre o meio ambiente dos diferentes projetos e empreendimentos que se encontravam em curso ou em via de implantação. Daí surgiu a idéia de precaução. A concepção foi incorporada ao projeto de lei de proteção da qualidade do ar que, finalmente, foi aprovado em 1974 e que estabelecia controles para uma série de atividades potencialmente danosas, tais como ruídos, vibrações e muitas outras relacionadas à

¹⁰ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.

¹¹ MEIRELLES, Elizabeth de Almeida. O princípio da precaução e o aporte de Guido Fernando Silva Soares. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs.). *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando da Silva Soares (amicorum discipulorum liber)*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 365.

limpeza atmosférica. Na sua formação original, o princípio estabelecia que a precaução era desenvolver, em todos os setores da economia, processos que reduzissem significativamente as cargas ambientais, principalmente aquelas originadas por substâncias perigosas. Outras formações do princípio foram sendo construídas e, em pouco tempo, o *Vorsorgeprinzip* se expandiu para o Direito Internacional e para diversos direitos internos, inclusive o brasileiro. Apesar disso, é importante ressaltar que não existe um consenso internacional quanto ao seu significado [...] ¹².

E passa a analisar a evolução do princípio da precaução nos diplomas internacionais:

[...] registra-se a inserção do princípio da precaução na Declaração da Conferência Internacional do Mar do Norte (1987) e, em seguida, o princípio da precaução passa a constar da Convenção sobre a Interdição de importar rejeitos perigosos, na África, Bamakao/1991, art. 4, AL. 3, f; Tratado de Maastricht sobre a União Européia (1992/ art. 130 R, AL. 2); Convenção sobre o Báltico (Helsinki, 1992, art. 3º, AL. 2); Convenção sobre a proteção e utilização dos cursos de água transfronteiriços (Helsinki, 192, art. 2º, Convenção-Quadro sobre a mudança climática (1992, art. 3º, AL. 3). Essas Convenções são anteriores à Conferência das Nações Unidas sobre meio ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro (junho/1992), onde ao mesmo tempo se assinou a Convenção da Diversidade Biológica (1992, preâmbulo).

Em seguida, Convenção sobre o Atlântico Nordeste (1992, art. 2º, al. 2 a); Convenção sobre Danúbio (1994, art. 2º, al. 4), Acordo sobre os estoques de peixes migratórios na superposição de zonas marítimas (1995, art. 5º, al. C e 6), Protocolo de Cartagena sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos relativo à Convenção sobre a diversidade biológica (2000, art. 10, 6 e art. 11, al. 8 e no preâmbulo, onde se reafirma a 'abordagem da precaução); Convenção de Estocolmo sobre poluentes orgânico persistentes (2001, art. 8º, al. 7 a); Acordo sobre a conservação dos Albatrozes e dos Petréis (2001); Convenção para a cooperação em matéria de proteção e desenvolvimento marinho costeiro do Pacífico do Nordeste (2002, art. 5º, al. 6 a); Acordo de Asean sobre poluição transfronteiriça concernente à nebulosidade (2002, art. 3º, al. 3); Convenção-Quadro para proteção do Meio Ambiente do Mar Cáspio (2003); Convenção-Quadro Relativa à proteção e desenvolvimento sustentado por Cárpatos (2003); Convenção

Africana sobre recursos naturais, meio ambiente e desenvolvimento (2003).¹³

2 A teoria do medo e o princípio da precaução

Postos o conceito e sua evolução, veja-se a abrangência do princípio da precaução, notadamente em face do reconhecimento de que inexistem direitos primazes absolutos, impondo-se a sua compatibilização com os demais princípios regentes da ordem jurídica constitucional. Daí a importância dos balizamentos traçados pela Corte guardiã da Constituição, *verbis*:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir

¹² ANTUNES, *op. cit.*, p. 30.

¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de risco. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 856, fev. 2007, p. 40.

de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo, a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) (a) do desenvolvimento sustentável e (b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. *Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. (omissis)* (ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 04-06-2012, RTJ VOL-00224-01, pp 00011) – os grifos não constam do original.

Da orientação do STF Paulo de Bessa Antunes extrai a impossibilidade da leitura do princípio da precaução como uma cláusula geral, aberta e indeterminada. Confira-se:

[...] desnecessário dizer que, ao se estabelecer a precaução como princípio, esta não pode ser interpretada como uma cláusula geral, aberta e indeterminada. É necessário que se defina o que se pretende prevenir e qual o risco a ser evitado. Isto, contudo, só pode ser feito diante da análise das diferentes alternativas que se apresentam para a implementação ou não de determinado empreendimento ou atividade [...]¹⁴.

Sergio Gilberto Porto e Éderson Garin Porto¹⁵ sustentam a adoção de dois critérios de aplicação legítima do princípio: (i) possibilidade de risco, e (ii) falta de evidência científica ou incerteza. No

desenvolvimento de tais critérios, ressaltam a importância da compatibilização do princípio da precaução com os demais valores constitucionais. Veja-se:

[...] a aplicação do princípio da precaução deve necessariamente operar sob a influência de dois requisitos básicos: possibilidade de risco e incerteza científica. Na ausência de um dos requisitos ou não configurados de forma adequada, não se revela razoável no plano jurídico a mudança do critério da racionalidade decisória, substituindo padrões jurídicos por critérios éticos. Num segundo momento, ainda que na presença da possibilidade de risco e incerteza científica, deverá o intérprete buscar a compatibilização do princípio da precaução com os demais valores constitucionais, sob pena de provocar dano inverso [...]¹⁶.

Quando se trata de procedimento prévio de identificação e avaliação de risco em caso concreto, Paulo Affonso Leme Machado pondera:

O princípio da precaução não se aplica em um procedimento prévio de identificação e avaliação de riscos. Empregar somente a expressão princípio da precaução, sem embutir em seu conteúdo o risco e dimensionamento, através de avaliação de risco, soa vazio e sem real significado [...]¹⁷.

No mesmo sentido alerta o Comunicado da Comissão da Comunidade Européia — “a invocação do princípio da precaução é uma decisão exercida quando a informação científica é insuficiente, não conclusiva ou incerta”¹⁸.

E acerca da incerteza, pontifica Paulo Affonso Leme Machado que o incerto não é algo necessariamente inexistente, podendo ser definido ou não, ter suas dimensões ou o seu peso ainda claramente apontados. O incerto não pode ser uma hipótese, algo que não foi ainda verificado ou não foi constatado. Nem por isso, o incerto deve ser descartado de imediato. O fato de o incerto não ser conhecido ou de não ser entendido aconselha que ele seja avaliado ou pesquisado¹⁹.

¹⁴ ANTUNES, op. cit., p. 31.

¹⁵ PORTO, Sergio Gilberto; PORTO, Éderson Garin. A concordância prática entre os princípios da proteção ambiental, precaução e desenvolvimento sustentável (da possibilidade jurídica de implantação de residências unifamiliares em área de proteção ambiental, *Revista Jurídica Empresarial*, ano. 1, n. 4, set./out. 2008, p. 222.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 224-225.

¹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de riscos. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 858, fev. 2007, p. 43.

¹⁸ Comunicado da Comissão da Comunidade Européia relativo ao princípio da precaução. Bruxelas, 2000.

¹⁹ MACHADO, op. cit., p. 37.

Justamente pelo grau variável da incerteza, intrínseco ao princípio da precaução, revela-se essencial a análise dos riscos, sob pena de se desprestigiar o avanço científico, imprescindível ao desenvolvimento nacional sustentável. Como corrobora a doutrina francesa:

Essa etapa é 'essencial para racionalização dos riscos, devendo conduzir a separar o risco potencial do fantasma da simples apreensão. Ela impõe que não haja satisfação com pressuposições vagas, com as quais se acomoda geralmente a atitude de abstenção. Requer a realização de perícias (expertises) frequentemente longas e custosas'²⁰.

Assim, admitir qualquer interpretação em sentido contrário implicaria tomada de decisão em violação ao princípio da segurança jurídica, que deve nortear as relações públicas e privadas, motivo pelo qual a aplicação do princípio da precaução impõe os procedimentos enfatizados por Édis Milaré — “[...] procurar instituir procedimentos capazes de embasar uma decisão racional na fase das incertezas e controvérsias”²¹. Colha-se a esclarecedora explanação de Paulo de Bessa Antunes:

[...] a expressão normativa do princípio da precaução se materializa nas diversas normas que determinam a avaliação dos impactos ambientais dos diferentes empreendimentos capazes de causar lesão ao meio ambiente, ainda que potencialmente. Não há qualquer previsão legal para uma aplicação genérica do princípio da precaução, sob o argumento de que os superiores interesses da proteção ambiental assim o exigem. De fato, é muito comum que, na ausência de uma norma específica para o exercício de uma determinada atividade, a Administração Pública se socorra de uma equivocada interpretação do princípio da precaução para criar obstáculos a tal atividade, violando os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da prevalência dos valores do trabalho e da livre-iniciativa, e frustrando os objetivos fundamentais da República, quais sejam garantir o desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II) e erradicar a pobreza e a marginalização (CF, art. 3º, III). Juridicamente, o princípio da precaução, como mero princípio setorial, não pode se sobrepor, por exemplo, aos princípios da dignidade da pessoa

humana (CF, art. 1º, III), dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV). Isso para não se falar na impossibilidade de sobreposição de outros princípios setoriais, tais como o da legalidade (CF, art. 37), com os quais deve se harmonizar visto que hierarquicamente nivelados.

A única aplicação juridicamente legítima que se pode fazer do princípio da precaução é aquela que leve em consideração as leis existentes no país e que determinem a avaliação dos impactos ambientais de uma certa atividade, conforme a legalidade infraconstitucional existente. Infelizmente, tem havido uma forte tendência a se considerar que o princípio da precaução é um superprincípio, que se sobrepõe aos princípios fundamentais da República, tal como estabelecidos pela própria Constituição Federal, o que, evidentemente, é uma grave ruptura da legalidade constitucional e prova de precário conhecimento jurídico; ante a possível existência de conflito entre uma norma legal expressa e um princípio setorial, há que prevalecer a norma positivada, salvo se ela se apresentar maculada pela inconstitucionalidade. Observa-se que, no caso, não se trata propriamente da prevalência de um princípio setorial, mas de uma afronta à Constituição, o que é uma preliminar inafastável.

O princípio da precaução tem sido prestigiado pelo legislador brasileiro, que, em muitas normas positivadas, determina uma série de medidas com vistas à avaliação dos impactos ambientais reais e potenciais gerados pelos diferentes empreendimentos. Ainda que extremamente relevante, o que é reconhecido por toda a doutrina brasileira e pelo nosso ordenamento jurídico – o princípio da precaução não é dotado de normatividade capaz de fazer com que ele se sobreponha ao princípio da legalidade (um dos princípios setoriais reitores da Administração Pública) e, especialmente, aos princípios fundamentais da República, repita-se. A aplicação do princípio da precaução somente se justifica constitucionalmente quando observados os princípios fundamentais da República e ante a inexistência de norma capaz de determinar a adequada avaliação dos impactos ambientais. Fora de tais limites, a aplicação do princípio da precaução degenera em simples arbítrio [...]’²².

Por evidente, a esta altura, ser inerente ao princípio da precaução a exigência de cálculo precoce de potenciais riscos, justamente em respeito ao princípio da segurança jurídica, conforme defendido por Maurício Mota:

²⁰ KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. Le principe de precaution. Disponível em: <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004000402/0000.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014. Tradução livre.

²¹ MILARÉ, op. cit., p. 264.

²² ANTUNES, op. cit., pp. 38-39.

O princípio da precaução traz, antes de tudo, uma exigência de cálculo precoce dos potenciais perigos para a saúde ou para atividade de cada um, quando o essencial ainda não surgiu²³.

Orientação igualmente perfilhada por Paulo Affonso Leme Machado, *verbis*:

[...] a avaliação de riscos deve voltar para 'uma maior abertura do mundo', para poder pretender uma maior aceitabilidade. Isso supõe a introdução de melhores garantias de objetividade e de elementos de democratização na etapa de avaliação de riscos (confiabilidade, disponibilização e utilidade dos dados científicos). Em segundo lugar, essa convergência pode passar pela integração de outros fatores legítimos, extracientíficos, que supõe o reconhecimento de particularidades culturais e sociais [...]²⁴.

Não se pode admitir o risco genérico, pois cada setor apresenta o seu risco próprio, ao que salienta Paulo Affonso Leme Machado — "o risco ou o perigo serão analisados conforme o setor que puder ser atingido pela atividade ou obra projetada"²⁵.

Percebe-se que o princípio da precaução dever ser aplicado quando houver perigo para o meio ambiente, como sublinham Édís Milaré e Joana Setzer:

[...] o princípio da precaução deve ser seguido por todos aqueles que adotam uma decisão relacionada à atividade que se suponha possa comportar razoavelmente um perigo grave para a saúde ou para a segurança das gerações atuais e futuras, ou para o meio ambiente [...]²⁶.

Resulta claro que não se pode conceber o princípio da precaução como fator de engessamento do desenvolvimento nacional, conforme bem ressaltado por Guy Canivet na doutrina francesa

[...] o princípio da precaução não degenerará em fator de paralisia e em catalisador de meios não razoáveis, sob condição de que se desenvolva uma

cultura de risco assumida com clareza e debate democrático [...]²⁷.

Na mesma linha a advertência de Cass R. Sunstein — "o princípio ameaça ser paralisante, proibindo regulação, inação e mesmo ações intermediárias"²⁸ —, a provocar o comentário de Reinaldo Pereira e Silva:

O autor é crítico da 'concepção forte do princípio da precaução', que, diante da incerteza dos riscos, exige a adoção de medidas proibitivas, posto que provisórias [...]²⁹.

Ainda sobre a posição de Cass Sunstein, Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz ver que:

[...] há teóricos que se debruçam sobre o problema de pesquisar o ponto prudencial de equilíbrio que explique e justifique o princípio da precaução, como o faz o Prof. Cass Sustein, que, examinando as questões da precaução e da racionalidade, toma como ponto de partida este paradigma, que em inglês se difundiu como Precautionary Principle, por entender que se trata de um tema focal para refletir sobre as questões relativas à saúde, ao medo, ao perigo, à segurança e ao meio ambiente e, ainda, sobre as decisões tomadas individual e coletivamente em condições de risco e de incerteza [...]³⁰.

Na tentativa de obstar a aplicação do princípio da precaução de maneira ilegítima, a doutrina comumente indica, na mensuração do risco, a ponderação norteadas pelo princípio da razoabilidade. Como o faz Paulo Affonso Leme Machado:

[...] a situação de risco pode não estar plenamente delineada, mas sua percepção, ainda que imprecisa, deve ser mostrada com razoabilidade, evitando-se caminhar no terreno do imponderável. Deve-se evitar a arbitrariedade nas

²³ MOTA, Maurício. Princípio da precaução no Direito Ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, out./dez. 2006, p. 247.

²⁴ MACHADO, op. cit., p. 47.

²⁵ Idem. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 105.

²⁶ MILARÉ, Édís; SETZER, Joana. Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica. *Revista de Direito Ambiental*, n. 41, p. 9.

²⁷ CANIVET, Guy. Vers une dynamique interpretative. La charte constitutionnelle em vigueur. *Revue Juridique de l'Environnement*, numero spécial, 2005, p. 13. Tradução Livre.

²⁸ SUNSTEIN, Cass. Para além do princípio da precaução. *Interesse Público*, n. 37, p. 120.

²⁹ SILVA, Reinaldo Pereira e. O princípio da precaução: uma tentativa de delimitação de seu específico âmbito de atuação. In: SILVA, Reinaldo Pereira e. (coord.). *Novos Direitos: Conquistas e Desafios*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 218.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Limites aplicativos do princípio da precaução em matéria ambiental. In: MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da. *O novo direito administrativo ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deviller*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 307.

decisões que ordenam o princípio da precaução. O princípio é aplicável nos casos de risco, o qual não tenha sido ainda completamente demonstrado, desde que não esteja fundado em simples hipóteses cientificamente não verificadas, mas as medidas preventivas podem ser tomadas, ainda que não subsistam incerteza científicas [...]³¹.

Tal o ideário acolhido pelo Decreto 5.705/2006, que veicula o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica, o qual, por sua vez, regula da seguinte forma a questão:

[...]

3. A avaliação de riscos deverá realizar-se de maneira transparente e cientificamente sólida e poderá levar em conta o assessoramento especializado de organizações internacionais relevantes e diretrizes por elas elaboradas. 4. A falta de conhecimento científico ou de consenso científico não será necessariamente interpretada como indicativa de um nível determinado de risco, uma ausência de risco ou de risco aceitável [...]³².

Daí a síntese de Manuel Gros: "[...] alguma precaução na utilização do princípio da precaução"³³.

Juarez Freitas alerta para o perigo do uso demasiado do princípio da precaução, cuja ocorrência pode ser tão gravosa quanto a omissão estatal no seu manejo. Assim:

A própria precaução, se e quando ruinosamente inflacionada, revela-se fator imobilizante que gera o pecado da omissão, em vez de vencê-lo. Precaução em demasia é não-precaução. [...] o Estado precisa agir com precaução, na sua versão balanceada, apenas quando tiver motivos idôneos a ensejar uma 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 de precaução [...]³⁴.

A possibilidade de existência do risco não impõe a paralisação da atividade, mas, sim, a adoção das medidas estritamente necessárias à tutela do meio ambiente, conforme espousa Paulo de Bessa Antunes:

O princípio não determina a paralisação da atividade, mas a adoção dos cuidados necessários, até mesmo para que o conhecimento científico possa avançar e a dúvida ser esclarecida [...]³⁵.

Qualquer interpretação em sentido contrário implicaria violação ao princípio constitucional da proporcionalidade, como se demonstrará adiante, com arrimo na lição de Paulo Affonso Leme Machado:

O princípio da precaução, abraçado pelo Brasil com a adesão, ratificação e promulgação das Convenções internacionais mencionadas, com a adoção do art. 225 da CF e com o advento do art. 54, § 3º, da Lei n. 9.605/1998, deverá ser implementado pela Administração Pública, no cumprimento dos princípios expostos no art. 37, *caput*, da CF [...].

3 Planejamento estatal e princípio da precaução: em busca de uma relação harmônica

O planejamento "determinante para o setor público" (CR/1988, art. 174) é o de sua utilidade para o manejo da administração responsiva e de resultados, no estado democrático de direito. Traduzindo este, como traduz, a contemporânea versão do estado servidor e regulador, é de exigir-se que todos os seus Poderes, órgãos e agentes estejam persuadidos de que devem respostas e satisfações à sociedade civil. Ou seja, esta é a titular do Poder Político de decidir sobre os seus próprios destinos, incumbindo àqueles realizá-los na conformidade das opções da sociedade, na medida em que harmonizadas com a ordem jurídica constitucional e os direitos fundamentais que prescreve.

Em outras palavras, os planos de ação governamental não são concebidos, como outrora, para atender aos desígnios das autoridades estatais. Estas devem colher os reclamos legítimos da sociedade e atendê-los. Daí a visceral importância

³¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de risco. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 856, fev. 2007, p. 45.

³² BRASIL, Decreto nº 5.705/2006. Anexo III do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica.

³³ GROS, Manuel. Le réquisitoire. *Revue du droit public & de la science politique em France et à l'étranger*. Paris: LGDJ, n. 3, 2002, p. 823. Tradução livre.

³⁴ FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso de inoperância. *Interesse Público*, n. 35, p. 39.

³⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 37.

de elos permanentes e hábeis de comunicação entre a sociedade e o Estado, de sorte a que este absorva os comandos daquela e os implemente no que consensuais. O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos consagrados na Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais. Ser-lhe fiel é o dever jurídico indeclinável do Estado.

Essa fidelidade há de estar presente em todos os níveis do planejamento. Cada plano de ação governamental deve ser uma resposta à efetivação dos direitos fundamentais e do respeito à dignidade humana que os inspira. Se assim não for, não haverá estado democrático de direito, nem a administração responsável e de resultados que lhe deve corresponder.

Nada obstante, há uma condição cultural, em seu sentido sociológico, para que assim ocorra: a sociedade brasileira há de emancipar-se da polarizada relação entre tutores e tutelados, que caracteriza a cultura nacional desde o seu berço colonial. Entendendo-se por tutor todo aquele que ocupe posição de prestígio e poder na hierarquia social — seja qual for a natureza dessa hierarquia — e por tutelado todo aquele que se sirva do tutor para obter vantagem ou proteção de qualquer sorte.

Não seria necessária maior digressão para perceber-se como essa relação compromete a emancipação da sociedade brasileira; basta lembrar os critérios segundo os quais grande número de candidatos se eleger, por prometer vantagens e ganhos pessoais a seus eleitores (material de construção, empréstimos, empregos, cargos, apadrinhamentos, atendimentos pelos serviços públicos etc.). O socialmente patológico dessa relação está em que o tutor compraz-se em ser tutor e o tutelado anseia por encontrar o seu tutor e permanecer como tutelado. Em outras palavras: não há espaço para o mérito nessa relação, só para o interesse egoístico. Logo, tampouco há real preocupação em controlar e avaliar resultados, com o fim de dar-se início a novo ciclo virtuoso de gestão mediante a correção de erros acaso cometidos no planejamento da ação anterior, na medida em que esses erros refletem aqueles interesses personalistas e partidários.

O planejamento deve apresentar-se como o primeiro passo do ciclo da gestão, em sua acepção técnico-administrativa de gerir meios para a consecução de resultados do interesse da organização, seja esta uma sociedade empresarial privada (movida

pelo lucro que a mantenha) ou uma entidade pública (impulsionada pelo interesse público que lhe cumpre atender). Lançando olhar prospectivo sobre o conceito, o saudoso Peter Drucker vaticinava que

O centro de uma sociedade, economia e comunidade modernas não é a tecnologia, nem a informação, tampouco a produtividade. É a instituição gerenciada como órgão da sociedade para produzir resultados. E a gerência é a ferramenta específica, a função específica, o instrumento específico para tornar as instituições capazes de produzir resultados. Isto, porém, requer um novo paradigma gerencial final: a preocupação da gerência e sua responsabilidade é tudo o que afeta o desempenho da instituição e seus resultados, dentro ou fora, sob o controle da instituição ou totalmente além dele [...] ³⁶.

Transplantado o conceito para a seara jurídica comprometida com a sustentabilidade como direito fundamental universal — tal como o coloca o art. 225 da vigente Constituição da República —, caberia como luva a lição deixada pelo não menos saudoso García de Enterría, em livre tradução, acerca do controle da discricionariedade administrativa no estado democrático de direito:

O essencial da discricionariedade é o que, com elogiável precisão, diz a exposição de motivos da Lei da Jurisdição do Contencioso Administrativo espanhol, de 1956: a discricionariedade “surge quando o ordenamento jurídico atribui a algum órgão competência para apreciar, em uma dada hipótese, o que seja o interesse público”. Assim, todo poder discricionário deve haver sido previamente atribuído pelo ordenamento. Não há, por conseguinte, discricionariedade na ausência ou à margem da Lei.

Tampouco, em caso algum, a discricionariedade pode equiparar-se à Lei ou pretender substituí-la. Essa é a razão pelo qual nunca se pode intentar aplicar à discricionariedade a irresistibilidade (hoje já relativa) própria da Lei, ou o valor desta como expressão da “vontade geral”. Por ampla que seja, qualquer discricionariedade sempre será um *quid aliud* em face da Lei, como qualquer outro produto administrativo, e estará por isto submetida plenamente à Lei e ao Direito.

O controle judicial da discricionariedade é sempre um controle dos elementos regradados conferidos pela potestade correspondente. Esses

³⁶ DRUCKER, Peter. *Desafios Gerenciais para o Século XXI*, trad. Nivaldo Montingelli Jr. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001, p. 41.

elementos podem ser muitos, mas alguns devem estar presentes necessariamente: a existência da potestade, a sua concreta extensão e a realidade dos fatos que legitimam a sua aplicação ou em razão dos quais se põe em marcha a competência, o procedimento, a finalidade, o fundo parcialmente regrado.

Acerca da finalidade, convém assinalar de modo especial que nossa Constituição é provavelmente a única que elevou ao nível constitucional o princípio do controle preceptivo e geral da finalidade pelo juiz, em seu art. 106.1 (“Os Tribunais controlam a potestade regulamentadora e a legalidade da atuação administrativa, bem como a submissão desta aos fins que a justificam”).

Por isto que não me parece censurável o anseio de tornar precisos e matizados esses controles, anseio que se encontra generalizado por toda parte, e não creio que se possa supor que implique um desdém das necessidades da política. Ocorre que os juristas se ocupam do direito e não da política (embora não deixe de haver, e não é mal por si só que assim ocorra, juristas que fazem política e políticos que tentam intervir no direito, com certa frequência), e a relação entre essas duas realidades formidáveis é a que estabelece a Constituição, por si mesma uma norma jurídica e política.

Especial atenção deve prestar-se ao controle através dos princípios gerais de direito, dentre os quais o da interdição da arbitrariedade dos poderes públicos, que, nada obstante conte com explícita referência constitucional (art. 9.3), suscita algumas reservas em razão de sua suposta imprecisão.

A técnica dos princípios gerais de direito, ao lado de seu inerente valor em todo o âmbito jurídico como técnica de superação do positivismo legalista, que pretende reduzir todo o direito a uma simples exegese das leis escritas, tem conhecido um desenvolvimento espetacular no direito público.

No direito constitucional resulta óbvio do espetacular desenvolvimento da justiça constitucional e da concreção definitiva desta nos problemas da constitucionalidade material, e não meramente formal, das leis, contrastadas com valores constitucionais de fundo, atuando como verdadeiros princípios gerais..., ao que se extrai da contribuição dos princípios gerais do direito na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia... No direito administrativo, a generalidade da doutrina e da jurisprudência os utiliza... Não seria demasiado destacar a doutrina italiana, que, embora pressionada por forte influxo positivista, nunca excluiu a utilização dos princípios (basta citar a casuística sobre os vícios dos atos discricionários em torno do conceito de excesso de poder – *excesso di potere*), que evoluiu da década de 1950 para a de 1990 com um renovado entusiasmo principiológico, do que é exemplo o valioso livro de

F. Manganaro, *Princípio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, 1995.

Essa peculiar fonte do direito se generaliza e se expande na jurisprudência do Conselho de Estado francês, a partir do segundo pós-guerra, como técnica de controle da Administração e de sua atuação discricionária (Jeanneau, 1954, e Rivero, 1951, sistematizaram a então grande novidade, que desde então não cessa de desenvolver-se e afirmar-se definitivamente).

O Conselho de Estado manteve essa posição na Constituição da V República, de 1958, aplicando-a em questões essenciais: na validade dos regulamentos autônomos diretamente ordenados pela Constituição, e nos quais não seria possível reprovar contravenção à Lei, mas, sim, aos princípios gerais do direito. E, mais espetacularmente ainda, na hipótese do art. 16 dessa Constituição, na assunção, pelo Presidente da República, de todos os poderes em situações de emergência, afirmando que tal situação excepcional (similar à do famoso art. 48 da Constituição de Weimar, que consagrava a “ditadura constitucional” do Presidente, na famosa caracterização de Carl Schmitt, e que foi o artigo sobre o qual Hitler fundou o seu poder) não exime o Presidente da observância dos princípios gerais do direito, posição com base na qual o Conselho de Estado não hesitou em anular uma condenação de morte – já transitado em julgado e pendente de execução – por um tribunal de exceção criado por norma ditada pelo General de Gaulle no uso desses poderes, por entender o Conselho de Estado, em 1962, que tal norma (*ordonnance*) violava aqueles princípios gerais.

A Lei espanhola da jurisdição do contencioso-administrativo acolheu resolutamente essa corrente ao substituir a expressão “infração do ordenamento jurídico” pela tradicional expressão “infração da lei”, esclarecendo, na Exposição de Motivos, que “o jurídico não se encerra e se circunscreve às disposições escritas, mas estende-se aos princípios e à normatividade imanente da natureza das instituições”.

A Constituição de 1978 instala uma jurisprudência de valores, entre os quais qualifica de superiores todos os direitos fundamentais – a liberdade, a igualdade (art. 1.1) –, além da justiça em si. Há um mandato outorgado a todos os poderes públicos, e, portanto, ao juiz, para tornar esses valores “reais e efetivos”, e de “remover os obstáculos que impeçam ou dificultem a sua plenitude” (art. 9.2). Por outro lado, a Constituição formula expressamente princípios, assim chamados (art. 9.3) os que reúne em enumeração própria ou os dispersos pelo texto constitucional, aos quais atribui pleno valor normativo, como o Tribunal Constitucional cuidou de estabelecer desde a sua primeira declaração de inconstitucionalidade,

de 2 de fevereiro de 1982 (“valor aplicativo e não meramente programático”).

O princípio de interdição da arbitrariedade dos poderes públicos é um desses princípios constitucionais do art. 9.3 e se dirige diretamente ao núcleo central dos poderes discricionários. Assim foi formulado pela Constituição e como tal vem sendo aplicado pela jurisprudência e interpretado pela doutrina. Mas jurisprudência e doutrina nunca fizeram desse princípio um princípio aberto, informal ou puramente estimativo em sua aplicação, de modo que por sua só invocação o juiz pudesse decidir sobre a sua incidência no caso concreto; pelo contrário, o reduziram sempre, como ocorre com todo conceito jurídico, a técnicas precisas, que se concretizam em uma série de princípios gerais de direito, perfeitamente caracterizados e delineados: desvio formal de poder, falta de motivo ou fundamento suficiente, proporcionalidade, apreciação inexata dos elementos de fato de que parte a análise do caso, boa fé, manipulação dos meios elementares de vida como instrumento coercitivo etc.

Ultimamente, se pretende reduzir todas as formas de arbitrariedade ao *standard* da razoabilidade. Em qualquer caso, importa notar que a sentença que syndica uma arbitrariedade deverá utilizar princípios auxiliares para chegar a um *topos* jurídico identificável, como é comum, por sinal, a todos os princípios gerais de direito, que de nenhum modo são a expressão ou o instrumento do *iudex rex*, mas, bem ao contrário, constituem uma via estreita para articular cada caso no complexo do sistema jurídico (por isto são princípios gerais, e não a suposta justiça do caso concreto; por isto são do direito, isto é, princípios técnicos e não morais). É, portanto, completamente inexato que o uso da técnica dos princípios gerais do direito conduza diretamente ao decisionismo judicial desnudo; a proposição correta é a oposta.

Quando o juiz reprova a arbitrariedade da Administração não o faz de modo estimativo e por simples convicção subjetiva, de maneira a limitar-se a uma censura abstrata, sem contornos precisos; isto seria ativismo judicial. Ao contrário, está aplicando a lei e o direito, e nesse caso nada menos do que a Constituição, e o faz precisamente usando uma técnica objetivada para os juristas, a técnica dos princípios gerais do direito, que o obriga a uma vinculação imediata aos fatos do caso e a uma fundamentação que se decompõe em valores jurídicos identificáveis, de modo algum a enunciados puramente retóricos.

No mundo anglo-saxão se tem percebido que é justamente o desenvolvimento das técnicas de controle jurídico da discricionariedade (não unicamente da discricionariedade administrativa, também e talvez especialmente a do legislador em

face da justiça constitucional) aquela que tem levado ao desenvolvimento uma concepção mais extensa e aberta do direito, compreendendo princípios tanto como normas, citando-se nesse sentido o importante exemplo de Ronald Dworkin e de Nonet e Selznick. Esse desenvolvimento implica uma completa revisão da ideologia e da metodologia jurídica. Assim tem ocorrido também em França, com o Conselho de Estado, muito menos legalista ou positivista do que a do Tribunal de Cassação, e de fato, em alguma medida, tem transmitido a este uma visão aberta do direito.

Em definitivo, o controle judicial da discricionariedade, em particular o controle que abre – e obriga – o princípio constitucional da interdição da arbitrariedade, não significa abrir a possibilidade de uma livre estimação pelos juízes, alternativa às estimativas discricionárias que à Administração incumbe com apoio legítimo na lei, nem pressupõe que se ignore a função política que, nos limites do conjunto constitucional de poderes, corresponde a esta. O controle judicial da discricionariedade deve efetivar a norma, não menos constitucional, da vinculação da Administração à lei e ao direito - conceito que por si só remete aos princípios gerais -, assim como o controle fundado na interdição da arbitrariedade dos poderes públicos. Somente como princípios gerais de direito, em sentido rigorosamente técnico, é que podem atuar e ser impostos pelos tribunais de justiça. Não suplanta, portanto, esse controle a função própria dos órgãos políticos e administrativos; cabe ao controle judicial fazer com esses órgãos atuem e se movam dentro do espaço preciso em que a Constituição os situa, que é o espaço delimitado pela lei e pelo direito como essência mesmo do estado de direito.

Os juízes não incorrem, através do manejo desse controle, em qualquer excesso no exercício de sua função. Ao dele fazer uso atuam no mais rigoroso *officium iudicis*, de acordo com o papel que a esse ofício assina a Constituição e de acordo também com o sentido atual, mais depurado, da aplicação do direito e da função judicial.

Carece de sentido ver-se nesse controle, praticado por todas as jurisdições europeias, um atentado à independência e às responsabilidades próprias dos órgãos políticos e administrativos. Do mesmo modo, não se mostra acolhível como argumento o da origem democrática dos agentes públicos. A democracia impõe por si só a exigência de uma objetividade absoluta nas decisões administrativas, que só pelo direito, e não no interesse de qualquer partido, nem de agente algum, pode justificar-se em face do público e sustentar a confiança deste, confiança que é justamente a democracia em ação, como de sua essência mesmo (*Democracia, Jueces y Control de la*

Administracion. Civitas Ediciones, Madri, 5ª edição, 2000, pp 143-153³⁷).

Em outras palavras: a própria discricionariedade administrativa, agora também sujeita a controles — sobretudo pela via da veracidade e da idoneidade dos motivos declaradamente justificadores das decisões administrativas, a ensejar a verificação da razoabilidade e da proporcionalidade de sua conveniência e oportunidade (mérito, ou apreciação subjetiva dos motivos) —, dependerá, para afirmar-se válida (conforme à ordem jurídica) e legítima (harmônica com o interesse público), de planos consistentes e sustentáveis, a amparar as decisões que implementam ou traçam as políticas públicas, não se podendo obstaculizar o desenvolvimento nacional planejado por mera suposições sem qualquer indicativo de verossimilhança, ao argumento de se estar a valer do princípio da precaução.

4 Síntese conclusiva

(i) O princípio da precaução, extraído do art. 225 da CR/1988, vincula-se aos conceitos de afastamento de perigo e de segurança das gerações futuras.

(ii) O estado democrático de direito é o garante da efetivação dos direitos consagrados na Constituição, sejam os individuais, os econômicos, os políticos ou os sociais, por meio de políticas públicas pautadas pelo planejamento da ação estatal.

(iii) De modo a não inviabilizar o desenvolvimento nacional sustentável, como, por exemplo, a descoberta de novas tecnologias, há que se compatibilizar a existência do mencionado princípio com os demais, impedindo-se o “medo” desprovido de qualquer indicio de plausibilidade que impeça o desenvolvimento planejado.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CANIVET, Guy. Vers une dynamique interpretative. La charte constitutionnelle em vigueur. *Revue Juridique de l'Environnement*, numero spécial, 2005.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ENTERRÍA, Garcia de. *Democracia, Jueces y Control de la Administracion*. 5. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

FREITAS, Juarez. Princípio da precaução e o direito fundamental à boa administração pública. *Revista de Direito do Estado*, ano. 2, n. 7, jul./set. 2007.

_____. Princípio da precaução: vedação de excesso de inoperância. *Interesse Público*, n. 35.

_____. *Sustentabilidade – Direito ao Futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GENEROSO, Francisco Chaves. Acesso à justiça ambiental: a liminar na ação civil pública e os princípios da prevenção e da precaução. In: BARDINI, Luciano (coord.). *Meio Ambiente*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GROS, Manuel. Le réquisitoire. *Revue du droit public & de la science politique em France et à l'étranger*. Paris: LGDJ, n. 3, 2002.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. Le principe de precaution. Disponível em: <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004000402/0000.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. O princípio da precaução e a avaliação de risco. *Revista dos Tribunais*, ano 96, v. 856, fev. 2007.

MEIRELLES, Elizabeth de Almeida. O princípio da precaução e o aporte de Guido Fernando Silva Soares. In: CASELLA, Paulo Borba; CELLI JUNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth de Almeida; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot (orgs.). *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade: Guido Fernando da Silva Soares (amicorum discipulorum liber)*. São Paulo: Atlas, 2008.

MILARÉ, Édís. *Direito do Ambiente*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁷ ENTERRÍA, Garcia de. *Democracia, Jueces y Control de la Administracion*. 5. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, pp. 143-153.

____; SETZER, Joana. Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica. *Revista de Direito Ambiental*, n. 41.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Limites aplicativos do princípio da precaução em matéria ambiental. In: MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da. *O novo direito administrativo ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deville*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOTA, Maurício. Princípio da precaução no Direito Ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, out./dez. 2006, p. 247.

PORTO, Sergio Gilberto; PORTO, Éderson Garin. A concordância prática entre os princípios da proteção ambiental, precaução e desenvolvimento sustentável (da possibilidade jurídica de implantação de residências unifamiliares em área de proteção ambiental). *Revista Jurídica Empresarial*, ano. 1, n. 4, set./out. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Reinaldo Pereira e. O princípio da precaução: uma tentativa de delimitação de seu específico âmbito de atuação. In: SILVA, Reinaldo Pereira e. (coord.). *Novos Direitos: Conquistas e Desafios*. Curitiba: Juruá, 2008.

SUNSTEIN, Cass. Para além do princípio da precaução. *Interesse Público*, n. 37.