

GABRIEL DE JESUS TEDESCO WEDY

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRECAUÇÃO COMO INSTRUMENTO
DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE E DA SAÚDE PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

Porto Alegre

2008

GABRIEL DE JESUS TEDESCO WEDY

**O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRECAUÇÃO COMO INSTRUMENTO
DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE E DA SAÚDE PÚBLICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Aprovado em de de 2008.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juarez Freitas

Prof. Dr.

Prof. Dr.

*Dedico este trabalho aos meus pais, Delio e Irumar;
Aos meus irmãos, Miguel e Ângelo;
Aos meus avós, Garibaldi e Haydée (in memorian)
e Ruy (in memorian) e Maria (in memorian);
Ao meu sobrinho e afilhado, o pequeno Antônio.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente ao meu orientador professor doutor Juarez Freitas pela amizade e extrema dedicação na orientação. Agradeço também ao professor doutor Vladimir Passos de Freitas pelo incansável auxílio na elaboração desta dissertação de mestrado. Agradeço aos meus colegas da magistratura federal e ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região pelo apoio e incentivo. Meus agradecimentos aos professores e colegas do Curso de Mestrado em Direito da PUC-RS pelo estímulo e aprendizado.

“How do human beings and their governments approach worst-case scenarios? Do they tend to neglect them or do they give them excessive weight? Whatever we actually do, how should we deal with unlikely risks of catastrophe?”

Cass R. Sunstein, in Worst- Case Scenarios, 2007

RESUMO

A presente dissertação de mestrado aborda o princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. São analisadas neste trabalho a base legal e evolução legislativa do princípio no plano internacional e no plano constitucional e infraconstitucional brasileiro. Posteriormente, pretende a elaboração de um conceito razoável do princípio da precaução levando em consideração os seus elementos constitutivos. É feita uma análise da crítica formulada ao princípio pela doutrina, após a abordagem dele em cotejo com a causalidade natural e jurídica. A dissertação analisa a implementação do princípio pelo Poder Judiciário, a partir de uma ótica atenta ao princípio da proporcionalidade e aos direitos sócio-ambientais. É abordada a responsabilidade civil do Estado por danos causados quando da aplicação excessiva ou inoperante do princípio. Por fim, faz uma análise da implementação do princípio da precaução no Mercosul mediante o estudo da legislação de regência e de casos práticos.

Palavras-chave: risco - princípio da precaução - saúde pública – meio ambiente

ABSTRACT

This dissertation is about the constitutional principle of the precaution as a protection instrument of the environment and public health. In this piece of work the legal base and legislative evolution of the principle in the international plan has been analyzed as well as the Brazilian constitutional and infra-constitutional plan. Afterwards, there is the intention of an elaboration of a reasonable concept of the principle of precaution taking into consideration its essential elements. A formulated critical analysis is made to the principle of the doctrine, after the approach towards comparison to the natural and legal causality. This dissertation analyzes the implementation of the principle by the Judiciary, keeping close attention to the principle of the proportionality and to the environmental rights. It also approaches the responsibility of the State by damages caused in case the principle is not applied or applied in excess or even inoperative. Finally, an analysis is made of the implementation of the principle of the precaution in the Mercosul through the analysis of the governing legislation and practical cases.

Key Words: risk – precaution principle – public health - environment

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: HISTÓRICO, EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E CONCEITO	13
1.1 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO PLANO LEGISLATIVO INTERNACIONAL	13
1.2 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E NO PLANO INFRACONSTITUCIONAL	21
1.3 CONCEITO	24
1.4 DISTINÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO	32
1.5 ELEMENTOS DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	42
1.5.1 Incerteza científica	43
1.5.2 Risco de dano	48
1.5.3 Inversão do ônus da prova	53
2 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: CAUSALIDADE E CRÍTICA	58
2.1 CAUSALIDADE E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	58
2.1.1 Causalidade natural e o princípio da precaução	59
2.1.2 Causalidade jurídica e o princípio da precaução	63
2.2 ANÁLISE DA CRÍTICA AO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	76
3 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A SUA IMPLEMENTAÇÃO	86
3.1 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E DIREITOS SOCIO-AMBIENTAIS: PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE (VEDAÇÃO DE EXCESSO E INOPERÂNCIA)	86
3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL EM FACE DA APLICAÇÃO EXCESSIVA OU INOPERANTE DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	96
3.3 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	105
3.3.1 Análise de leading case do Supremo Tribunal Federal	106
3.3.2 Aplicação do princípio da precaução no âmbito do TRF da 4ª Região	122

4 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO MERCOSUL	129
CONCLUSÃO	140
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	144

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado tem como objetivo a análise do princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. Buscar-se-á abordar o princípio por meio de exemplos oferecidos pela doutrina, pela jurisprudência e por hipóteses criadas que demonstrem quando e em que situações esse princípio deverá ser aplicado.

Pretende-se encontrar a base legal do princípio da precaução mediante estudo de fontes legislativas no plano internacional e interno. A investigação no plano legal se fará dentro de uma perspectiva histórico-evolutiva, para que se possibilite uma melhor compreensão jurídica e política do processo de construção do princípio, sem ignorar a sua faceta econômica, o que facilitará uma abordagem otimizada da matéria.

A partir do estudo acerca do arcabouço legislativo, far-se-á a busca de um conceito razoável do princípio da precaução, analisando a compilação de conceitos formulados pela doutrina nacional e estrangeira. A busca de um conceito razoável desse princípio possui o especial significado de facilitar a sua aplicação.

Procurar-se-á apresentar a distinção existente entre o princípio da precaução e o princípio da prevenção, que muitas vezes são apresentados como sinônimos pela doutrina e pela jurisprudência. Os efeitos práticos dessa distinção serão demonstrados pelo estudo da doutrina e de casos concretos.

Far-se-á abordagem dos elementos que compõem o princípio da precaução: risco de dano, incerteza científica e inversão do ônus da prova. Esses elementos necessitam ser sindicados, pois possibilitam não apenas a identificação e definição precisa do princípio, como viabilizam a sua aplicação. Quanto à inversão do ônus da prova, essa foi inserida entre os elementos do princípio, porque inicialmente não se pode conceber a sua aplicação, a fim de tutelar a saúde pública e o meio ambiente, sem a adoção desse mecanismo, em uma sociedade de riscos em que a desinformação é uma constante.

Será procedida a análise da causalidade em cotejo com o princípio da precaução, porque, em casos de aplicação equivocada, a causalidade deverá ser analisada para que os danos ao meio ambiente e à saúde pública sejam reparados de forma célere e ampla. Neste ponto, será analisada a causalidade natural sob o enfoque do fenômeno físico, da ação e reação, existentes nas leis naturais. A causalidade jurídica será abordada sob o enfoque do

nexo causal e das doutrinas acerca desse princípio, oportunidade em que se pretende eleger a teoria do nexo causal que esteja mais de acordo com a reparação de danos ao meio ambiente e à saúde pública.

Serão expostas as críticas formuladas em doutrina contra o princípio da precaução, que serão analisadas também criticamente, de modo dialético, sem desconsiderar: as probabilidades do dano, a dimensão do dano – incluindo o risco de catástrofe –, a melhor tecnologia disponível e, fundamentalmente, a relação de custo-benefício entre a medida que implementa o princípio da precaução e os seus resultados concretos.

O princípio da precaução, que será avaliado em cotejo com o princípio da proporcionalidade e os seus vetores da vedação de excesso e de inoperância, será abordado, sob a ótica do Direito Constitucional, como um instrumento de tutela de direitos sócio-ambientais. Neste ponto, avaliar-se-á, por um prisma técnico de ponderação de valores, o conflito entre bens e valores tutelados constitucionalmente como o meio ambiente e a saúde pública vs a livre-iniciativa, o desenvolvimento econômico e a propriedade privada.

A responsabilidade estatal, em face da aplicação excessiva ou inoperante do princípio da precaução, será analisada no caso dos danos ambientais especificamente. O estudo abordará a legislação e a doutrina acerca da matéria, inclusive, levando em consideração a evolução da teoria da responsabilidade civil do Estado. Procurar-se-á demonstrar que, nos casos de violação aos vetores do princípio da proporcionalidade, da vedação de excesso e de inoperância, o Estado poderá ser condenado a reparar danos ao meio ambiente e a saúde pública, sob a ótica da teoria da responsabilidade civil objetiva, portanto, sem a necessidade de comprovação de culpa.

O Poder Judiciário brasileiro, quando provocado por ação, constantemente, utiliza juízos de ponderação entre valores aparentemente em conflito, quando da aplicação do princípio da precaução, para se evitarem danos ao meio ambiente ou à saúde pública. Portanto, serão analisados, de forma crítica, um *leading case* do Supremo Tribunal Federal e quatro precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que a aplicação do princípio da precaução foi abordada. É de se ressaltar a importância da análise dos casos de aplicação do princípio da precaução, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, tendo em vista que ele possui forte tradição no trato do Direito Ambiental no Brasil e, também, caracteriza-se como a primeira Corte Federal que instalou uma Vara Ambiental com competência, para processar e julgar, ações envolvendo o Direito Ambiental na América Latina.

O princípio da precaução será analisado no âmbito do Mercosul, que constantemente

depara com danos ambientais transfronteiriços. O livre-comércio perseguido pelo bloco, também depara com riscos de danos ao meio ambiente e à saúde pública dos países-membros, o que torna forçosa a análise da legislação de regência do Mercosul, da doutrina e de célebres casos práticos como o das “papeleras” e da “guerra dos pneus” que envolveram a aplicação do princípio da precaução.

A abordagem do princípio da precaução, de forma crítica, será enfocada a fim de se evitar ao máximo os riscos de dano à saúde pública e ao meio ambiente, sem apego a uma defesa radical do princípio. De outra banda, a presente dissertação, embora acate alguns dos elementos da análise econômica do Direito, como a adoção de uma análise de custo-benefício, não a utilizará como norte nas investigações e abordagens. Objetiva-se, assim, colocar o princípio constitucional da precaução como instrumento efetivo de tutela do meio ambiente e da saúde pública, sem que para isso seja necessário paralisar empreendimentos econômicos, estudos científicos e atividades estatais benéficas à humanidade.

CONCLUSÃO

Ao final da presente dissertação de mestrado, sem a pretensão de esgotar-se o debate acerca do tema, pode se chegar a determinadas conclusões. O princípio constitucional da precaução é um instrumento de tutela efetiva da saúde pública e do meio ambiente e como princípio deve ser observado no Direito brasileiro pelo Estado em suas funções legislativa, executiva e judiciária, estando os particulares, pessoas físicas e jurídicas, também vinculados a sua observância.

O princípio da precaução teve o seu nascedouro no final da década de 60 na Suécia, com a Lei de Proteção Ambiental, e na República Federal Alemã, no início dos anos 70 (Século XX), já denominado com o nome de *Vorsorgeprinzip*. A sua evolução legislativa culminou com a sua definição mais aceita atualmente, que é a exposta pelo princípio 15, constante na Conferência sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, a chamada Rio/92.¹

A conceituação do princípio da precaução deve levar em consideração os seus elementos: risco de dano, incerteza científica e a inversão do ônus da prova. Assim ele deve ser aplicado, quando houver um risco de dano à saúde pública ou ao meio ambiente. Não basta apenas o risco de dano, este deve ser somado a uma incerteza científica constatada. A inversão do ônus da prova compõe o princípio como elemento, pois sem ela o princípio fica inviabilizado na prática, porque, em uma sociedade de riscos, o proponente da atividade potencialmente danosa é quem geralmente possui melhores informações acerca desta e a coletividade, ante a ausência de informações, fica impossibilitada de demonstrar a presença do risco de dano e da própria incerteza científica.

O conceito do princípio da precaução não pode ser dissociado da análise do custo-benefício entre a adoção da medida e os benefícios agregados a ela. No mesmo sentido, o proponente da atividade deve recorrer à melhor tecnologia disponível para evitar os riscos de danos à saúde pública e ao meio ambiente.

O princípio da precaução não se confunde com o princípio da prevenção, pois o

¹ Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. UNITED NATIONS. *Report of the United Nations Conference on Environment and Development: annex 1: Rio Declaration on Environment and Development*. Rio de Janeiro: [1992]. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1 annex1.htm>>. Acesso em: 2 mar. 2006.

princípio da precaução possui como elemento constitutivo a incerteza científica, e o princípio da prevenção, em oposição a certeza científica. Ambos, contudo, visam a afastar o dano em *sentido lato*. O princípio da precaução, porém, visa a afastar o risco de dano, e o princípio da prevenção, o dano propriamente dito. Essa distinção possui efeitos práticos, pois, quando o aplicador do princípio estiver diante de uma incerteza científica, deverá abordar o caso sob uma ótica de precaução, e quando estiver diante de uma certeza científica deverá abordar o caso sob o pálio da prevenção.

As críticas ao princípio da precaução, principalmente, as formuladas por Sunstein, em *Laws of Fear* e *Worst-Case Scenarios*, são procedentes e necessárias quando entendidas como uma espécie de alerta para que, quando da análise do princípio, não se ignore a relação de custo - benefício da medida e não se proceda de modo dissociado de um juízo de avaliação da probabilidade e da dimensão dos danos. Todavia as propostas de Sunstein de criação de versões do princípio da precaução, como um princípio anticatástrofe ou um *Catastrophic Harm Precautionary Principle*, nada mais são do que uma forma de restrição à implementação do princípio da precaução que não satisfazem, porque a adoção dessas propostas não levam em consideração que as catástrofes, principalmente ambientais, acontecem quase instantaneamente, sendo impossível avaliar precisamente a dimensão do risco de dano e a sua extensão. O melhor é adotar a máxima do princípio da precaução “é melhor prevenir do que remediar” (*Better safe than sorry*), pois um pequeno risco de dano pode-se transformar em poucos minutos em uma catástrofe, como foi exemplificado no caso do furacão Katrina.

A investigação da causalidade natural demonstra que a ciência hoje não está baseada em certezas absolutas e, portanto, a causalidade natural está vinculada a juízos de mera probabilidade. Essas meras probabilidades a serem consideradas estão sempre presentes nos elementos do princípio da precaução, em especial, no risco de dano e na incerteza científica. A análise das teorias donexo causal, de grande valia quando o princípio da precaução não for aplicado na medida de evitar o risco de dano, aponta a teoria da causalidade alternativa como a que melhor responde aos anseios de uma dinâmica sociedade de riscos e que proporciona uma reparação mais efetiva aos danos causados à saúde pública e ao meio ambiente.

O princípio da precaução deve ser aplicado, como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública, sempre com a observância do princípio da proporcionalidade e dos seus vetores da vedação de excesso e de inoperância. A ponderação de valores deve ser realizada quando, na aplicação do princípio, estiverem em conflito bens constitucionalmente protegidos. A tutela do meio ambiente e da saúde pública não pode ser levada ao extremo a

ponto de anular bens e valores constitucionalmente relevantes, como a propriedade privada, a livre-iniciativa e o desenvolvimento econômico.

No caso de aplicação por parte do Estado do princípio da precaução, de forma excessiva ou inoperante, causando danos à saúde pública, ao meio ambiente ou a particulares, ele deve ser responsabilizado pelos prejuízos causados. A responsabilização do Estado deve ser analisada pelo prisma da responsabilidade objetiva, como previsto no art. 37, §6º, da Constituição Federal de 1988, porque a teoria da responsabilidade objetiva responde mais satisfatoriamente a uma sociedade que está constantemente gerenciando riscos de danos.

O Poder Judiciário brasileiro está aplicando o princípio da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública e tem identificado com precisão os seus elementos: incerteza científica, risco de dano e inversão do ônus da prova. A atuação do Poder Judiciário tem evitado uma série de danos à saúde pública e ao meio ambiente mediante a aplicação do princípio da precaução valendo-se, especialmente, do elemento da inversão do ônus da prova. Por outro lado, o Estado-Juiz deve policiar-se, a todo o momento, para aplicar o princípio da precaução de forma proporcional e não violar os vetores da vedação do excesso e de inoperância, sob pena de paralisar empreendimentos privados e públicos relevantes, assim como impedir descobertas científicas benéficas à humanidade.

O princípio da precaução é reconhecido no Mercosul pela doutrina mercosulina e por sua aplicação pelo Tribunal *ad hoc* e pelo Tribunal Permanente em laudos arbitrais. No âmbito do Mercosul, o desafio da implementação do princípio da precaução, como instrumento de tutela da saúde pública e do meio ambiente, que precisa ser enfrentado é, justamente, a sua compatibilização com o livre-comércio. Para que isso ocorra, é necessária a observância do princípio da proporcionalidade de forma concomitante com o diálogo das fontes legislativas que afetam o direito interno dos países-membros, sem descuidar as normas, regras e princípios de Direito Internacional. O princípio da precaução deve ser aplicado não como uma forma de protecionismo disfarçado, o que acarretaria um desvio de finalidade mas, exclusivamente, com o fim de tutelar a saúde pública e o meio ambiente.

A importância do princípio constitucional da precaução, na tutela da saúde pública e do meio ambiente, está justamente no fato de que a humanidade jamais poderá relegá-lo ao esquecimento, tendo em vista que as constantes do desenvolvimento econômico, dos avanços tecnológicos e das pesquisas científicas, em especial no campo da saúde pública, oferecem constantes riscos de danos que necessitam ser gerenciados pela aplicação proporcional e responsável do princípio da precaução.