

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE AND STATE CIVIL LIABILITY

Gabriel Wedy¹
Juiz Federal

RESUMO: Neste artigo é abordado o princípio da precaução como instrumento de tutela dos direitos socioambientais, tendo-se presentes os vetores da vedação do excesso e de insuficiência. Posteriormente, é realizada análise científica sobre a aplicação desproporcional do princípio da precaução pelo Estado e a sua responsabilização civil decorrente dos danos ambientais causados.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da precaução; proporcionalidade; dano ambiental; responsabilidade do Estado.

ABSTRACT: *This article is concerned with precautionary principle as a tool to protect social environmental rights. Taking into consideration it is forbidden*

to use precautionary principle in excess or insufficiently. After a scientific analysis is discussed regarding the disproportionate use of the precautionary principle in each state and its civil responsibility towards environmental damages.

KEYWORDS: *Precautionary principle; proportionality; environmental damages; Estate liability*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O princípio da precaução e os direitos socioambientais: princípio da precaução [vedação de excesso e de insuficiência]; 2 Responsabilidade civil do Estado por dano ambiental em face da aplicação excessiva ou insuficiente do princípio da precaução; Conclusão; Referências.

¹ Doutorando e Mestre em Direito pela PUC/RS, Professor de Direito Ambiental na Escola dos Juizes do Rio Grande do Sul [Ajuris] e na Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul [Esmafe/RS], Ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil [Ajufe], Professor convidado no Curso de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Unisinos, Ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul [Ajufers/Esmafe]. Autor do livro *O princípio da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*.

SUMMARY: *Introduction; 1 The precautionary principle and social and environmental rights: precautionary principle [vedação de excesso e de insuficiência] (o que seria isso?); 2 State civil liability for environmental harm due to excessive or insufficient application of the precautionary principle; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é analisar a aplicação do princípio da precaução pelo Estado em cotejo com o princípio da proporcionalidade na esfera ambiental. É fato corriqueiro a aplicação do princípio da precaução no âmbito estatal na esfera dos três Poderes em questões ambientais. O manejo do princípio da precaução pode ter consequências positivas ou negativas, dependendo do modo como é aplicado. Dentro desta perspectiva, pretende-se averiguar o que as doutrinas nacional e estrangeira têm entendido sobre a relação entre o princípio da precaução e o princípio da proporcionalidade na tutela dos direitos socioambientais.

Não se pretende, obviamente, esgotar o debate sobre o assunto, mas, sim, provocar uma reflexão nesta discussão doutrinária que adentra pela seara da aplicação prática do princípio, tendo reflexos sobre o ambiente e a sustentabilidade para além de discussões antropocêntricas ou ecocêntricas. Parece ser tarefa difícil separar a aplicação do princípio da precaução do princípio da proporcionalidade. Será? Isso será discutido no artigo.

O princípio da precaução e o princípio da proporcionalidade serão analisados sob a ótica da teoria geral dos direitos fundamentais. O princípio da precaução, como instrumento de tutela de direitos socioambientais, deve ser avaliado não apenas como mecanismo de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas, talvez, como direito fundamental. É desafio imposto ao operador do Direito procurar garantir a concretização e a máxima eficácia dos direitos fundamentais, abandonando formulações retóricas vazias e pouco úteis. Neste ambiente e cenário é que se abordará o princípio da precaução.

1 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E OS DIREITOS SOCIOAMBIENTAIS: PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO [VEDAÇÃO DE EXCESSO E DE INSUFICIÊNCIA]

O princípio da precaução atua na concretização dos direitos socioambientais, e, por isso, não dispensa o enfoque acerca da multifuncionalidade e classificação dos direitos fundamentais. Ao lado dos direitos fundamentais individuais e

sociais, classificados, respectivamente, como direitos de primeira e segunda geração, evidencia-se, nas últimas décadas, uma nova dimensão de direitos fundamentais, emergidos da crise institucional do Estado Democrático de Direito².

No âmbito supranacional, impõem-se questões que desconhecem fronteiras e demandam o interesse mundial, tais como a proteção ambiental e a manipulação genética. Estes compõem os direitos fundamentais de terceira geração, voltados à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida³.

A necessidade de levar-se em conta o meio ambiente no cenário mundial faz com que os problemas ambientais assumam, então, um caráter universal e sejam concebidos sob o aspecto da interdependência, conforme a Declaração do Rio de Janeiro de 1992 sobre meio ambiente e desenvolvimento. Denota-se, pois, a necessidade de solidariedade, traduzida na restrição de soberanias estatais, fato que se evidencia mediante o desenvolvimento do Direito Internacional e comum.

Assim considerados, os direitos socioambientais podem ser visualizados sob a perspectiva jurídico-objetiva⁴, em se considerando as posições jusfundamentais, a partir da doutrina de Jellinek. Por conseguinte, os Poderes Públicos, para além do dever de resgatar os direitos fundamentais, devem intervir para acondicioná-los, garanti-los e restringi-los, quando necessário à salvaguarda dos valores e interesses comunitários, respeitado o seu núcleo essencial⁵.

Diante da sua dimensão axiológica, esses direitos não permitem valoração exclusiva sob a ótica do indivíduo e do seu *status* perante o Estado, porém devem ser concebidos pelo prisma da comunidade na sua totalidade. Constituem fins

² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, v. 4, 2000. p. 31-2.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 52-3, 55. Paulo Bonavides, por seu turno, aponta ainda a existência de direitos fundamentais de quarta geração que abrangem o direito à democracia, ao pluralismo e à informação (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 570-2).

⁴ Vieira de Andrade assevera que os direitos fundamentais não constituem apenas direitos subjetivos, mas também comportam uma dimensão objetiva, adquirindo relevância igualmente do ponto de vista da comunidade, na qualidade de valores ou fins, a partir de uma dimensão tanto diretiva como prospectiva (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 144-5).

⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 148.

e valores a serem concretizados. Por isso, são aptos para legitimar restrições a direitos subjetivos, contribuindo, de certa forma, para a limitação do conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, desde que resguardado o respectivo núcleo essencial⁶. A dimensão objetiva pressupõe uma denominada eficácia diretiva em relação ao Estado, que se encontra compelido à permanente concretização e realização dos direitos fundamentais⁷.

Em se considerando a perspectiva subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, constata-se uma dupla feição quanto à sua restrição e ao dever de proteção pelo Estado, refletida no princípio da proporcionalidade⁸. Sob o enfoque dos direitos de defesa (ou direitos subjetivos em sentido negativo), configurar-se-ia como limite à restrição o que a doutrina sedimentou como proibição de excesso; em contrapartida, também falharia o Estado quanto ao seu dever de proteção, ao atuar de forma insuficiente, abaixo dos limites mínimos de proteção exigidos pela Constituição⁹.

Concebendo-se que os direitos fundamentais são veiculados, na maioria das vezes, por disposições de baixa densidade normativa, contendo expressões fluidas, ou mesmo polissêmicas, o processo da sua concretização importa na densificação dessas normas, rumo à competente atribuição de sentido.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 105-49, jun. 2005.

⁷ Idem, p. 105-49, principalmente p. 125.

⁸ Ferreira Mendes e Buechele afirmam que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade apresentam exatamente o mesmo sentido. Ver: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999; BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. Bandeira de Mello e Grau defendem que um princípio está contido no outro, embora tenham cada qual um conteúdo específico. Ver: GRAU, Eros Roberto. *O direito e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. Pontes nega um efetivo conteúdo jurídico da razoabilidade, face à fluidez do seu conceito, e defende a preponderância na juridicidade do princípio da proporcionalidade. Ver: PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. Segue-se no presente estudo o posicionamento de Ferreira Mendes e Buechele porque melhor atende aos reclamos da aplicação prática e simplificada do princípio a casos concretos. A propósito, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, segundo notícia Galia, limitou-se diversas vezes a equiparar a proporcionalidade com a razoabilidade, no sentido do que é proporcional não extrapola os limites da razoabilidade. Ver: GALIA, Susana Sbrogio. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 145.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 105-49, jun. 2005, principalmente p. 132.

Atribuindo-se sentido a determinada norma de direito fundamental, o seu âmbito de proteção poderá colidir com outras normas de direito fundamental, que igualmente merecem proteção. Daí resulta a necessidade de restrição aos direitos fundamentais, dado que não se afiguram absolutos e devem coexistir no sistema jurídico, entre si e com outros direitos e bens jurídicos protegidos. Essa ideia traz consigo a noção de que a atividade restritiva deve encontrar barreiras, de modo a não configurar pretexto à aniquilação dos mesmos direitos que exigem a proteção do sistema.

Acerca da possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, valem as considerações referentes à distinção entre regras e princípios, notadamente quanto ao enquadramento das posições de direitos fundamentais em definitivas e *prima facie*. Em se partindo da teoria dos princípios, verificar-se-á que as posições a serem restringidas configuram-se posições *prima facie*, de onde se restringirá não somente um bem protegido, mas um direito garantido por normas de direito fundamental¹⁰.

Temos por limitações a direitos fundamentais as normas constitucionais que restringem posições *prima facie* de direitos fundamentais. Essas normas restritivas de direitos fundamentais, por sua vez, devem ser emanadas da autoridade competente, seja pela atividade legislativa, no que concerne às regras restritivas, seja pela atividade judiciária, quando a autoridade, legitimada pela Lei Maior a estabelecer o controle de constitucionalidade, limita direitos fundamentais de terceiros e outros bens jurídicos de nível constitucional que entrem em colisão¹¹.

O fato de a estrutura da norma de direitos fundamentais comportar a veiculação sob a forma de princípios importa em que os direitos fundamentais podem ser restringidos aos princípios opostos, bem como a sua restringibilidade pode ser limitada. Todavia, se a restrição aos direitos fundamentais ocorre quando, diante do caso concreto, os princípios opostos possuam maior peso que o princípio de direito fundamental em exame, verifica-se que os direitos fundamentais consistem na própria limitação à sua respectiva restrição e restringibilidade¹².

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 267-71.

¹¹ *Idem*, p. 272-75.

¹² *Idem*, p. 286.

A ideia de traçar limites aos limites dos direitos fundamentais foi difundida na doutrina alemã durante a vigência da Lei Fundamental de Bonn¹³. As restrições aos limites dos direitos fundamentais constituem instrumentos normativo-metódicos de aplicação desses direitos, cuja finalidade é garantir o seu caráter vinculante¹⁴. Nessa condição, o princípio da proporcionalidade¹⁵, composto por três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade)¹⁶, é caracterizado pelos seus vetores da proibição de excesso e da vedação à tutela insuficiente do Estado.

Os meios de ação escolhidos pelo Estado têm que corresponder aos fins almejados pela lei e pela Constituição Federal. A máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios não aproveita ao Estado¹⁷. Os meios utilizados pelo Estado não podem ser ínfimos a ponto de nada tutelar e a nenhum fim atingir e nem excessivos a ponto de violar direitos fundamentais. Deve haver, portanto, adequação nos atos da Administração Pública para que haja respeito ao princípio da proporcionalidade.

O Estado, também, seja na sua função administrativa, seja na sua função legislativa, deve agir quando for estritamente necessário. E, sempre quando agir,

¹³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 298.

¹⁴ *Idem*, p. 299.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 74-87: “1. Quanto ao subprincípio da adequação: o meio escolhido deve ser apto à consecução do fim pretendido; 2. Quanto ao subprincípio da necessidade: dentre os meios adequados (segundo o item precedente), deve-se escolher aquele que cause menor restrição a direito, isto é, o meio menos gravoso ao cidadão; 3. Quanto ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito: deve-se considerar a relação precedência de um bem jurídico em detrimento de outro envolvido no processo de ponderação”. Ver também: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 324 e ss.; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 148 e ss.; ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 111 e ss.; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006; STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 79 e ss.; SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.

¹⁷ Ver: MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe: escritos políticos*. Trad. Lívio Xavier. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

deve escolher entre as várias alternativas aquela que afetar o menos possível os direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.

A cláusula da proporcionalidade *stricto sensu* decorre do reconhecimento de que os meios, embora possam ser idôneos para atingir a finalidade pública colimada, podem ser desproporcionais em uma relação de custo/benefício. Como afirmado por Freitas:

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.¹⁸

As medidas de precaução deverão configurar meios hábeis a evitar a situação de risco, porquanto a precaução trabalha na seara das probabilidades. Inexiste a certeza científica de dano, mas a possibilidade de vir a ocorrer demonstra-se plausível. Entre os meios hábeis a evitar o risco de dano, dever-se-á escolher com moderação, optando-se pelos menos gravosos àqueles que terão seus interesses atingidos com a medida, pois precaução também importa agir com moderação¹⁹.

O princípio da precaução deve sempre observar o princípio da proporcionalidade e, obviamente, as cláusulas que dele são corolários. As vedações de excesso e de insuficiência devem estar sempre presentes no manejo do princípio da precaução pelo Estado em suas três funções: administrativa, judiciária e legislativa. Assim, o ato administrativo que deve visar sempre a um fim de interesse público não pode ser excessivo a ponto de mutilar direitos e destruir garantias constitucionais e nem insuficiente a ponto de nenhuma finalidade atingir e nenhum direito tutelar.

Neste sentido, o juiz, ao aplicar o princípio da precaução, não pode tolher de forma infundada empreendimentos privados. O exemplo utilizado por Freitas no já citado artigo²⁰ de proibição de utilização de aparelhos celulares por todos os cidadãos por mera suposição de danos à saúde pela radiação é

¹⁸ FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, ano VII, n. 34, 2006.

¹⁹ MOTA, Maurício. Princípio da precaução no direito ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 4, p. 245-76, out./dez. 2006.

²⁰ Segundo Freitas: “Seria, para figurar outro exemplo, gritante demasia, consoante o atual estado de conhecimentos, cogitar de proibir o uso de celulares simplesmente em função do medo mórbido

elucidativo, porque não há evidências razoavelmente fundadas pela ciência que esses aparelhos, essenciais à vida moderna, causem danos à saúde do usuário²¹. *A fortiori*, não existe fundamento razoável também acerca dos possíveis riscos de danos causados à saúde das pessoas pelos campos eletromagnéticos que caracterizam as torres de telefonia celular²².

Outro exemplo que pode ser dado como uma medida desproporcional tomada pelo Estado-Legislador seria uma lei que impedisse a fabricação, a comercialização e o consumo de refrigerantes compostos por cola (Coca-Cola, Pepsi-Cola, etc.), motivada pelo fato de que supostamente viciam e enfraquecem a estrutura óssea das pessoas. Seria uma medida excessiva adotada pelo legislador e, portanto, desproporcional, porque é voz mais ou menos corrente na medicina que referidos refrigerantes possuem ínfimas substâncias viciantes e passam tão rápido pelo organismo, até serem expelidos, que não chegam a fazer malefícios relevantes ou consideráveis²³.

Ferreira Mendes, ao analisar a aplicação do princípio da razoabilidade, sob a ótica da proibição do excesso, em decisão do egrégio Supremo Tribunal Federal, que restringiu a liberdade de exercício profissional, conclui que:

quanto aos efeitos nocivos de toda e qualquer radiação” (FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. *Revista Interesse Público, Sapucaia do Sul*, ano VII, n. 35, 2006.

²¹ HOONG, Ng Kwan. *Radiation, Mobile Phones, Base Stations and Your Health*. Malásia: Comissão de Comunicações e Multimídia da Malásia, 2003. Ver: Universidade de Brasília. Departamento de Engenharia Elétrica. *Sistemas de telefonia celular: respondendo ao chamado da razão*. Brasília: ACEL, 2005.

²² Ver: MILARÉ, Edis; SETZER, Joana. Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estação de rádio base. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 11, v. 41, p. 6-25, jan./mar. 2006; Buenos Aires: Lexisnexis Argentina S/A, 2007. Na decisão da 5ª Câmara de Apelação da Província de Córdoba, na Argentina, se debateu a possível nocividade de torres de aparelhos celulares à saúde das pessoas. A decisão da referida 5ª Câmara não aplicou o princípio da precaução no caso concreto, sofrendo fortes críticas de Lamberti (LAMBERTI, Alicia Morales. Campos electromagnéticos, poder de policía ambiental y principio precautorio en la reciente doctrina judicial de la provincia de Córdoba. *Revista de Derecho Ambiental*, p. 108-28, jul./sept. 2007.

²³ Estudos realizados nos EUA concluíram que o consumo moderado de fósforo e cafeína, ingredientes presentes em refrigerantes, não contribui para mudanças nas quantidades existentes de cálcio ou perda de massa óssea. Coca-Cola contém 34mg de fósforo por 200mL (porção); o queijo tipo prato possui 543mg de fósforo em 100g. A recomendação do Ministério da Saúde, do Brasil, para a ingestão diária de fósforo para crianças (a partir de 1 ano de idade) e adultos é de 800mg. Gestantes e lactantes (mulheres amamentando) devem aumentar a ingestão de fósforo para 1.200mg por dia, de acordo com as recomendações do Ministério da Saúde, do Brasil. Disponível em: <<http://www.cocacoladobrasil.com.br>> Acesso em: 29 jan. 2008.

Deve-se acentuar que a argumentação desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal não deixa dúvida de que, na espécie, a legitimidade dessas medidas restritivas há de ser aferida no contexto de uma relação meio-fim (Zweck-Mittel Zusammenhang), devendo ser pronunciada a inconstitucionalidade da lei que contenha limitações inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais (não razoáveis). Trata-se, à evidência, de aplicação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no juízo de constitucionalidade.²⁴

O princípio da proporcionalidade, portanto, deve ser aplicado sempre, como afirma Sarlet, “na sua dupla manifestação como proibição de excesso e de insuficiência, tanto no plano da fundamentação quanto na esfera das conclusões”²⁵. O jurista gaúcho, criticando as violações ao meio ambiente em face da ação insuficiente do Estado moderno e da crise de efetividade dos direitos sociais, assinala:

Cumprе assinalar que a crise de efetividade que atinge os direitos sociais, diretamente vinculada à exclusão social e falta de capacidade por parte dos Estados em atender as demandas nesta esfera, acaba contribuindo como elemento impulsionador e como agravante da crise dos demais direitos, do que dão conta – e bastariam tais exemplos para comprovar a assertiva – os crescentes níveis de violência social, acarretando um incremento assustador dos atos de agressão a bens fundamentais (como tais assegurados pelo direito positivo), como é o caso da vida, integridade física, liberdade sexual, patrimônio, apenas para citar as hipóteses onde se registram maior número de violações, isto sem falar nas violações de bens fundamentais de caráter transindividual como é o caso do meio ambiente, o patrimônio histórico, artístico, cultural, tudo a ensejar uma constante releitura do papel do

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 43.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 98, jun. 2005.

Estado Democrático de Direito e das suas instituições, também no tocante às respostas para a criminalidade num mundo em constante transformação.²⁶

Sarlet refere que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a partir da doutrina de Canaris e Isensee, por ocasião da sua segunda decisão sobre o aborto, em maio de 1993, considerou que o legislador, ao implementar um dever de prestação que lhe foi imposto pela Constituição (especialmente no âmbito dos deveres de proteção), encontra-se vinculado pela proibição de insuficiência, de tal sorte que os níveis de proteção (portanto, as medidas estabelecidas pelo legislador) deveriam ser suficientes para assegurar um padrão mínimo (adequado e eficaz) de proteção constitucionalmente exigido²⁷.

Observa-se que o princípio da precaução não pode deixar de ser aplicado pelo Estado sob pena de violação à cláusula de vedação de insuficiência e, de outra banda, não pode ser aplicado indiscriminadamente sob pena de violação à cláusula da vedação de excesso. O Estado, em suas funções administrativas, jurisdicionais e legislativas, deve-se pautar sempre pela moderação e parcimônia em seus atos, sem que isso signifique uma omissão danosa às liberdades públicas e aos direitos fundamentais.

Sem a menor pretensão de se chegar a verdades definitivas, pode-se inferir que o princípio da precaução deve ser aplicado sempre com observância ao princípio da proporcionalidade. Sempre devem estar presente também os vetores do princípio da proporcionalidade da vedação de excesso e de insuficiência, sob pena de empreendimentos públicos ou privados causarem danos, ou potenciais danos, ao meio ambiente por ação e omissão.

Todavia, a mera responsabilização do Estado, em matéria de danos ao ambiente e à saúde pública, se mostra insuficiente. Como é possível reparar a destruição de uma floresta milenar causada por um incêndio? Ou como reparar danos causados a uma população e a diversos ecossistemas por um acidente nuclear?²⁸ Como reparar um grande vazamento de óleo que destrói espécies marinhas muitas vezes perto da extinção? Como é possível reparar a vida de

²⁶ Idem, principalmente p. 114.

²⁷ Idem, principalmente p. 132.

²⁸ Para Beck, “*el error primigenio acerca del contenido de riesgo de una tecnología se encuentra en la singularidad del desconocimiento y minimización de los riesgos nucleares*” (Ver: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Surcos, 2006. p. 83).

pessoas contaminadas com o vírus da Aids por sangue depositado em um banco de sangue público?

Da análise dessas questões pode-se observar que o princípio da precaução deve ser aplicado sempre antes da ocorrência do dano para que o meio ambiente e a saúde pública não sofram sérios riscos. Ademais, nos dias atuais, em que os agentes poluentes e causadores de danos à saúde pública, geralmente potentados grupos econômicos, estão espalhados e são cada vez mais numerosos. O Estado, em contraponto, superada a sua fase meramente formal-ordenadora, deve ser visto hoje, como afirmado por Streck, “como um amigo dos direitos fundamentais” e, para isso, o manejo do princípio da proporcionalidade mediante cláusulas de vedação de excesso e de insuficiência deve sempre estar presente²⁹.

A atividade de ponderação apresenta-se comum à proporcionalidade em sentido estrito e à proibição de excesso e de insuficiência, pois a ponderação de direitos e bens jurídicos em situação de colisão realiza-se pelo princípio da proporcionalidade, notadamente pela sua máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito³⁰.

A ponderação, embora não seja sinônimo de interpretação, corresponde à metódica empregada com o intuito de adotar uma decisão de preferência entre direitos ou bens em conflito, determinando qual direito ou bem prevalecerá na solução da colisão e em que medida³¹.

A ponderação é um elemento do procedimento de interpretação/aplicação de normas, que visa à atribuição de um significado normativo e à elaboração de

²⁹ Segundo Lenio Streck, “o Estado, depois de sua fase absenteísta, em que o Direito tinha uma função meramente ordenadora, pode/deve ser visto, hoje, como amigo dos direitos humanos – fundamentais. Afinal, é no Estado – mormente em países de modernidade tardia – que encontramos as possibilidades do resgate das promessas da modernidade. E é a partir da busca desse desiderato, previsto amplamente no texto compromissário e dirigente da Constituição, é que podem ser encontrados os limites do sentido e o sentido dos limites do Direito Penal, a partir do teorema da proporcionalidade que sustenta (ess)a sua (nova) função no Estado Democrático (e Social) de Direito, em dois pilares: a (ampla) possibilidade de sindicância de índole constitucional não somente das normas penais violadoras da proibição de excesso (*Übermassverbot*), como também das normas penais que violem o princípio da proporcionalidade por proteção deficiente (*Untermassverbot*)” (STRECK, Lenio. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, p. 201-2, mar. 2005).

³⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 144-5.

³¹ *Idem*, p. 140-1.

uma norma de decisão³². Possui relevância em situações de menor densidade normativa, configurando método compatível com a exigência de densificação das normas.

Conforme a teoria estrutural de Alexy, os direitos fundamentais possuem a estrutura normativa de princípios que podem ser cumpridos em diferentes graus, admitindo a possibilidade de colisão dependendo da extensão do seu âmbito de proteção. A “Lei de Colisão”, de Alexy, busca resolver essa situação ao estabelecer, mediante atividade ponderativa, uma relação condicionada de preferências, em que a precedência de um princípio em relação a outros dependerá, no caso concreto, do peso que adquirirão os princípios envolvidos diante de determinadas circunstâncias: “*El principio P1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2 cuando existen razones suficientes para que P1 preceda a P2, bajo las condiciones C dadas en el caso concreto*”³³. Assim, a dimensão de peso equivale às razões para precedência de um princípio em relação a outros.

Do caráter *prima facie* dos princípios, comportando a possibilidade de se realizarem em diferentes graus, segundo as possibilidades jurídicas e fáticas, tem-se que a obtenção de um determinado resultado para um dado caso concreto não significa que este resultado seja definitivo³⁴. Denota-se, pois, que a atividade ponderativa decorre da abertura semântica e da estrutura principiológica dos direitos fundamentais, não conduzindo necessariamente a um único resultado possível no que diz respeito ao conteúdo das normas de direito fundamental, bem assim a sua determinação material na Constituição³⁵.

A ponderação fundamenta, pois, uma relação de preferências condicionadas no sentido de que a justificação para se atribuir um maior ou

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 119-20.

³³ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 90-5 e 157.

³⁴ Isso porque as razões em que se alicerçou podem ser superadas por razões opostas, sob outras condições pertinentes ao caso concreto (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 99). Sob a mesma perspectiva, Guastini visualiza a realização da ponderação entre princípios em conflito, que se encontram em uma relação de antinomia não dirimível pelos critérios usuais destinados à solução dos conflitos entre regras, sendo necessário identificar uma hierarquia axiológica ou móvel na relação valorativa estabelecida pelo intérprete, com base em um juízo de valor (GUASTINI, Ricardo *Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999. p. 167-71).

³⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 525.

menor peso a um princípio jurídico, nesta relação, depende de argumentos específicos, sendo que, por meio da Lei de Ponderação, quanto maior o grau de não realização ou afetação de um princípio, maior deverá ser o grau de satisfação do outro³⁶.

O emprego do princípio da precaução impõe a atividade de ponderação, porque tutela direito fundamental de terceira geração, mas que, nem por isso, se encontra em grau inferior de preferência em relação às demais gerações antecessoras de direitos fundamentais. Além disso, também se insere na terceira geração de direitos fundamentais, como visto, o direito ao desenvolvimento, com o qual o âmbito de proteção do direito fundamental ao meio ambiente pode conflitar, exigindo a justa harmonização desses direitos.

Uma visão multifuncional e contemporânea da dual dimensão objetiva-subjetiva dos direitos fundamentais impõe a busca constante do equilíbrio e ajuste destes direito, sob a égide do binômio liberdade-igualdade³⁷. Tal pode ser aferido pela constatação de que, sem um patamar mínimo a assegurar a dignidade humana³⁸, não se pode falar em qualquer forma de liberdade, senão em um plano meramente abstrato.

Isso implica a necessidade de intercooperação consubstanciada no princípio da solidariedade social. Esse princípio vincula todos os indivíduos, impondo que aceitem a restrição de direitos fundamentais em prol não somente do desenvolvimento social, mas também da garantia das condições necessárias à sua própria subsistência. Nessa balança são sopesados os direitos de terceira dimensão: ao desenvolvimento e ao meio ambiente protegido.

³⁶ Idem, p. 160-1.

³⁷ O Estado encontra-se atrelado ao binômio liberdade-fática/igualdade-fática, conferindo a liberdades formalmente contempladas a condição também de liberdades fáticas, na expressão de Alexy: “*Esto impone, pues, la conclusión de que los derechos fundamentales, si su objetivo es que la personalidad humana se desarrolle libremente, apuntan también a libertades fáticas, es decir, deben asegurar también los presupuestos del uso de libertades jurídicas y, por lo tanto, son ‘normaciones non sólo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente’*” (ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 489).

³⁸ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho: “*Todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 470). Sobre a existência de um mínimo existencial ambiental, ver: MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

O processo de argumentação, então, envolverá a aferição dos elementos do princípio da precaução, de modo que as medidas econômicas necessárias para afastar o risco de degradação ambiental serão proporcionais quando permitirem o diálogo com todos os seguimentos sociais envolvidos. E esse diálogo abrangerá a avaliação científica deste risco, cuja prova deverá ser a mais completa possível, identificando, em cada estágio, mediante todos os meios disponíveis, o grau de incerteza científica³⁹.

Superados os aspectos relativos aos meios adequados e necessários, podem subsistir conflitos envolvendo o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, notadamente entre o direito a um meio ambiente sadio e protegido e o direito ao progresso social que se resolverá pela ponderação. A atividade ponderativa não prescindirá, todavia, da prudência jurídica “delimitação do que seja o conteúdo jurídico da ameaça hipotética mas plausível ensejadora do uso do princípio da precaução”⁴⁰. Essa estimativa trabalhará com os elementos do princípio da precaução na condição de verdadeiros tópicos no processo de argumentação jurídica.

Outrossim, os direitos fundamentais, que compõem as diferentes dimensões, com fulcro no seu aspecto objetivo, não podem ser tomados, do ponto de vista da sua imediata eficácia, de forma absoluta. Porém configuram posições *prima face* que comportam restrição ao limite do seu núcleo essencial. É, então, na busca da justa medida para afastar riscos de dano ao meio ambiente e à saúde pública, sem vedar o desenvolvimento econômico, igualmente objetivo do Estado de Direito e inclinação natural da humanidade, que a ponderação entre a aplicação do princípio da precaução, a tutela do meio ambiente e o direito ao desenvolvimento operarão a atualização de sentido das normas jurídico-constitucionais, importando em interpretação evolutiva ou mutação constitucional⁴¹.

A ponderação de valores, portanto, é um importante instrumento, vinculado ao princípio da proporcionalidade, para a implementação segura do princípio da precaução. A ponderação de valores é fundamental para que o

³⁹ MOTA, Maurício. Princípio da precaução no direito ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 4, p. 245-76, out./dez. 2006.

⁴⁰ *Idem*, p. 245-76.

⁴¹ Sobre limites dos limites dos direitos fundamentais, mutações constitucionais e proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, ver: GALIA, Susana Sbrogio. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

aplicador do princípio da precaução proceda de modo a não violar os vetores do princípio da proporcionalidade – da vedação de excesso e de insuficiência⁴² –, evitando, assim, danos ao meio ambiente e à saúde pública.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANO AMBIENTAL EM FACE DA APLICAÇÃO EXCESSIVA OU INSUFICIENTE DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O princípio da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente deve ser aplicado e implementado pelo Estado de modo a, além de garantir a referida tutela, não causar danos⁴³ quando da sua aplicação. O Estado, ao praticar atos administrativos, legislativos ou jurisdicionais, não pode aplicar o princípio da precaução de forma excessiva ou insuficiente, pois nesses casos poderá causar danos ao meio ambiente que deverão ser reparados.

Todavia, são importantes algumas considerações acerca da evolução da responsabilidade civil do Estado para que se possa abordar com segurança e presteza a sua responsabilização nos casos de aplicação excessiva ou insuficiente do princípio da precaução.

A responsabilidade extracontratual do Estado evoluiu da completa irresponsabilidade para a adoção da teoria do risco administrativo, ou, para alguns, para a teoria do risco integral, em matéria de dano ambiental. Na gênese do direito público vigia a tese da completa e irrestrita irresponsabilidade do Estado⁴⁴, bem demonstrada nas máximas afirmadas: na França, “*Le roi ne peut mal*

⁴² Especificamente sobre a proibição de retrocesso no Direito Ambiental, ver MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴³ Para Fischer, o dano pode ser considerado em duas acepções: vulgar e jurídica. Na acepção vulgar, leva-se em consideração o prejuízo que alguém sofre em sua alma, em seu corpo, ou em seus bens, sem que se questione quem é o autor da lesão resultante. Na acepção jurídica, embora partindo da mesma concepção, ocorre uma delimitação pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio. Observa-se que a diferença capital entre a acepção vulgar e jurídica citadas por Fischer está no fato de que na acepção jurídica está presente o dever de indenizar, em decorrência de violação de norma. Também o autor, à época, fazia referência ao caráter de pena da indenização, o que, hoje, se sabe, superado (FISCHER, Hans Albercht Fischer. *Reparação de danos no direito civil*. Trad. Antônio de Arruda Ferrer Correa. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 7-8). O caráter de pena da reparação ou da indenização pode ser no máximo uma função diminuta da pena, pois a função predominante hoje da indenização ou reparação é justamente a reparação integral do dano não se levando em consideração de forma determinante a função penal do dever de indenizar.

⁴⁴ Segundo George Vedel: “*L'idée selon laquelle la puissance publique doit répondre des dommages qu'elle cause, si naturelle qu'elle nous paraisse, ne s'est pas installée sans rencontrer de résistance. A l'origine elle heurtait*

faire"; e, na Grã-Bretanha, "*The King can do not wrong*". Ademais, na Inglaterra se chegou a afirmar que "aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei" (*quod principi placuit habet legis vigorem*).

Essa teoria passou a perder fôlego, e a lesão ao direito alheio por parte do Estado passou a responsabilizá-lo. Neste sentido, o *Federal Tort Claim Act* (1946) nos Estados Unidos e o *Crown Proceeding Act* na Inglaterra (1947). As teorias publicistas da responsabilização estatal passaram a surgir com base no célebre caso Blanco, ocorrido na França no ano de 1873⁴⁵.

Chegou-se à conclusão, então, de que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados. Duguit ressalta o ocaso da irresponsabilidade do Estado "*puissance publique*" e a sua responsabilização civil em caso de danos causados à esfera juridicamente protegida de outrem⁴⁶.

Com o passar dos tempos e após célebres embates em doutrina, e principalmente em sede de jurisprudência, passou-se a adotar as teorias de responsabilização do Estado, a saber: teoria da culpa administrativa, teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. Mister frisar que as duas últimas teorias se revestem de caráter objetivo, ou seja, exigem apenas a conduta comissiva ou omissiva do agente público e o dano à esfera juridicamente protegida de outrem para que esteja presente o dever de indenizar do Estado.

au prince selon lequel, l'État, étant souverain, ne pouvait mal faire, au moins lorsqu'il agissait pour voie d'autorité" (VEDEL, George. *Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1964. p. 240).

⁴⁵ Nesta feita, como bem lembra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a menina Agnes Blanco, ao atravessar uma rua na cidade de Bordoaux, foi colhida por uma vagonete da Cia Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado o conflito entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo Tribunal Administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2001. p. 514).

⁴⁶ Assinala Duguit: "*On parle, à l'heure actuelle, de la transformation du Droit Public; on a raison. Cette transformation est rapide e profonde; il faudrait être aveugle pour na pás l'apercevoir; et cette transformation, elle apparaît d'une manière particulièrement caractéristique [...] surtout dans la responsabilité de plus en plus grande l'État, reconnue par une jurisprudence constance à propôs du fonctionnement de tous lés services publics*" (DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Costitutionnel*. Paris: Ancienne Libraire Fonemoing e Cie Éditeurs, v. 2, 1928. p. 40).

O Direito pátrio, desde a Constituição Federal de 1946, adota a teoria da responsabilidade objetiva do Estado⁴⁷, porque o princípio da igualdade dos ônus e encargos exige a reparação. Não deve, segundo esse princípio, o indivíduo vir a sofrer as consequências e os prejuízos do dano causado pela atividade ou omissão do Estado isoladamente, devendo ser repartido entre todos o dever de reparar o dano mediante uma reparação oriunda do Tesouro estatal.

O princípio da responsabilidade extracontratual ou responsabilidade objetiva do Estado é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito e está estampado com todas as letras em nossa Carta Política, em seu art. 37, § 6^o⁴⁸. O Poder Constituinte Originário, de 1988, atento à preocupação mundial de proteção ao meio ambiente, à evolução, como ciência, do Direito Ambiental, previu, ao mesmo tempo, a proteção ao meio ambiente, de forma ampla, no art. 225⁴⁹. A Constituição Federal também recepcionou a Lei nº 7.802/1989 e a

⁴⁷ Para Weida Zancaner: “Os danos reparáveis no sistema da responsabilidade objetiva, merecem algumas considerações que os distingam dos danos reparáveis sob a ótica da responsabilidade subjetiva. Os danos reparáveis possuem características distintas conforme sejam provenientes de atividades lícitas ou ilícitas. Os danos decorrentes de atividades ilícitas são sempre antijurídicos e necessitam: a) ser certos e não eventuais; b) atingirem situações jurídicas legítimas, suscetível de configurar um direito. De outra banda, para que os danos provenientes de atividades lícitas possam ser ressarcidos, além das duas primeiras características, devem acumular mais duas: c) anormais e d) especiais. Assim os danos reparáveis em virtude de prática de ilícito devem ser certos, podendo ser atuais ou futuros como os danos ambientais ocasionados por grande vazamento de navio petroleiro que pode afetar as espécies e vegetações marinhas por anos ou décadas. O dano reparável também deve atingir uma situação jurídica legítima, ou seja, atingir um interesse legítimo. Neste caso, por exemplo, teríamos a demissão de servidor público sem o processo administrativo obediente ao *due process of law* e *substantive process of law*. Os danos provenientes de atos lícitos devem obedecer aos dois primeiros requisitos, mas também devem ser anormais, ou seja, meros dissabores ou aborrecimentos da vida cotidiana não geram direito à indenização. Neste caso o juiz, por um julgamento pautado em princípios, valores e regras, definir o que é um dano indenizável e o que é um mero dissabor. O dano ainda deve ser especial, ou seja, atingir a uma pessoa ou a um grupo determinado de pessoas, porque os sujeitos de direito merecem a devida tutela da ordem jurídica. Hoje, contudo, direitos indisponíveis como o direito a um meio ambiente equilibrado, deve receber a tutela jurídica adequada. Ainda, o meio ambiente *per si* pode ser objeto de tutela jurídica para a preservação dele mesmo e das presentes e futuras gerações” (ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 66-7).

⁴⁸ “Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa considerados lesivos ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

⁴⁹ FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 120.

sua regulamentação representada pelo Decreto nº 4.074/2002, que disciplinam a reparação dos danos ao meio ambiente.

Segundo Freitas,

a responsabilidade extracontratual objetiva do Estado ou da Administração Pública é a que, sem cogitação de culpa, acarreta para a Fazenda o dever de indenizar, de modo pleno, o dano material ou moral, ocasionado a terceiro, especificamente por ação de seus agentes, considerados em sentido amplo.⁵⁰

A responsabilidade extracontratual do Estado superou a exigibilidade da prova da culpa na conduta comissiva ou omissiva⁵¹ dos seus agentes para a responsabilização estatal. Portanto, para que esteja presente o dever de

⁵⁰ Idem.

⁵¹ O STF, em seus recentes entendimentos, alterando posição histórica, tem entendido que a responsabilidade do Estado é objetiva, mesmos nos casos de omissão: “RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - MORTE DE INOCENTE CAUSADA POR DISPARO EFETUADO COM ARMA DE FOGO PERTENCENTE À POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL E MANEJADA POR INTEGRANTE DESSA CORPORAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A ação ou a omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. Configuração de todos os pressupostos primários determinadores do reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, o que faz emergir o dever de indenização pelo dano moral e/ou patrimonial sofrido” (RE 603626-AgRg-segundo, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 15.05.2012, Acórdão Eletrônico DJe-113 Divulg. 11.06.2012, Publ. 12.06.2012). No mesmo sentido foi o acórdão relatado pelo Ministro Gilmar Mendes: “Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. A responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do Poder Público. Precedentes. 3. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Enunciado nº 279 da Súmula do STF. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento” (RE 677283-AgRg, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em 17.04.2012, Acórdão Eletrônico DJe-089 Divulg. 07.05.2012, Publ. 08.05.2012).

indenizar, devem estar presentes o dano e o nexos causal sempre vinculados a uma ação ou omissão dos entes estatais.

A Constituição não distingue dano comum⁵² do dano ambiental⁵³. Assim, em caso de danos ambientais, a invocação do art. 37, § 6º, de nossa Magna

⁵² Leciona Vladimir Passos de Freitas que “o dano é a abreviação de *damnum iniuria datum* dos romanos, que consiste, em síntese, em causar prejuízo em coisa alheia, animada, ou inanimada” (PASSOS DE FREITAS, Vladimir Passos de Freitas. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 168). Segundo Sérgio Severo, “o dano, sob o ponto de vista jurídico, é um dos elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil. Para a teoria do interesse o dano é a lesão de interesses juridicamente protegidos” (SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 6). Segundo Aguiar Dias, a unanimidade dos autores convém que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano (DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rev. atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e ampl. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 969). Assinala Daniela Rodrigues que “o dano contra o qual o direito se insurge não é a mera lesão de interesse, mas a lesão de interesse que deve ser evitada, reparada ou restaurada pela ordem jurídica. Ou seja, o dano objeto de reparação é o dano antijurídico e não o mero dano existente no mundo dos fatos ou no mundo das abstrações. Em suma o dano que interessa à responsabilidade civil é o que constitui requisito essencial à obrigação de indenizar e este pode ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial” (RODRIGUEIRO, Daniela. *Dano moral ambiental: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004). STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

⁵³ Quanto ao dano ambiental propriamente dito, Morato Leite faz uma classificação utilizando três padrões. Classifica-o quanto (1) à amplitude do bem protegido, (2) quanto à reparabilidade e ao interesse envolvido e (3) quanto à extensão do dano (MORATO LEITE, José Rubens. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 100). Conclui-se a partir desta distinção que em relação à amplitude do bem protegido o dano ecológico pode ser dano ecológico puro ou dano ambiental *lato sensu*. No caso do dano ecológico puro, o meio ambiente por ter uma conceituação restrita relacionada tão somente aos componentes do ecossistema, excluiria danos ao patrimônio cultural ou artificial. Neste caso, a tutela do meio ambiente seria realizada em relação a alguns componentes do ecossistema, ou seja, o dano juridicamente relevante seria aquele que atingisse diretamente a natureza. O dano ambiental *lato sensu* atingiria interesses difusos da coletividade, incluindo o patrimônio cultural, por exemplo, pichações de obras de Aleijadinho, em Ouro Preto. O dano individual ambiental é aquele que atinge um microbem ambiental individual, ou seja, a propriedade privada de um ente de direito e de forma reflexa o meio ambiente seria atingido, por exemplo, furto de madeira de propriedade privada - uma chácara ou sítio -, em que as árvores derrubadas eram passíveis de proteção por norma de Direito Ambiental. Quanto à reparabilidade e ao interesse envolvido o dano ambiental pode ser de reparabilidade direta ou indireta. O dano ambiental de reparabilidade direta ocorre quando há violação de interesses individuais próprios e individuais homogêneos e que atingem apenas reflexamente o meio ambiente enquanto bem de uso comum do povo. Dessa forma, aquele particular que teve o seu bem privado danificado será individualmente indenizado pelo causador do dano, por exemplo, ato de vandalismo em criatório privado, autorizado pelo Ibama, contra animais ameaçados de extinção. O dano ambiental de reparabilidade indireta ocorre quando há violação de interesses difusos, coletivos e individuais de dimensão coletiva. Neste caso a reparação não visa à satisfação dos interesses do proprietário lesado. Aqui o bem tutelado é o macrobem ambiental diretamente, por exemplo, desmatamento clandestino de grande extensão de Mata Atlântica. Quanto à sua extensão, o dano ambiental pode

Carta é suficiente para que o Estado possa ser demandado por danos causados ao meio ambiente, nos casos em que agir de forma insuficiente ou excessiva. Leme Machado, por sua vez, afirma que “o princípio da precaução deverá ser implementado pela Administração Pública, no cumprimento dos princípios expostos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal”⁵⁴, tendo em vista que o Brasil aderiu e ratificou Convenções Internacionais e inseriu o art. 225 na Constituição Federal que preveem o referido princípio.

O dano ambiental e a sua reparação são também regulados pelo art. 927 do Código Civil e art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981. A Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, define o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações, de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. É essa a definição de meio ambiente que deve ser levada em consideração no momento da reparação dos danos ambientais causados por aplicação excessiva ou insuficiente do princípio da precaução.

A referida legislação ainda definiu o meio ambiente como patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo (art. 2º, inciso I). Neste diapasão, o legislador infraconstitucional previu a responsabilidade objetiva em matéria de danos causados ao meio ambiente, nos seguintes termos:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente (art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981).

ser dano patrimonial ambiental ou dano extrapatrimonial ambiental. O dano patrimonial ambiental é caracterizado pela restituição, recuperação ou indenização do bem ambiental lesado. Analisa-se aqui o bem ambiental em suas versões de macrobem ambiental – de interesse de toda a coletividade – e de microbem ambiental, que diz respeito a um interesse individual e um bem pertencente a este. O dano extrapatrimonial ou moral ambiental é o que consiste na reparação pelo sentimento de dor, perda e sofrimento ocasionado a um indivíduo ou a toda uma coletividade.

⁵⁴ MACHADO, Paulo Afonso Leme. O princípio da precaução e o Direito Ambiental. *Revista de Direitos Difusos*, Organismos Geneticamente Modificados, São Paulo, v. 8, p. 1081-4, ago. 2001.

É de se observar que a legislação constitucional e infraconstitucional de regência bem regulam a matéria e oferecem um meio de se realizar a reparação do dano ambiental nos casos de aplicação excessiva ou insuficiente do princípio da precaução, mediante reparação *in natura* e pagamento de indenização.

A responsabilidade do Estado, por ser objetiva, está fundada no risco. Em relação à divergência doutrinária entre a teoria do risco-criado e do risco integral, em matéria de dano ambiental, observa-se que não há tendência prevalente. Benjamin⁵⁵, Athias⁵⁶, Lyra⁵⁷, Ferraz⁵⁸, Milaré⁵⁹, Silva⁶⁰, Mancuso⁶¹, Rocha⁶², Leme Machado⁶³, Nery Júnior⁶⁴, Jucovsky⁶⁵ e Cavalieri Filho⁶⁶ entendem ser aplicável a teoria do risco integral. De outra banda, Porto⁶⁷,

⁵⁵ BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo Dano Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 3, v. 9, p. 5-52, jan./mar. 1998.

⁵⁶ ATHIAS, Jorge Alex Nunes. Responsabilidade civil e meio ambiente - Breve panorama do Direito brasileiro. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 237-49.

⁵⁷ LYRA, Marcos Mendes. Dano Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 2, v. 8, p. 49-83, out./dez. 1997.

⁵⁸ FERRAZ, Sérgio. Direito ecológico, perspectivas e sugestões. *Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 43-52, 1972.

⁵⁹ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 338.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 215.

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 166.

⁶² ROCHA, Maria Isabel de Matos. Reparação de danos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 5, v. 19, p. 129-56, jul./set. 2000.

⁶³ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 321.

⁶⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e prevenção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 278.

⁶⁵ JUKOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. Estado - Ambiente e danos ecológicos - Brasil e Portugal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 3, v. 11, p. 93-151, jul./set. 1998.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 152.

⁶⁷ PORTO, Mário Moacyr. Pluralidade de causas do dano e redução de indenização: força maior e dano ao meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 638, p. 7-9, dez. 1988.

Passos de Freitas⁶⁸, Mazzilli⁶⁹, Mukai⁷⁰ e Vianna⁷¹ entendem por aplicar a teoria do risco criado ou risco proveito.

Embora ambas as teorias sejam de cunho objetivo, ou seja, não levam em consideração a culpa do causador do dano ou a licitude de sua conduta, a teoria do risco proveito admite causas excludentes da responsabilidade civil⁷²

⁶⁸ PASSOS DE FREITAS, Vladimir. Matas ciliares. In: PASSOS DE FREITAS, Vladimir (Org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, v. 2, 2000. p. 326.

⁶⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses difusos em juízo*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 503.

⁷⁰ MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 65.

⁷¹ VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 110.

⁷² Importante que se faça referência às excludentes do dever de indenizar que interrompem o nexo causal. O nexo causal, ordinariamente, deve ser demonstrado para que esteja presente o dever de indenizar nos casos de responsabilidade objetiva. A regra na teoria da responsabilidade objetiva, que envolve diretamente o dano ambiental, é que a vítima do dano deve demonstrar a ocorrência do dano e o nexo causal para que presente esteja o dever de indenizar. Apenas, por exceção, nos casos de aplicação da teoria do risco integral é que o dever de indenizar estará presente sem a demonstração do nexo causal. Ou seja, em regra, inexistindo a relação de causa e efeito estará ausente o dever de indenizar. No mesmo sentido, por exemplo, naquelas causas que envolvem a responsabilização do empresário, previstas no Código Civil, a inexistência de defeito do produto é causa excludente do dever de indenizar. O caso fortuito e a força maior também são excludentes da responsabilidade objetiva. O caso fortuito é o evento natural, derivado de força da natureza, ou fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto, o ciclone, a tsunami, o temporal etc. Na força maior há um elemento humano a influenciar o evento. Por exemplo, a doutrina entende como caso de força maior a ação de autoridade (*factum principis*), a revolução, o furto, ou o roubo, o assalto ou, noutro gênero, a desapropriação. Eismein, enxerga na força maior o caráter invencível do obstáculo e no caso fortuito o caráter imprevisível (Planiol, Ripert e Eismein. *Traité pratique de Droit Civil*, v. 6, n. 382. Apud STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 173-4 e 184). Para Rui Stoco, embora nítida a diferença entre o caso fortuito e a força maior, os dois eventos correspondem a um só efeito, e nesse sentido foram às previsões dos Códigos Civis de 1916 e 2002. A cláusula de não indenizar também é uma causa excludente da responsabilização civil. Nada obsta que esta cláusula seja adotada no âmbito da responsabilidade objetiva, todavia, se o direito tutelado pela lei que prevê a teoria do risco for de tal monta mais relevante que a simples declaração unilateral da parte de não ser indenizada, sem efeito estará a referida cláusula, sempre dentro de um juízo de ponderação de valores e de proporcionalidade. A culpa exclusiva da vítima é causa excludente do dever de indenizar. É máxima aceita desde o Direito romano: "*Quo quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*". Isto porque a conduta da vítima como fato gerador do dano elimina a causalidade. Com efeito, se a vítima contribui com seu ato na construção dos elementos do dano, por questão de justiça, o Direito não pode ficar alheio a esta circunstância. Assim, a culpa da vítima quebra um dos elos da responsabilidade objetiva, qual seja, o nexo causal (STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 173-4 e 184). O fato de terceiro também afasta o dever de indenizar e é equiparado ao caso fortuito por boa parte da doutrina. Neste sentido, Wilson Melo da Silva chega a afirmar que, *verbis*: "[...] se o fato de terceiro, referentemente ao que ocasiona um dano, envolve uma clara imprevisibilidade, necessidade

como a força maior, o caso fortuito, a ação de terceiro ou até a cláusula de não indenizar. Já a teoria do risco integral não admite as causas excludentes do dever de indenizar. Para essa teoria, basta somente a demonstração donexo causal e a comprovação do dano para que esteja presente o dever de reparar o dano ambiental.

A crítica de Passos de Freitas à teoria do risco integral é elucidativa:

Cogita-se, agora, de estender a responsabilidade do Estado até mesmo a casos de danos não imputáveis a ele. É a teoria do risco social ou do risco integral. Por exemplo, o Estado poderia ser punido por não ter aberto uma estrada em determinado ponto, por força do que um particular veio a atolar seu veículo e sofrer prejuízo financeiro. Seria, todavia, ir longe demais, pois não há limites definidos e poderia levar o Estado à insolvência.⁷³

A adoção da teoria do risco integral é uma temeridade, pois radicaliza no sentido de culpar o Estado a qualquer custo. O ente estatal fica impossibilitado de alegar até mesmo força maior ou caso fortuito – clássicas excludentes da responsabilidade civil – em defesa dos seus direitos. A responsabilidade objetiva por si já é um instrumento de gestão de riscos poderoso, pois permite a responsabilização do agente causador do dano sem prova de culpa. Agravá-la com a impossibilidade de alegação de excludentes da responsabilidade civil é uma causa de desequilíbrio à ordem jurídica causadora de insegurança.

A proteção do meio ambiente, pela aplicação do princípio da precaução, deve ocorrer sem dúvida alguma, mas observando parâmetros éticos razoáveis que permitam que o setor público e o privado possam realizar empreendimentos em benefício da humanidade sem temores injustificados e danosos à liberdade⁷⁴.

e, sobretudo, marcada inevitabilidade sem que, para tanto, intervenha a menor parcela de culpa por parte de quem sofre o impacto consubstanciado pelo fato de terceiro, óbvio é que nenhum motivo haveria para que não se equiparasse ele ao fortuito” (Apud STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 173-4 e 184). Assim nestas situações narradas, que afastam o nexo causal, ficará afastada a responsabilidade objetiva que exige a demonstração do binômio nexocausal-dano para que esteja presente o dever de indenizar.

⁷³ PASSOS DE FREITAS, Vladimir. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 174-5.

⁷⁴ Sunstein refere que: “*Simply because of fear, the public and its leaders will favor precautionary measures that do little to protect security but that compromise important forms of freedom*”. Assim, por causa do medo, o público e os seus líderes vão tomar medidas de precaução e proteger um pouco a segurança,

Ademais, a adoção da teoria do risco integral configuraria a condenação instantânea do réu e, no caso do Estado, levaria por certo ao esgotamento de suas reservas, o que por si só fere de morte o princípio da reserva do possível⁷⁵.

Leme Machado leciona que, em face da necessária adoção do princípio da precaução pela Administração Pública brasileira, ela pode ser corresponsabilizada por danos causados ao meio ambiente e ao ser humano quando o princípio da precaução não for observado:

Contraria a moralidade e a legalidade administrativa o adiamento de medidas de precaução que devam ser tomadas imediatamente. Viola o princípio da publicidade e da impessoalidade administrativas os

mas não comprometer importantes formas de liberdade (SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Press, 2005. p. 205). Acerca do medo como motivador da implementação do princípio da precaução e as suas possíveis consequências nefastas, ver SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Press, 2005. p. 98-108 e 204-23).

⁷⁵ O STJ, contudo, em recente decisão, adotou a teoria do risco integral para reconhecer a responsabilidade do Estado por danos ambientais, em acórdão assim ementado: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS A PESCADORES CAUSADOS POR POLUIÇÃO AMBIENTAL POR VAZAMENTO DE NAFTA, EM DECORRÊNCIA DE COLISÃO DO NAVIO N-T NORMA NO PORTO DE PARANAGUÁ – [...] C) INADMISSÍVEL A EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATO DE TERCEIRO; D) DANOS MORAL E 3) IMPROVIMENTO DO RECURSO, COM OBSERVAÇÃO – 1. Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide. Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio ‘N-T Norma’, a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo Ibama (da data do fato até 14.11.2001); b) Legitimidade ativa *ad causam*. É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aqüicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do Poder Público devido a consequências profissionais do acidente; c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva. A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral. Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. 3. Recurso especial improvido...” [STJ], REsp 1114398, 2ª Turma, Rel. Sidnei Beneti, DJU 16.02.2012].

acordos e/ou licenciamentos em que o cronograma da execução de projetos ou a execução de obras não são apresentados previamente ao público, possibilitando aos setores interessados poder participar do procedimento das decisões [...] Deixa de buscar eficiência a Administração Pública que, não procurando prever danos para o ser humano e o meio ambiente, omite-se no exigir e no praticar medidas de precaução, que, no futuro, ocasionarão prejuízos, pelos quais ela será co-responsável.⁷⁶

Com efeito, o Estado viola o princípio constitucional da moralidade e da legalidade quando não adotar medidas de precaução. Não há nesse ponto como o Estado agir discricionariamente: havendo risco de dano e incerteza científica, o princípio da precaução deve ser aplicado, sob pena de responsabilização estatal no caso da ocorrência de danos ao meio ambiente.

A conduta estatal no trato do princípio da precaução, seja omissiva⁷⁷ ou comissiva, não pode pecar pelo excesso ou pela insuficiência e, conseqüentemente,

⁷⁶ MACHADO, Paulo Afonso Leme. O princípio da precaução e o Direito Ambiental. *Revista de Direitos Difusos*, Organismos Geneticamente Modificados, São Paulo, v. 8, p. 1081-1084, ago. 2001.

⁷⁷ O STJ entendeu, interpretando a norma infraconstitucional, que a responsabilidade do Estado, em casos de omissão causadora de danos ambientais, é objetiva, em acórdão assim ementado: “AMBIENTAL - UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI Nº 9.985/2000) - OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA - TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO - DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO - OMISSÃO - ART. 70, § 1º, DA LEI Nº 9.605/1998 - DESFORÇO IMEDIATO - ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL - ARTS. 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI Nº 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE) - CONCEITO DE POLUIDOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA - LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO - [...] 4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação *in integrum*, da prioridade da reparação *in natura*, e do *favor debilis*, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ. 5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei nº 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um *standard* ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional. [...] 14. No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência). 15. A responsabilidade

causar danos ao meio ambiente⁷⁸, à saúde pública e aos administrados em geral. A Administração, neste caso, deverá ser responsabilizada objetivamente, na forma do art. 37, § 6º, da CF/1988. Como afirma Freitas:

Deve ser amplamente sindicada a conduta estatal (omissiva ou comissiva), com a noção clara de que o princípio da proporcionalidade veda ações excessivas e inoperância. Com tais vetores assentes, força inferir a responsabilidade objetiva e proporcional do Estado no tocante às condutas omissiva (falta de precaução) ou comissivas (excesso de precaução).⁷⁹

Não havendo a aplicação do princípio da precaução, o Estado pode ser responsabilizado de forma objetiva civilmente em face de sua omissão. Por exemplo, o Estado omite-se na fiscalização da comercialização de determinado fertilizante, questionado cientificamente acerca de seus riscos ao meio ambiente,

solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal) não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil). 16. Ao acautelar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental, não se insere entre as aspirações da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado – sob pena de onerar duplamente a sociedade, romper a equação do princípio poluidor-pagador e inviabilizar a internalização das externalidades ambientais negativas – substituir, mitigar, postergar ou dificultar o dever, a cargo do degradador material ou principal, de recuperação integral do meio ambiente afetado e de indenização pelos prejuízos causados. 17. Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial. 18. Recurso especial provido” [ST], REsp 1071741, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 16.12.2010].

⁷⁸ Os danos ambientais, segundo Néstor Cafferatta e Isidoro Goldenberg, podem ser: 1) continuados – originados por uma sucessão de atos de um mesmo autor ou de vários autores, realizados em épocas diversas; 2) de efeitos prolongados – os que permanecem através dos tempos; 3) progressivos – produzidos por uma série de atos sucessivos de uma mesma pessoa ou de pessoas diferentes cuja conjunção provoca um dano maior (CAFFERATTA, Nestor; GOLDENBERG, Isidoro. *Daño Ambiental: problemática de su determinación causal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 73). Exemplo de danos continuados pode ser o de uma fábrica de refrigerantes que despeja dia a dia resíduos poluentes em rio próximo. Quanto aos danos prolongados pode-se referir aos efeitos nocivos da radiação causados à saúde dos seres humanos e ao meio ambiente, que ainda hoje se fazem sentir, nas populações de Hiroshima e Nagasaki no Japão. Em relação aos danos progressivos se pode exemplificar com o caso das indústrias de Cubatão em São Paulo que ao longo de décadas emitiram gases poluentes de forma concomitante naquela localidade.

⁷⁹ FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração*. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 96-110.

o que acaba gerando danos ambientais ao contaminar a água e o solo, e ao vitimar espécies de animais e vegetais.

Aqui, nesse caso, o Estado omitiu-se, ante uma incerteza científica e o risco de dano ao meio ambiente, em face da não aplicação do princípio da precaução. Impunha-se ao Estado não licenciar a comercialização do produto ou retirá-lo imediatamente do mercado. Descumprida essa obrigação imposta pelo princípio da precaução, presente está o dever de indenizar e reparar o meio ambiente.

Todavia, em outros casos, o Estado pode aplicar o princípio da precaução de forma excessiva ao cassar a licença ou autorização de uma fábrica de medicamentos instalada em uma região pobre do País para atender a demanda de sua população por um determinado medicamento genérico, por exemplo, embasado em um falso risco de dano ao meio ambiente ou em uma falsa incerteza científica.

Isso porque o risco-benefício deve ser levado em consideração quando da aplicação da medida. Não se pode ignorar que os benefícios da fabricação de um medicamento mais acessível às populações carentes estão vinculados com o direito constitucional à vida, art. 5º, *caput*, e à saúde, art. 196, *caput*, ambos da Constituição Federal de 1988.

A ausência do risco de dano ambiental, ou risco pequeno ou ínfimo de danos, não pode ter como consequência a paralisação do empreendimento. Essa aplicação excessiva do princípio da precaução, além de causar prejuízos para o proponente do projeto, perda de empregos diretos e indiretos à população local, principalmente, ocasionaria danos à saúde pública local que seria beneficiada com a fabricação de medicamento genérico a um custo mais baixo.

O Estado, quando da realização de suas políticas públicas, deve ter presente que os seus atos e as suas omissões são pautados pelo princípio da precaução. O princípio da precaução deve ser aplicado, sempre que houver uma situação de risco de dano ao meio ambiente somado a uma incerteza científica, proporcionalmente, observados os vetores do princípio da proporcionalidade de vedação do excesso e de insuficiência.

No caso de o princípio ser aplicado de forma insuficiente, o que inclui a sua não aplicação, decorrendo daí danos ao meio ambiente, presente estará o dever de indenizar. Por outro lado, aplicado o princípio pelo Estado de forma excessiva e causando danos ao meio ambiente, à saúde pública ou a particulares, em face dessa aplicação motivada pela falsa ideia de proteção ao meio ambiente, o dever de indenizar também estará presente.

CONCLUSÃO

O princípio constitucional da precaução visa a tutelar direitos fundamentais, entre os quais o do meio ambiente equilibrado. A aplicação do princípio constitucional da precaução deve ocorrer de modo proporcional. É vedado ao Estado-juiz, Legislador e Executor valer-se do princípio de modo insuficiente a ponto de não impedir o dano ambiental. De outro lado, não deve o Estado aplicar o princípio de modo excessivo, baseado no clamor público ou na histeria coletiva, a ponto de inviabilizar o desenvolvimento sustentável, paralisar a economia e impedir que pesquisas e tratamentos contra doenças graves sejam desenvolvidos em face de riscos infundados, de baixa probabilidade e sem qualquer base científica.

O princípio deve ser aplicado tendo-se em vista a sua máxima eficácia para a proteção e concretização dos direitos fundamentais, notadamente o direito ao meio ambiente equilibrado. Não há dúvida, seguindo esta linha de raciocínio, de que a natureza é merecedora de respeito de modo autônomo, como bem referido por Michael Sandel⁸⁰ e Klaus Bosselmann, que enfatiza, além disso, que o reconhecimento do valor moral do mundo natural não indica este como equivalente moral à humanidade⁸¹. A natureza não é mero objeto de uso do ser humano e possui o seu próprio valor moral. O ser humano e os demais seres vivos têm direito ao respeito próprio. A posição kantiana de que o universo moral se divide em termos binários em que existem pessoas, com direito ao respeito, ou coisas, sujeitas ao uso, nada mais é do que uma dualidade equivocada que não atende a uma definição de justiça ecológica.

A aplicação excessiva ou insuficiente do princípio da precaução, por sua vez, leva à responsabilização civil objetiva do Estado pelos danos causados ao meio ambiente ou aos particulares, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

⁸⁰ Entre outros exemplos, Sandel cita como dignas de respeito próprio as antigas sequóias, eventualmente riscadas com desenho de coração por casais de namorados que pagam ingresso nos parques florestais americanos. Ver: SANDEL, Michael. *The case against perfection*. Ethics in the Age of Genetic Engineering. United States of America: Michael J. Sandel, 2007. p. 132. No mesmo sentido, são dignos de respeito os rinocerontes negros, praticamente cegos e indefesos, caçados na África do Sul por milionários ao preço de US\$ 150.000,00, conforme legislação vigente naquele país. Ver: SANDEL, Michael. *What Money Can't Buy*. The Moral Limits of Markets. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012. p. 79-82.

⁸¹ Com efeito, para Bosselmann: “*In doing so, all are carefull to note that recognition of the moral value of the natural world does not indicate moral equivalence whith humanity*” [BOSELMMANN, Klaus. *The principle of sustainability*. Transforming Law and Governance. Farnham: Ashgate Publishing Company, 2009. p. 85].

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ATHIAS, Jorge Alex Nunes. Responsabilidade civil e meio ambiente – Breve panorama do direito brasileiro. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Surcos, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 3, v. 9, p. 05-52, jan./mar. 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CAFFERATTA, Nestor; GOLDENBERG, Isidoro. *Daño Ambiental: problemática de su determinación causal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rev. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, e ampl. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fonemoing e Cie Éditeurs, v. 2, 1928.

FERRAZ, Sérgio. Direito Ecológico, perspectivas e sugestões. *Revista da Consultoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 2, n. 4, p. 43-52, 1972.

FISCHER, Hans Albercht Fischer. *Reparação de danos no direito civil*. Trad. Antônio de Arruda Ferrer Correa. São Paulo: Saraiva, 1938.

FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. *Revista Interesse Público*, Sapucaia do Sul, ano VII, n. 34, 2006.

_____. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração*. Malheiros: São Paulo, 2011.

GALIA, Susana Sbrogio. *Mutações constitucionais e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *O direito e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUASTINI, Ricardo. *Distinguendo: estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. Jordi Ferrer i Beltrán. Barcelona: Gedisa, 1999.

HOONG, Ng Kwan. Radiation, Mobile Phones, Base Stations and Your Health. Malásia: Comissão de Comunicações e Multimídia da Malásia, 2003. *Sistemas de telefonia celular: respondendo ao chamado da razão*. Universidade de Brasília. Departamento de Engenharia Elétrica. Brasília: ACEL, 2005.

JUKOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. Estado - Ambiente e danos ecológicos - Brasil e Portugal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 3, v. 11, p. 93-151, jul./set. 1998.

LAMBERTI, Alicia Morales. Campos electromagnéticos, poder de polícia ambiental y princípio precautório en la reciente doctrina judicial de la provincia de Córdoba. *Revista de Derecho Ambiental*, p. 108-28, jul./sept. 2007.

LYRA, Marcos Mendes. Dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 2, v. 8, p. 49-83, out./dez. 1997.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. O princípio da precaução e o Direito Ambiental. *Revista de Direitos Difusos, Organismos Geneticamente Modificados*, São Paulo, v. 8, p. 1081-1084, ago. 2001.

_____. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe: escritos políticos*. Trad. Lívio Xavier. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Interesses difusos em juízo*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MILARÉ, Edis; SETZER, Joana. Aplicação do princípio da precaução em áreas de incerteza científica: exposição a campos eletromagnéticos gerados por estação de rádio base. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, v. 41, ano 11, p. 6-25, jan./mar. 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MORATO LEITE, José Rubens. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOTA, Maurício. Princípio da precaução no Direito Ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e da proporcionalidade. *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n. 4, p. 245-76, out./dez. 2006.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio ambiente e ação coletiva ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e prevenção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

PASSOS DE FREITAS, Vladimir. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Matas ciliares. In: PASSOS DE FREITAS, Vladimir (Org.). *Direito ambiental em evolução*. Curitiba: Juruá, v. 2, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

PORTO, Mário Moacyr. Pluralidade de causas do dano e redução de indenização: força maior e dano ao meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 638, p. 7-9, dez. 1988.

ROCHA, Maria Isabel de Matos. Reparação de danos ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 5, v. 19, p. 129-56, jul./set. 2000.

RODRIGUEIRO, Daniela. *Dano moral ambiental: sua defesa em juízo, em busca de vida digna e saudável*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SANDEL, Michael. *The case against perfection*. Ethics in the Age of Genetic Engineering. United States of America: Michael J. Sandel, 2007.

———. *What Money Can't Buy*. The Moral Limits of Markets. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

———. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 98, p. 105-49, jun. 2005.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 91, n. 798, abr. 2002.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lenio. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição e excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penas inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXII, n. 97, p. 201-2, mar. 2005.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Press, 2005.

VEDEL, George. *Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 2004.

WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ZANCANER, Weida. *Da responsabilidade extracontratual da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.