

Universidade Federal de Ouro Preto

Núcleo de Pesquisa em Recursos Hídricos
Programa de Pós-Graduação em Sustentabilidade
Socioeconômica Ambiental

Dissertação

Responsabilidade Civil sem dano com fundamento no Princípio da Precaução.

*Alberto Frederico Vieira de Sousa
Gouveia*

Ouro Preto
2019



UFOP

Alberto Frederico Vieira de Sousa Gouveia

**RESPONSABILIDADE CIVIL SEM DANO COM FUNDAMENTO
NO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental, Universidade Federal de Ouro Preto, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental. **Área de Concentração:** Direito e Sustentabilidade Urbana

Orientador: Prof. Dr. Antônio Maria Claret de Gouveia

SISBIN - SISTEMA DE BIBLIOTECAS E INFORMAÇÃO

G719r	<p>Gouveia, Alberto Frederico Vieira De Sousa. Responsabilidade civil sem dano com fundamento no princípio da precaução. [manuscrito] / Alberto Frederico Vieira De Sousa Gouveia. - 2019. 74 f.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Antônio Maria Claret Gouveia.</p> <p>Dissertação (Mestrado Profissional). Universidade Federal de Ouro Preto. Núcleo de Pesquisas e Pós- graduação em Recursos Hídricos. Programa de Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental.</p> <p>Área de Concentração: Políticas Públicas Para o Meio Ambiente.</p> <p>1. Meio ambiente. 2. Política ambiental. 3. Princípio da precaução. 4. Proteção ambiental - Legislação. 5. Precaução (Direito). I. Gouveia, Alberto Frederico Vieira De Sousa . II. Gouveia, Antônio Maria Claret. III. Universidade Federal de Ouro Preto. IV. Título.</p> <p style="text-align: right;">CDU 502.13</p>
-------	---

Bibliotecário(a) Responsável: Maristela Sanches Lima Mesquita - CRB: 1716

Esta dissertação é dedicada a minha família!

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por mais essa conquista.

Ao Professor Dr. Antônio Maria Claret de Gouveia, orientador que apoiou e incentivou meu ingresso e conclusão do Mestrado, sempre acreditando no meu potencial.

Ao meu Pai, Antônio Maria Claret de Gouveia, referência de vida, pelo apoio e dedicação durante todo o Mestrado.

À banca examinadora, pelas críticas que enriquecem a presente pesquisa.

À minha esposa Luiza, com todo meu amor, por nunca me deixar desistir e ao meu filho que está para chegar, incentivo maior para a conclusão dessa Dissertação.

À minha mãe Conceição, irmãs Clarissa, Isabela e Maria Antônia, irmão Samuel, sobrinho Ian, Kerlane pela torcida e crença no meu sucesso, Geraldo pelo apoio e incentivo.

Aos amigos e colegas de curso e trabalho.

RESUMO

Esta dissertação trata da responsabilidade civil sem dano fundamentada no Princípio da Precaução. A pesquisa se justifica pela demanda de ações ambientais com fundamentação jurídica no Artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O método utilizado foi o hermenêutico, contextual e circular. A revisão bibliográfica evidencia o deslocamento da centralidade do dano no instituto da responsabilidade civil, que, sem dano, é conceituada e a sua razão é posta na ilicitude do fato jurídico *lato sensu*. Focalizando as ações que versam sobre a matéria ambiental, a pesquisa localiza no Princípio da Precaução, que institui o dever-direito de cuidado, fundamento bastante de ações que visem à manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações. O Princípio da Precaução é investigado desde a sua origem na política alemã dos anos 1970 até a sua posição ainda controversa na doutrina jurídica atual. Com o fim de situá-lo como fundamento de ações ambientais com incerteza científica sobre a natureza e a intensidade das consequências de fatos jurídicos que opõem a proteção ambiental e o desenvolvimento, investigou-se a viabilidade de um processo precaucional no âmbito do Direito Processual Civil Brasileiro. As conclusões se resumem na afirmação da responsabilidade civil sem dano com fundamento no Princípio da Precaução como meio de proteção do ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, conforme o mandamento constitucional do Artigo 225.

Palavras-chave: Meio ambiente. Ações ambientais. Responsabilidade civil sem dano. Princípio da Precaução. Processo precaucional.

ABSTRACT

The research described in this work deals with civil responsibility without damage based on the Precautionary Principle. The research is justified by the demand for legal foundation of environmental actions with fulcrum in Article 225 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The method used is the hermeneutic, contextual and circular. An analysis of the historical evolution of the institute of civil responsibility is presented. The bibliographical review evidences the displacement of the centrality of the damage in the institute of civil responsibility. The civil responsibility without damage is conceptualized and its reason is put in the illicitness of the agent's action or omission. Focusing the actions that deal with the environmental matter, the research locates in the Precautionary Principle the basis for legal actions intended to maintain an ecologically balanced environment for present and future generations. The Precautionary Principle is investigated from its origin in the German Politics of the Seventies of the XX Century until its position still controversial in the current legal doctrine. In order to situate it as the fundamental principle of environmental actions in which there is scientific uncertainty about the nature and intensity of the consequences of legal facts opposing environmental protection and development, the research proposed and investigated the feasibility of a precautionary process in the Brazilian Civil Process Law. The conclusions are summarized in the affirmation of the civil responsibility without harm on the basis of the Precautionary Principle as a means of protecting the ecologically balanced environment for present and future generations in accordance with the constitutional Article 225.

Keywords. Environment. Environmental actions. Responsibility without damage. Precautionary Principle. Precautionary process.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I	10
INTRODUÇÃO	10
1.1 Apresentação do tema.....	10
1.2 Objetivos.....	11
1.3 Metodologia	11
1.4 Justificativa	12
1.5 Revisão bibliográfica.....	14
CAPÍTULO II.....	24
RESPONSABILIDADE CIVIL: A PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002.....	24
2.1 Introdução	24
2.2 Fundamento de natureza obrigacional.....	27
CAPÍTULO III	32
EXEGESE DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO.....	32
3.1 Introdução	32
3.2 Estrutura do Art. 225: disposições gerais	33
3.3 Parágrafos 1º e 7º	35
3.4 Parágrafos 2º, 4º e 6º	37
3.5 Parágrafo 3º.....	38
3.6 Status jurisprudencial	38
CAPÍTULO IV	42
O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O CONCEITO DE RISCO	42
4.1 Introdução	42
4.2 A distinção entre prevenção e precaução	44
4.3 Uma pausa na racionalidade jurídica.....	46
4.4 O risco e a segurança na perspectiva do Direito	49

4.5	Dolo e dolo eventual.....	53
	CAPÍTULO V.....	56
	ELEMENTOS DE UM PROCESSO DE PRECAUÇÃO	56
5.1	Introdução	56
5.2	Natureza precaucional do processo	57
5.3	O processo precaucional	60
5.4	Princípios e garantias do processo civil.....	61
5.5	Princípios formativos do processo	61
5.6	Princípios constitucionais do processo civil	62
	CAPÍTULO VI	66
	CONCLUSÕES E SUGESTÕES	66
6.1	Conclusões	66
6.2	Sugestões	68
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

CAPÍTULO I

INTRODUÇÃO

1.1 Apresentação do tema

Este trabalho trata da responsabilidade civil sem dano em matéria ambiental com fundamento no Princípio da Precaução.

Tomando sua origem como direito positivo no Código de Hamurabi, por volta do século XVIII a.C, a responsabilização teve evidente caráter de penalidade, visando ao controle social. Na fase inicial, que se estende até o século III a.C, a responsabilidade civil teve fundamento na materialidade do dano. Ao longo da História, na medida em que se concebia um processo de responsabilização, o nexo causal passava da condição de evidente, ou suposto pelo governante e imputado ao agente, para algo que precisava ser demonstrado.

No século III a.C, precisamente na *Lei das Doze Tábuas*, a responsabilidade civil já incluía a culpa por parte do agente e, em consequência, ampliava muito o domínio de sua aplicação em Direito. Nessa etapa, a simetria entre lesão e penalidade, típica do Código de Hamurabi, foi afastada, mas a responsabilização ainda podia atingir a liberdade do indivíduo de forma radical, transformando-o em escravo do lesionado.

Nos albores da Modernidade, os pilares conceituais da responsabilidade civil sofreram mudanças significativas. O elemento "vontade do agente", ou "uso da razão", na produção do resultado foi definitivamente incluído no Código de Napoleão, fortalecendo a condição de culpa por imperícia, imprudência ou negligência como fundamento da responsabilidade civil. A penalidade decorrente já não mais atingia o corpo do indivíduo, mas apenas o seu patrimônio. O domínio de aplicação da responsabilidade civil passou, então, a ser o Direito das Obrigações.

No Estado Liberal, em que a novel industrialização foi responsável por grande número de acidentes de trabalho, tanto o pressuposto da vontade quanto a individualidade do dano eram muito convenientes para o grande capital, por óbvio. Mas, com o evento do *welfare state*, após a Primeira Grande Guerra, a responsabilidade civil objetiva firmou-se progressivamente. Após a Segunda Grande Guerra, a noção do dano coletivo estabeleceu-se.

Paralelamente, mas não de forma independente, a noção de precaução em face da irreparabilidade dos danos ambientais impactou os fundamentos da responsabilidade civil notadamente a partir dos anos 1970. Como o Princípio da Precaução estabelece a responsabilidade dos agentes sociais e econômicos pela sustentabilidade da vida na Terra, para incluí-lo no arcabouço conceitual da responsabilidade civil, o pressuposto do dano teve que ser flexibilizado, o que correu não sem calorosas discussões entre os doutrinadores de Direito em todo o mundo. Também a noção de dano coletivo deve se estender no tempo para atingir as gerações futuras. Eis que está em curso, no Direito, a conceituação da responsabilidade civil sem dano com fundamento no Princípio da Precaução, tema desta pesquisa.

1.2 Objetivos

Esta pesquisa foi realizada com os seguintes objetivos:

- (a) Contribuir para o entendimento da responsabilidade civil sem dano com fundamento no Princípio da Precaução.
- (b) Propor diretrizes para o estabelecimento de um processo precaucional que vise a aplicação da responsabilidade civil sem dano em matéria ambiental.

1.3 Metodologia

O método de pesquisa empregado neste trabalho é hermenêutico, contextual e circular, ou seja, o pesquisador parte do texto jurídico para um périplo por outros ramos científicos, explorando o contexto social e econômico em que se insere seu conteúdo, e retorna ao ponto de partida com contribuições que, presumivelmente, ampliam o conhecimento jurídico.

O texto jurídico — em si mesmo um significante — permite a exploração de significados diversos. Alguns desses significados são fixados por decisões judiciais, especialmente as do Supremo Tribunal Federal, que são irrecorríveis. Outros, porém, se formam ao longo do tempo, no seio das comunidades humanas, constituindo-se como pano de fundo para a aplicação do Direito.

Todo o Direito Ambiental tem como meta a busca da sustentabilidade, e seu maior desafio é a conciliação equilibrada entre desenvolvimento e meio ambiente. Ficam patentes novas demandas de conhecimento — vale dizer, novos significados — com o fim de tornar

efetivo o Princípio da Precaução. Por essa razão, a pesquisa parte do instituto da responsabilidade civil centrada no dano, no patrimônio e no indivíduo para "descobrir" — porque se trata de uma consequência do Princípio da Precaução, originado em Política, não em Direito — e revelar uma responsabilidade civil com fundamento no descumprimento do dever de cuidado.

1.4 Justificativa

A motivação desta pesquisa é a defesa da sustentabilidade dos processos de desenvolvimento. Por desenvolvimento entende-se o processo sistemático de geração e distribuição de riquezas concomitantemente com a elevação do nível de qualidade de vida de uma sociedade. Não se confunde com o crescimento que se refere exclusivamente à acumulação de riquezas, mas exige que o impacto social se faça sentir por meio da melhoria do nível de emprego e das condições de trabalho, do amplo acesso à moradia, à saúde e à educação. Nenhum desses indicadores subsiste nos patamares aceitos como de "alto desenvolvimento", para utilizar a nomenclatura introduzida pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD sem a qualidade ambiental.

Certamente por ter um patrimônio natural único em todo o mundo, rico em áreas agricultáveis, florestas, rios e recursos naturais, desde o nascimento da República, o desenvolvimento esteve inscrito no ideário brasileiro, haja vista o lema *Ordem e Progresso*, inscrito na bandeira nacional. O Brasil, em 2018, teve um Índice de Desenvolvimento Humano - IDH de 0,754 pontos, correspondente ao 79º lugar entre 188 países.

Embora estejam atrelados à conjuntura econômica internacional e sejam dela dependentes, os governos brasileiros são continuamente pressionados a adotar políticas de desenvolvimento. Especialmente na sua expressão como justiça social, o desenvolvimento é o principal elemento de todos os programas de governo em toda a história republicana.

A Constituição Brasileira de 1988, que, pelo menos no plano teórico, inaugurou um Estado Democrático de Direito, foi muitas vezes denominada *Constituição da Igualdade*. Mas é certo que, como condição dessa mudança na estrutura social do País, mereceria ser denominada *Constituição do Desenvolvimento*, tal a dependência de recursos financeiros para moradia, saúde, educação e qualidade ambiental.

Em reconhecimento dessa dependência, a Constituição estabeleceu como um dos objetivos fundamentais de República Federativa do Brasil, em seu Art. 3º, inciso II, "garantir o desenvolvimento nacional". Explicitamente, o inciso III desse mesmo artigo é o objetivo fundamental de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais", o que, mais uma vez, reafirma a forte dependência do desenvolvimento.

A Constituição, no Título VII, Capítulo I, quando enuncia os princípios da Ordem Econômica e Financeira do novo Estado, no Art. 170, reforça indiretamente, via princípios-fins norteadores da ordem econômica, a dependência do desenvolvimento, especialmente nos incisos VII - redução das desigualdades regionais e sociais - e VIII - busca do pleno emprego.

O Parágrafo Único do Art. 170 consagra o livre exercício de qualquer atividade econômica, salvos os casos de monopólio do Estado e de produtos de comércio restrito por razões de segurança, previstos em lei, mas não afasta a defesa do meio ambiente, uma vez que, como visto antes, se trata de princípio regente de toda a Ordem Econômica e Financeira.

O desafio do desenvolvimento é que seja feito com manutenção ou ganho de qualidade ambiental. O Estado brasileiro chama a si a responsabilidade pela fiscalização, incentivo e planejamento da atividade econômica, visando ao equilíbrio ambiental, como estabelece o Art. 174 da Constituição.

Concordantemente com seu viés popular e descendo ao mínimo, a Constituição faz menção expressa de que favorecerá a organização da atividade garimpeira (Art. 174, §3º). Mas são a indústria e a agricultura, considerados seus reflexos no transporte, no consumo de água e de combustíveis, que mais causam danos ao meio ambiente e exigem a conciliação com critérios de sustentabilidade aceitáveis.

O conflito de interesses entre agentes econômicos que buscam o desenvolvimento e organizações que defendem o meio ambiente é presumivelmente recorrente no Judiciário brasileiro. A defesa do meio ambiente é viabilizada judicialmente pela Ação Civil Pública para a qual são legitimados o Ministério Público e os demais entes elencados no Art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Como, a teor do §1º do mencionado artigo, o Ministério Público atua como parte ou como *custos legis*, a recorrência de ações de defesa do meio ambiente deve constar das estatísticas de processos no Conselho Nacional do Ministério Público. Entretanto, não há dados específicos sobre ações que versam sobre proteção ambiental.

O Conselho Nacional do Ministério Público instituiu, por meio da Resolução CNMP nº 145, de 14 de junho de 2016 (CNMP, 2016), uma Comissão Temporária de Aperfeiçoamento e Fomento da Atuação do Ministério Público na Área de Defesa do Meio Ambiente e de Fiscalização das Políticas Públicas Ambientais. Entre as razões para essa iniciativa, está certamente uma expectativa do aumento do número de ações protetivas do meio ambiente no Judiciário brasileiro. As ações que se baseiam no Princípio da Precaução são citadas pela Resolução nº 145 (CNMP, 2016, p.2) como foco principal de atenção, uma vez que se destinam a compatibilizar o necessário desenvolvimento econômico-social com a qualidade do meio ambiente e o equilíbrio ecológico.

O fundamento de ações de proteção ambiental no Princípio da Precaução demanda o pleno desenvolvimento doutrinário da responsabilidade civil sem dano. Em paralelo, há necessidade de que se estabeleçam as diretrizes do processo precaucional, tema que se encontra no escopo desta pesquisa.

1.5 Revisão bibliográfica

Discussões sobre a responsabilidade civil são recentes. A constatação da insuficiência do instituto da responsabilidade civil nos moldes em que emergiu na Modernidade levou juristas de todo o mundo ao trabalho de pesquisa. Nesta revisão, trabalhos relevantes publicados preferencialmente a partir de 2008 serão mencionados.

Hironaka (2008), em trabalho precursor no Brasil, tratou da responsabilidade civil pressuposta defendendo a evolução dos fundamentos da responsabilidade civil na contemporaneidade. A escolha da qualificação de "pressuposta" para a responsabilidade civil sugere o paralelo conceitual que se fez, já no século XX, com a responsabilidade civil "objetiva", fortemente fundamentada na existência do dano. Assim, escreve Hironaka (2008, p. 34):

O momento atual desta trilha evolutiva, isto é, a realidade dos dias contemporâneos, detecta uma preocupação – que cada vez mais ganha destaque – no sentido de ser garantido o direito de alguém de não mais ser vítima de danos. Este caráter de prevenção da ocorrência de danos busca seu espaço no sistema de responsabilidade civil, em paralelo ao espaço sempre ocupado pela reparação dos danos já ocorridos.

Há um novo sistema a ser construído, ou, pelo menos, há um sistema já existente que reclama transformação, pois as soluções teóricas e jurisprudenciais até aqui desenvolvidas, e ao longo de toda a história

da humanidade, encontram-se em crise, exigindo revisão em prol da manutenção do justo.

Um relevante trabalho anterior a 2008, foi a pesquisa da jurista belga Genèviève Schamps, professora na Universidade de Leuven, que, em 1998, se concentrou sobre a responsabilidade civil decorrente da exposição ao perigo. O seguinte extrato (SCHAMPS, 1998) é ilustrativo de sua perspectiva do tema:

Os dramas que se produziram a partir do fim do século passado até nossos dias, em razão dos novos perigos ligados ao progresso da ciência e da tecnologia, deram nascimento a movimentos tendentes à melhoria da proteção da vida humana, valor essencial prevalente sobre a liberdade individual. Esse cuidado se reflete igualmente na concepção atual da responsabilidade civil em que a ênfase está muito mais sobre o papel de prevenção e de compensação dos danos, mais que sobre aquele da sanção de um comportamento, em um contexto de generalização de seguro.

Esse texto sugere que a demanda por transformações no instituto da responsabilidade civil teve origem no Direito continental europeu. No Brasil, após a Constituição de 1988, diversos casos levados ao Judiciário ensejaram a reflexão em torno dos fundamentos da responsabilidade civil, apesar de, em sua origem, não apresentarem aparentemente nenhuma relação com esse tema. Exemplo magistral nesse sentido é descrito por Cachapuz (2013). No centro da querela, estavam os bancos de dados cadastrais positivos que ensejaram numerosas ações por danos em face da restrição de acesso da pessoa interessada. Em discussão, o fundamento da ilicitude do ato restritivo do gestor do banco. Assim, pondera Cachapuz (2013, p. 235):

... não há como se afastar, quando ausente a observância em concreto de um direito de acesso às informações (elementos e critérios de análise de risco de crédito por inscrição em banco cadastral positivo de adimplemento), o reconhecimento claro de situação de ilicitude civil, suficientemente caracterizada pela aplicação específica do disposto no art. 187 do Código Civil brasileiro. Trata-se de ilicitude não decorrente da verificação de uma antijuridicidade por força de observação de conduta culposa por parte do gestor de banco cadastral (art. 186 do CC) — aparentemente no exercício de uma liberdade de armazenamento, tratamento e divulgação de informação —, mas justamente de uma ilicitude decorrente do excesso cometido no exercício de uma determinada posição jurídica.

Nessa discussão, amplia-se o conceito de ilicitude enquanto gerador de obrigação civil. Esse é um primeiro passo doutrinário que incidirá sobre o instituto da responsabilidade civil para mover o dano patrimonial do seu centro. Nessa altura da evolução doutrinária em curso, isso ainda não se caracterizou — caracteriza-se, ao contrário, um recuo após vislumbrar uma evolução —, haja vista a posição de Cachapuz (2013, p. 268):

Não há, contudo, pelo simples reconhecimento de um ilícito, que se compreenda a existência de um dano indenizável para as hipóteses de reconhecimento de violação às disposições normativas da Lei nº 12.414/2011. Tratando-se de hipótese de ilícito fundado no art. 187 do CC, em que dispensada é a caracterização do elemento da culpa — circunstância jurídica própria à caracterização da ilicitude prevista no art. 186 do CC —, vê-se que, para fins indenizatórios, imprescindível é que seja identificado, em face do caso concreto, um dano inequívoco a ensejar a pretensão indenizatória para os fins do art. 927 do CC.

Uma "crise dos pressupostos" da responsabilidade civil, porém, estava em franco desenvolvimento no Direito Pátrio. Uma descrição desse contexto se encontra no texto de Marques de Souza e Lopes (2014, p. 108-109):

A esse respeito, observa-se atualmente que a sociedade está em constante desenvolvimento científico e tecnológico, criando ambientes virtuais cada vez mais complexos, bem como que a globalização tem criado para as pessoas uma era de novas atividades, produtos, serviços, acessos e, conseqüentemente, incertezas e medo, deixando evidenciado que o risco de danos está em toda parte.

(...)

Nesse sentido, o sistema (o Direito) incorpora transformações, busca adequar-se às novas realidades, às novas descobertas, aos novos desafios de um mundo completamente distinto do mundo de apenas três ou quatro décadas antes. E assim, expõe a sua crise, inobstante revelar-se maior do que a moldura a que esteve subsumido até aqui; reclamando, portanto, revisão de princípios e de conceitos, de sua própria reorganização, de um novo matiz menos preconceituoso, menos matemático, mas muito mais humanizado.

Assim, na prática, e inobstante a responsabilidade civil constituir um dos campos de grande incidência no Direito, não se pode afirmar que haja consonância de pensamento ou oferecimento de soluções pacíficas em todos os conflitos que emergem do convívio humano, dada a generalidade dos assuntos atinentes ao seu âmbito de abrangência.

Ademais, sabe-se que, “diante de novos riscos, vindos dessa ‘nova modernidade’, nem mesmo a teoria do risco consegue resolver seus problemas”. Fato que vem acarretando a discussão do enfraquecimento da responsabilidade civil tradicional, pois se verifica que nesse ínterim, o Direito é “pressionado” a abarcar e regular o maior número de atividades possíveis para garantia de um convívio pacífico e, na medida do possível, seguro nas relações humanas.

Como se observa, na primeira década do século XXI, um conflito em torno dos pressupostos da responsabilidade civil instalou-se no Direito Pátrio, decorrente principalmente, do ponto de vista deste trabalho, da natureza principiológica da Constituição de 1988 e do que ficou chamado de “constitucionalização” do Direito Civil. A questão ambiental, que motiva este trabalho, ainda não está em evidência no que tange à responsabilização de agentes socioeconômicos com fundamento do dever de cuidado. Por outro lado, a responsabilidade civil permanece, nessa altura, individualista, quando já se esperam ações dessa natureza com base em direito difusos e coletivos.

Schreiber (2005, p. 3) demonstra que a insuficiência da versão tradicional do instituto da responsabilidade civil foi detectada nos tribunais e recebeu da prática jurisdicional as primeiras flexibilizações:

O sistema de responsabilidade civil consagrado pelas grandes codificações ancorava-se, como se sabe, em três pilares: culpa, dano e nexa causal. Na prática judicial, tal sistema implicava que a vítima de um dano, dirigindo-se aos tribunais, precisava superar duas sólidas barreiras para obter indenização: (i) a demonstração do caráter culposos lato sensu da conduta do ofensor, e (ii) a demonstração do nexa de causalidade entre a conduta do ofensor e o dano. A estas duas barreiras – a prova da culpa e a prova do nexa causal – já se chamou “filtros da responsabilidade civil”, por funcionarem como meio de seleção das demandas de indenização que deveriam merecer acolhimento jurisdicional.

Em alusão a esta imagem, a primeira tendência é justamente aquela que se pode chamar com o nome, algo hidráulico, de “erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil”. Quer a expressão significar a relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexa causal na dinâmica contemporânea das ações de responsabilização.

A expressão “responsabilidade civil sem dano” foi cunhada para expressar a remoção do dano do seu papel de centralidade em situações em que um indivíduo ou uma coletividade

é exposta a risco. Com a remoção da essencialidade do dano, obviamente perdeu força a demonstração do seu nexos causal com a conduta do agente. Restou a ilicitude do ato na fundamentação clássica. Mas, a responsabilidade civil objetiva, decorrente da teoria do risco, já havia causado uma fissura irreconciliável nessa estrutura.

Como resultado desses movimentos, em 2016, no Brasil, doutrinadores proeminentes se dividiram em dois grupos: a favor e contra a flexibilização dos pressupostos da responsabilidade civil. Os contrários acenavam com a alternativa do emprego de institutos como o do abuso de direito e o do próprio Direito Penal, que já admitia, desde seus primórdios na Modernidade, os crimes de mera conduta e os crimes de tentativas que não exigiam o resultado.

Rui Stoco (2017), eminente estudioso do tema da responsabilidade civil, liderou o polo conservador nessa controvérsia. Diversos outros doutrinadores, como Fernandez Junior e Martins da Rosa (2016), defendiam as ideias proflexibilização do instituto. Uma síntese dos argumentos dos conservadores pode ser lida no texto seguinte de Stoco (2017, p. 3):

Por sua conformação lógica, a responsabilidade civil não pode deixar de se ocupar do dano existente, pena de deixar de ser responsabilidade civil.

*Ao contrário do que ocorre no Direito Penal que nem sempre exige um resultado para estabelecer a punibilidade do agente, no âmbito civil esse resultado é indispensável e se apresenta como condição **sine qua non**, ou seja, imprescindível e inafastável, sendo certo que é a extensão ou o quantum do dano que dá a dimensão da indenização.*

No âmbito civil, portanto, sem o dano poderá existir ato ilícito, mas não nascerá o dever de indenizar, de modo que a só conduta que contrarie a norma preexistente — a conduta antijurídica — não é suficiente para empenhar a obrigação.

Aliás, qual seria a consequência de um ato ilícito praticado por alguém que não tenha causado dano ou prejuízo a outrem?

Dúvida não ressuma, portanto, de que o dano é, sem disceptação, pressuposto da obrigação de reparar e circunstância elementar da responsabilidade civil.

Diante disso, somente danos diretos e efetivos, para efeito imediato do comportamento do agente, encontram na legislação em vigor suporte de ressarcimento.

Fernandez Júnior e Martins da Rosa (2016 *apud* STOCO, 2017, p. 2), assim se expressam em sentido contrário:

E é nesse espaço de fala, tão somente que se diz desde já que sim, é possível defender um instituto jurídico de responsabilização civil no qual o dano é irrelevante e a conduta eventual e potencialmente lesiva passa a ser o núcleo, junto à culpa, da imputação de responsabilidade.

(...)

E, não obstante a forma em que se apresente, a responsabilidade não deriva do dano, mas sim do risco criado pela conduta humana na vida social.

(...)

A responsabilidade civil nesse limiar do novo século, da identificação de uma natureza preventiva, externada essa por suas funções dissuasórias e punitivas, abandona a ideia clássica de que sem dano não há responsabilidade, afastando a premissa histórica de um instituto de cunho tão só indenizatório tal como vem sendo concebida.

A vertente da defesa de Stoco (2017) e de outros autores, cujas expressões antecedem a polêmica, como Carrá (2005) e Cavaliere Filho (2012), é baseada na exegese do que mandam os Códigos Civis de diversos países de *civil law* como Itália, França e Espanha. No outro lado, a defesa dos autores proflexibilização é centrada em casos concretos oriundos dos tribunais em que a insuficiência do conceito clássico se revela contundente a exemplo do caso narrado por Cachapuz (2013).

Não faltaram propostas conciliatórias da controvérsia que culminou com a polêmica de 2016, como o de Venturi (2012, p. vii), cuja tese de doutoramento evidencia o sentido de evoluir conservativamente. É dessa autora o seguinte resumo de sua marcha conceitual:

A presente tese propõe refundamentar a responsabilidade civil a partir da internalização da prevenção, preconizando o surgimento da denominada responsabilidade civil preventiva como instrumento apto a veicular uma tutela inibitória material destinada à proteção contra a violação ou o risco de violação dos direitos fundamentais individuais e transindividuais. A responsabilidade civil tradicionalmente foi sistematizada pela perspectiva repressivo-reparatória, pautada pelo binômio dano-reparação, o que vem se revelando insuficiente e insatisfatório diante das dinâmicas necessidades de mutação da regulação social na contemporaneidade, evidenciando o estado da crise de fundamentação e de efetividade do

instituto. Indispensável, nesse sentido, que se levem em consideração as formas de tutela dos direitos inerentes à pessoa, notadamente os direitos fundamentais abrangendo os direitos da personalidade e os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja inviolabilidade representa diretriz constitucional que vincula todo o Direito Privado, aí compreendido o direito de responsabilidade. Assim, demonstra-se que a responsabilidade civil deve estar fundada tanto na repressão e adequada reparação dos danos como, igualmente, na prevenção e na inibição da violação dos direitos. A tese não exclui nem diminui a relevância do tradicional sistema curativo dos danos, objetivando complementá-lo e reformá-lo, instituindo um sistema conjugado preventivo daqueles.

Venturi (2012, p. vii) lança mão da análise econômica do Direito com o fim de abrir novas alternativas para a solução da insuficiência do conceito tradicional. No mesmo resumo estendido, a autora escreve:

No desenvolvimento da responsabilidade civil preventiva, a tese preconiza a necessidade de importantes revisões conceituais, a partir do próprio significado ético e prospectivo de ‘responsabilidade’, alcançando também a releitura dos elementos estruturantes do instituto, designadamente a ilicitude, a culpabilidade, o nexo causal e o dano. Além disso, investiga-se de que forma os princípios da prevenção e da precaução, gradativa e crescentemente aplicados no sistema de justiça brasileiro, alicerçam e sistematizam a refundamentação proposta.

Gondim (2015, p.45), também em tese de doutoramento, explicitamente abordou o problema da estruturação de uma responsabilidade civil sem dano, visando proteger os indivíduos em uma sociedade de riscos. Considerando a natureza discursiva do Direito, a autora escolhe discutir a nomenclatura da responsabilidade civil para se aproximar, por essa via, ao conteúdo do instituto. Eis o que ela escreve:

O conteúdo, portanto, não é meramente reparação de dano. Ao contrário, o que se verifica pela noção patrimonialista que lhe foi atribuída, a obrigação de indenizar é apenas uma das possíveis consequências da responsabilidade civil. Assim, pensar o instituto como sinônimo de reparação não é o adequado, não foi neste sentido que foi desenvolvido. Em verdade, o instituto diz respeito a ser responsável diante da violação de um dever jurídico, um comportamento que deveria ser adotado e não o sendo é considerado como contrário ao ordenamento jurídico, assim, não haveria a necessidade da ocorrência do dano para a sua caracterização. Mas, por que a noção de mera reparação? Tal reducionismo está

relacionado com a consequência patrimonialista. Por isso, no presente trabalho, a noção que aqui se utiliza é da responsabilidade civil como uma obrigação de cumprir um dever de não ocasionar dano, o que poderá imputar de um lado a possibilidade de impor a reparação do dano quando concretizado e de outro lado a possibilidade de impedir a sua ocorrência.

O dano fático resulta deslocado da centralidade no instituto da responsabilidade civil para ceder espaço à sua prevenção. Gondim (2015, p. 180) assim se manifesta sobre essa releitura do dano:

O vocábulo dano é extremamente importante para o instituto da responsabilidade civil, mas não só a sua ocorrência, também o impedimento que ele ocorra. O fato de se ter optado pela denominação de responsabilidade civil sem dano para a presente tese não significa que este não é um pressuposto de grande importância para o instituto. Pelo contrário, guarda a supremacia deste pressuposto, porque o objetivo primordial é evitar a sua ocorrência.

A síntese da travessia doutrinária proposta pela autora em comento vem lavrada nos seguintes termos (GONDIM, 2015, p. 181):

A provocativa interpretação deste instituto neste viés tão preventivo que pode ser estruturado mesmo sem a ocorrência da lesão é possível quando pensado o instituto a partir do dever jurídico descumprido e se este dever for o dever de cuidado. A partir do momento que é admitida a possibilidade de dispor sobre um dever jurídico de cuidado, a ameaça passa a ser um interesse juridicamente relevante. Com isso, é possível pensar uma resposta antes da ocorrência do dano.

Pupp (2018, p. 81), historiando a evolução do instituto da responsabilidade civil, identificou no movimento proflexibilização uma fonte de repercussões em outras áreas do Direito:

O rompimento de balizas de sua estrutura, resultantes do progresso evolutivo, pode causar reflexos que transcendem a todo sistema jurídico, o que motiva um debate crítico sobre a matéria. É este o principal alerta das análises críticas sobre o movimento, na medida em que ele representa uma alteração da base teórica do instituto, o que causa repercussões.

Neste ponto, emerge o caráter inovador desta pesquisa. Com base no conceito de responsabilidade civil sem dano proposto por Gondim (2015), considerando que o Art. 225 da Constituição impõe a todos os agentes socioeconômicos o dever de cuidado com o meio ambiente e que o desenvolvimento se impõe ao País com a força de objetivo constitucional do Estado (Art. 3º, inciso III, CF88), trata-se aqui de investigar a responsabilidade civil fundamentada na antijuridicidade do não atendimento desse dever, responsabilidade essa que exsurge com os qualificativos de "sem dano" e "precaucional".

Este trabalho focaliza, portanto, a responsabilidade civil sem dano em matéria ambiental, precisamente quando o interesse no desenvolvimento se vê impactado pela inexistência de evidência científica do dano. A contextualização dos problemas jurisdicionais que podem ocorrer nessa seara foi bem apresentada por Wedy (2014, p. 275) em texto em que se observa um conflito de princípios:

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.

A proposta de solução de Wedy (2014) não passa pela via processual como se faz neste trabalho. Suas considerações muito bem se articulam em torno da aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade. Ademais, em nome da solidariedade ambiental, propõe que se limitem os direitos fundamentais dos cidadãos e ressalta a responsabilidade do Estado no devido equilíbrio na aplicação do Princípio da Precaução (WEDY, 2014, p. 268):

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

Na perspectiva adotada nesta pesquisa, o Princípio da Precaução é e continuará sendo parajurídico, em que pese sua inegável importância, enquanto não se estabelecer um processo civil precaucional. Esse ponto é também abordado neste trabalho com o exame do impacto que o novo instituto da responsabilidade civil sem dano teria sobre os princípios processuais do Direito Civil.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDADE CIVIL: A PERSPECTIVA DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

2.1 Introdução

A existência da sociedade é reconhecidamente condicionada pela existência do Direito: *ubi societas ibi jus*. Por outro lado, o Direito só poderia ter nascido no seio de uma sociedade: *ubi jus ibi societas*. Há uma evidente correlação entre sociedade e Direito a tal ponto que as evoluções de uma e de outro se implicam mutuamente. As razões dessa correlação podem ser sintetizadas na inevitabilidade dos conflitos humanos.

Grande número de conflitos surge da lesão de uma pessoa ao direito ou expectativa de direito de outra. Nas sociedades primitivas e em toda a história da Humanidade, a autotutela foi o remédio utilizado pelo lesionado em tentativa de recompor o seu patrimônio, retomando a coisa eventualmente perdida, ou impondo ao lesador o sofrimento que causou ao lesado. Atualmente, ainda se observa a autotutela nos tecidos sociais onde a presença do Estado não é suficientemente forte para sustentar a atuação do Direito.

Na autotutela, não há julgamento independente da natureza e da intensidade da pretensa lesão. Não há, portanto, composição do conflito, mas vale a lei do mais forte, mergulhando a sociedade em lutas renhidas que se repetem indefinidamente. Essas lutas de que Thomas Hobbes tinha notícia levou-o a conceber que o homem, vivendo no estado de natureza, poderia gerar a guerra de todos contra todos.

Embora jamais tenha deixado de existir autotutela, o reconhecimento dos governantes dos seus malefícios sociais provocou intervenções do Estado que a modificaram. O Código de Hamurabi, que data do século XVIII a.C., com suas normas "olho por olho, dente por dente", "quem com ferro fere, com ferro será ferido" e "uma vida por uma vida", é um exemplo amplamente conhecido. O Estado, na pessoa do juiz, estava presente na composição do conflito para determinar a natureza da lesão e autorizar a reparação proporcional executada pelo lesado (DINIZ, 2011, p. 27).

Semelhantemente, no Direito Romano, na época da *Lei das XII Tábuas*, cerca do ano 450 a.C, o Estado já se impunha aos cidadãos, invadindo sua preciosa esfera privada de direitos, obrigando que a querela fosse levada ao *pretor*, que passava a deter o poder de definir o direito e a quem ele pertencia (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2008, p. 28).

Do Código de Hamurabi à *Lei das XII Tábuas*, pode-se dizer que o julgamento do conflito tinha por base apenas a materialidade da lesão, mas progressivamente caminhava para reconhecer que a reparação era devida apenas em caso de culpa do agente com a condição de existência de uma obrigação contratual entre lesado e lesador.

Evoluindo o Direito Romano, a *Lex Aquilia de Damno*, datada do final do século III a.C e início do século II a.C, introduziu duas novidades conceituais: consagrou a responsabilidade por danos em face da culpa do lesador, entendendo-se a culpa nas modalidades dolo, imperícia, imprudência e negligência, e passou a admitir a responsabilização por culpa do agente, independentemente da existência de obrigação contratual entre as partes (DINIZ, 2011, p. 27).

Durante a Idade Média, formas mais ou menos evoluídas da responsabilização por danos a outrem conviveram com a autotutela. Diversas obras do Renascimento, incluindo peças de William Shakespeare, noticiam as longas *vendettas* entre famílias medievais. Mas é certo que, paulatinamente, ao mesmo tempo em que se firmava o Estado Moderno, não só a composição se tornou obrigatória como se introduziram a mensuração do dano e a fixação de valores pecuniários específicos para cada tipo de lesão.

Após a Revolução Francesa, o Código de Napoleão teve grande influência sobre o direito civil brasileiro. Nele, o aperfeiçoamento das heranças do Direito Romano consistiu na adoção de um princípio geral de responsabilidade civil perante o terceiro lesado, abandonando-se a enumeração de casos que remontava ao Código de Hamurabi. Assim relata Gonçalves (2005, p. 5):

O direito francês, aperfeiçoando pouco a pouco as ideias românticas, estabeleceu nitidamente um princípio geral da responsabilidade civil, abandonando o critério de enumerar os casos da composição obrigatória. Aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação em que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência da culpa contratual (a das pessoas que

descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou imprudência.

Assim, o Código de Napoleão, além de fundar a obrigação de reparação na existência de culpa, distinguiu a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Posteriormente, o direito francês passou a admitir uma responsabilidade civil sem culpa, pautada na teoria do risco. Porém, conforme a lição de Diniz (2011, p. 18),

... a responsabilidade civil também evoluiu em relação ao fundamento (razão por que alguém deve ser obrigado a reparar um dano), baseando-se o dever de reparação não só na culpa, hipótese em que será subjetiva, como também no risco, caso em que passará a ser objetiva, ampliando-se a indenização de danos sem existência de culpa.

No Brasil, curiosamente, a responsabilidade civil decorreu da responsabilidade penal, pois o Código Criminal de 1830 previa o dever do autor da conduta delituosa satisfazer a vítima pelo dano decorrente do delito. A independência entre esses dois conceitos ficará patente apenas no Código Civil de 1916 em que se adotou a responsabilidade civil subjetiva como regra a teor do Artigo 159 que estabelecia a consagrada fórmula:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

A expressão bevilaqueana incluía, portanto, tanto a responsabilidade dolosa quanto a culposa negligente, imprudente ou imperita. O Código Civil de 2002 preservou a responsabilidade civil subjetiva, ampliada com a noção de dano moral ou à imagem para estar em conformidade com o Artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, como se lê no Artigo 186:

“Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O conceito de ato ilícito foi ampliado pelo Artigo 187, fundamentado na Teoria do Abuso do Direito, que impõe limites ao exercício de um direito, limites esses impostos pelos seus fins econômicos e sociais, pela boa-fé e pelos bons costumes. *In litteris*:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A obrigação de indenizar decorre da ilicitude do ato, como prevê o Artigo 927 do Código Civil Brasileiro de 2002:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Por outro lado, a Teoria do Risco é adotada como fundamento da responsabilidade civil objetiva, como prevê o Parágrafo Único do Artigo 927:

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Fica evidente que a doutrina da responsabilidade civil tem como centro a proteção da pessoa lesada, buscando preservar o equilíbrio nas relações sociais e retornar ao *status quo ante* (DINIZ, 2011, p. 21). A adoção de princípios que resultam em pressupostos mais flexíveis para a obrigação de reparar o dano e a garantia processual do direito à indenização podem ser frustradas nos seus objetivos, quando retornar ao *status quo ante* é impossível, é muito lento ou perde prioridade social em face do custo elevado.

O grande domínio do Direito Ambiental é uma dessas searas em que, com frequência, a reparação do dano é impossível ou extremamente demorada, levando à necessidade de pesquisar formas de prevenção dos danos ou de se precaver contra eles. Entretanto, tanto a prevenção quanto a precaução exsurtem como responsabilização *ex ante* dos eventos danosos e caracterizam a responsabilidade civil sem dano que se discute nesta pesquisa.

2.2 Fundamento de natureza obrigacional

Gondim (2015, p. 22) desenvolveu tese de doutoramento sobre o tema da responsabilidade civil sem dano, fundamentado-a no dever de cuidado. Como se trata de um

trabalho que visa a uma expansão conceitual desse instituto, inicia-se uma reflexão sobre as fontes das obrigações, situando-o como espécie desse gênero. Lamenta a autora em comentário:

No esboço do projeto de Código Civil de Teixeira de Freitas havia uma disposição sobre as fontes das obrigações no seguinte sentido: "Não há obrigação sem causa ou título, isto é, sem que tenha derivado de um dos fatos, ou de um dos lícitos ou ilícitos, das relações de família ou das relações civis [...]". Como nenhuma das codificações brasileira (Lei nº 3.071/1916 e Lei nº 10.406/2002) decorreu de tal projeto, a legislação brasileira não possui uma definição própria sobre as fontes das obrigações, o que acarreta diferentes posições doutrinárias sobre o tema. (GONDIM, 2015, p. 23).

Dentre as posições doutrinárias mencionadas *en passant*, Gondim (2015, p. 24) adota a premissa de que as obrigações surgem de fatos jurídicos ilícitos, entendidos como acontecimentos naturais ou condutas humanas sobre os quais incide uma norma jurídica. Para completude, transcreve-se a nota de Gondim (2015, p. 24) que registra outras posições doutrinárias de juristas brasileiros:

Por isso, são utilizados como marcos teóricos Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello e Fernando Noronha, os quais defendem que a fonte das obrigações são os fatos jurídicos. Mas, não se trata de uma unanimidade. Com efeito, como bem salienta Paulo Lobo: "Na doutrina brasileira atual reina grande divergência sobre o que se entende por fontes das obrigações, que seriam: a) a vontade humana e a lei (Orozimbo Nonato, Caio Mário da Silva Pereira, Maria Helena Diniz, Álvaro Villaça Azevedo); b) a lei como fonte imediata e a vontade humana e ilícito como fontes mediatas (Silvio Rodrigues, Sílvio de Salvo Venosa, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Carlos Roberto Gonçalves); c) os contratos, as declarações unilaterais de vontade, os atos ilícitos e criminais e a lei (Paulo Nader); d) o ordenamento jurídico (Arnaldo Rizzardo); e) os fatos jurídicos e a lei (Rubens Limongi França); f) os fatos jurídicos (Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello, Fernando Noronha).

Gondim (2015) considera a origem das obrigações na ilicitude dos fatos jurídicos *lato sensu*, especificamente nos atos, nos fatos e nos atos-fatos ilícitos. A mesma posição doutrinária se adota neste trabalho, pois a investigação da responsabilidade civil sem dano decorrente dos deveres de prevenção e de precaução, especialmente na seara dos desastres naturais, requer, como se demonstrará, que a origem da obrigação esteja na ilicitude de fatos jurídicos *lato sensu*. Este tema –classificação jurídica dos desastres naturais –será retomado

em seção posterior, mas, por oportuno, é conveniente que se conceituem desastres naturais e riscos.

Segundo Pelling (2003, p. 4), desastre natural é uma expressão-síntese que designa os desastres humanitários que têm um gatilho natural. Enquanto fenômenos físicos, químicos e biológicos são necessários para a produção de um perigo natural, sua tradução em um risco, com uma considerável probabilidade de desastre, depende da exposição de uma comunidade humana e da sua capacidade de lidar com os impactos negativos dele decorrentes.

Frequentemente a noção de risco e de gestão de riscos vem associada ao conceito de desastres naturais. Wamsler (2007, p. 13) tem uma expressão magistral para essa síntese, quando afirma:

Em termos gerais, risco pode ser entendido como a probabilidade de efeitos adversos, e a gestão de riscos de desastres é, então, vista como a redução dessa probabilidade com o objetivo de minimizar ou prevenir aqueles efeitos adversos. (Tradução do Autor).

Interessante parêmia jurídica deve-se a Slovic (1999, p. 689 *apud* WAMSLER, 2007, p. 13), que afirma que “quem controla a definição de risco controla a solução racional do problema à mão”. Ora, em face do que estatui a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus fundamentos e objetivos (Artigos 1º e 3º), o conceito de risco deve situar-se na seara do Direito. Douglas (1992 *apud* WAMSLER, 2007, p. 13) complementa essa parêmia com a seguinte afirmação que remete a discussão ao domínio particular da responsabilidade civil:

A linguagem do risco tem uma função social pelo fato de que ela é frequentemente usada para expressar culpa e para aceitar ou rejeitar responsabilidade.

Observa-se que a travessia de Gondim (2015) e a deste trabalho rumo à responsabilidade civil sem dano exigem uma ligeira ampliação de sentido em relação ao conteúdo dos Artigos 186, 187 e 927 do Código Civil Brasileiro de 2002, que fundamentam a responsabilidade civil subjetiva, e do Parágrafo Único do Artigo 927, que fundamenta a responsabilidade civil objetiva. Essa ampliação é registrada por Gondim (2015, p. 24-25) nos seguintes termos:

E dentro da noção de fatos jurídicos, podem ser fontes das obrigações tanto os fatos jurídicos stricto sensu (acontecimentos naturais que não tenham intervenção humana) quanto os atos jurídicos (assim consideradas todas as condutas humanas relevantes para o Direito), incluindo os atos-fatos constantes na classificação de Pontes de Miranda.

Assentada a ilicitude dos fatos jurídicos como fundamento obrigacional da responsabilidade civil, a teor do Art. 927 do Código Civil Brasileiro de 2002, Mello (2010, p. 255) classifica os fatos ilícitos quanto à consequência da ilicitude:

... a prática de ato ilícito conduz o agente a uma posição de obrigado a responder civilmente pelo dano que causar (ilícito indenizativo), a sofrer a caducidade de direitos (ilícito caducificante) ou a ter invalidado o ato jurídico que praticar (ilícito invalidante).

Se se adotar a perspectiva do direito que foi lesado, o fato ilícito pode ser relativo ou absoluto. Será relativo se violar um direito relativo, assim denominado o direito de uma pessoa sobre outra, erigido em uma relação jurídica pré-existente. Será absoluto quando o direito lesado for um direito absoluto, como tal independente de uma relação jurídica anterior. Aqui se observa que o ilícito tanto pode criar uma relação jurídica como a que surge importando na obrigação de indenizar, quando um direito absoluto é lesado, quanto pode desconstituir uma relação jurídica ou um negócio jurídico, sem a obrigação de indenizar, como acontece quando o ato não tem a forma prescrita em lei. Do mesmo modo, o ato ilícito pode levar a caducar um direito absoluto, como ocorre na exclusão da sucessão por ato fraudulento contra o autor da herança (Art. 1814, inciso III, do Código Civil Brasileiro de 2002).

Conclui-se que a ilicitude do ato jurídico *lato sensu* sempre importa em uma consequência no mundo do Direito tendente a reestabelecer o tecido jurídico. Portanto, o dever de indenizar, apesar de ser a consequência mais comum da ilicitude dos fatos jurídicos no âmbito das relações humanas civis, não é a única e, logo, não a caracteriza univocamente.

Merece observação a combinação dos Artigos 186 e 927 *caput*, que condiciona o dever de indenizar à ilicitude do ato, à existência do dano e à culpa do agente. A exegese dessa combinação indica que o legislador aí se refere ao ato jurídico *stricto sensu*, não subsistindo necessariamente essas mesmas condições para o ato jurídico *lato sensu*. Conclui-se então que a última *ratio* da responsabilidade civil é a ilicitude do ato em sentido amplo.

Como mencionado anteriormente, a ilicitude pode ser relativa ou absoluta, respectivamente, quando a antijuridicidade atinge um direito relativo baseado em relação jurídica pré-existente ou quando atinge um direito absoluto do lesado. O direito absoluto existe quando uma obrigação é imposta a todos pelo Direito Positivo de um Estado. Não há melhor exemplo no Direito Brasileiro que o dever de cuidado instituído pela Constituição, no Art. 225, em relação à manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em síntese, pode-se entender que uma relação jurídica em sentido amplo cobre todos os que vivem sob o mesmo ordenamento. Desse modo, a essência da ilicitude é a contrariedade ao Direito, sendo autônoma a obrigação que dela surge pelo simples fato de que o Direito é um sistema que se pretende íntegro e coerente.

CAPÍTULO III

EXEGESE DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO

3.1 Introdução

Ao investigar o Princípio da Precaução, causa certo incômodo o fato de ele não ser explicitamente mencionado na Constituição. A menção no texto constitucional poderia representar uma oportunidade para que o legislador delimitasse o princípio, porém sua omissão cria oportunidade para que a doutrina o caracterize a partir do que estabelece no Art. 225 e seus parágrafos. Assim, em face da aludida omissão, o Princípio da Precaução deve assumir contornos amplos no Direito Brasileiro. Para melhor entendimento, repete-se aqui o Art. 225:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela EC n. 96/2017).

3.2 Estrutura do Art. 225: disposições gerais

A exegese do Art. 225 da Constituição indica uma estrutura com disposições gerais e específicas. Na parte geral, o constituinte firma o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. No *caput* do Art. 5º, o significado de “todos” é explícito como brasileiros e estrangeiros residentes no País, concordando a doutrina que os estrangeiros em

trânsito pelo País são também incluídos. O que é ambiente ecologicamente equilibrado é uma tarefa deixada aos vários domínios científicos que concorrem na Ecologia, mas depreende-se do texto que o ambiente ecologicamente desequilibrado é aquele que pode ameaçar a saúde do ser humano pelo simples fato de nele estar inserido. Portanto, o Art. 225 inicia-se com a reafirmação do direito fundamental à saúde e traz por consequência ao direito ao “ambiente ecologicamente equilibrado” a qualificação de direito fundamental.

O meio ambiente tem a natureza jurídica de bem de uso comum do povo. Logo, é um bem público, coletivo e indivisível. É importante considerar o reflexo dessa classificação no direito de propriedade. De fato, há uma sobreposição do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito de superfície: o primeiro limita o segundo, se houver ameaça de rompimento do equilíbrio. Desse modo, o proprietário da superfície que contém sobre si uma área de floresta ou uma nascente de rio, para exemplificar apenas duas situações, tem seu direito de propriedade condicionado pela preservação do equilíbrio ambiental. A questão de definição do equilíbrio ambiental é técnica e não jurídica, e envolve o conceito de risco.

A indivisibilidade é uma condição natural, expressão da dinâmica ambiental. Nenhuma pessoa de direito pode ser proprietária de um rio, do ar ou de uma nascente, porque o equilíbrio ambiental decorre de múltiplas dependências entre os diversos elementos que compõem o meio ambiente.

A Constituição admite a impossibilidade da qualidade de vida em um ambiente desequilibrado. Esse estatuto guarda estreita relação com o fundamento constitucional da dignidade humana. A qualidade de vida admite uma avaliação, ainda que em graus qualitativos, como “boa”, “mediana” e “má”, conforme o risco de danos à saúde; já a dignidade humana não admite avaliação desse teor.

A parte final do *caput* do Art. 225 estabelece um dever comum ao Poder Público e à coletividade: a defesa e a preservação do meio ambiente. Tanto a defesa quanto a preservação se referem às iniciativas que ameaçam o aludido equilíbrio ambiental e importam em vigilância pelo Estado e pela coletividade. Uma diferença sutil pode ser alegada entre defesa e preservação: defesa se refere às ações exógenas que potencialmente agridem o meio ambiente no estado em que se encontra; preservação designa ações endógenas conservativas do estado de equilíbrio existente. Para o Estado, trata-se apenas de um dever que se executa por meio de

ações públicas de vigilância e de preservação; para as gerações presentes, além de dever, é um direito; para as gerações futuras é apenas um direito.

3.3 Parágrafos 1º e 7º

A efetividade desse dever-direito é problematizada no §1º do Art. 225. Registre-se que o legislador constituinte menciona a efetividade do “direito”, o que não exclui, por óbvio, a efetividade do “dever” de defesa e a preservação do meio ambiente equilibrado. Conclui-se que, doravante, dever e direito podem ser referidos como “direito”. Porém, o que incumbe ao Poder Público não exclui a coletividade por força do *caput* do Art. 225, que menciona “todos”. No entanto, a legitimação processual específica prevê modos distintos para a expressão dessa coletividade.

A Lei dos Crimes Ambientais (Lei Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998) descreve os tipos penais em matéria ambiental. A ação penal nesse caso é pública, sendo legitimado para propô-la o Ministério Público, mas o faz em nome do ente político Estado, ou seja, indiretamente em nome do povo. Já a Lei No. 7.347 de 24 de julho de 1985, destinada a disciplinar a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, inclui no Art. 5º, incisos I e II, entre os legitimados, as associações que têm como finalidade estatutária a proteção e defesa do meio ambiente e que estão legalmente constituídas há pelo menos um ano. Portanto, a coletividade é legitimada para a Ação Civil Pública, via associação formal, sob a lei civil. Porém, fora da associação, qualquer pessoa pode e o servidor público deve provocar o Ministério Público, informando-o sobre fatos que constituam objeto da Ação Civil Pública, indicando-lhe elementos de convicção.

O inciso I do §1º do Art. 225 pode ser considerado uma profissão de fé científica. De fato, “processos ecológicos essenciais” é uma expressão para os processos biofísicoquímicos que sustentam o equilíbrio ambiental e devem ser preservados ou restaurados, se perturbados de algum modo. A fé científica vem do pressuposto de que o desenvolvimento social e econômico pode ser ecológico desde que nela tenha suporte.

Como condição de viabilidade financeira, o legislador constituinte incumbe o Estado dessa preservação ou restauração nas áreas de domínio público, como parques e reservas. Essas áreas são definidas como determina o inciso III. Nas áreas de domínio privado, o Estado

deve atuar como indutor das mesmas ações de preservação ou restauração e como fiscal da sua efetividade.

A segunda parte do inciso I do §1º do Art. 225 estabelece que o Estado deve prover o manejo ecológico das espécies e dos ecossistemas. A disposição constitucional pode ser interpretada como a obrigação do Estado de fornecer tecnologia para o manejo ecológico das espécies e subsistemas. Trata-se, portanto, de uma extensão do ato de fiscalizar, uma vez que o manejo das espécies e dos ecossistemas é largamente praticado pelo pequeno agricultor com acesso restrito aos avanços tecnológicos. Implícita nesse dispositivo está a vontade constitucional de não interromper simplesmente as atividades que oferecem perigo ambiental, mas mitigar os riscos que delas decorrem a níveis aceitáveis via provimento tecnológico.

O inciso II do §1º do Art. 225 trata da biodiversidade do Brasil que corresponde a um patrimônio genético de importância para toda a Humanidade. Aqui a prescrição constitucional é a fiscalização de fronteiras, portos, aeroportos e das entidades dedicadas à pesquisa para proteger o patrimônio genético do País. O dever de proteção dos seres vivos em extinção está inserido nesse mesmo mandamento constitucional. O inciso VII explicita esse dever de proteção quanto à fauna e à flora. Uma particularidade desse inciso é a vedação da prática de crueldade contra os animais que entrou no texto constitucional, ao mesmo tempo, como expressão de respeito pelo meio ambiente e indicador de educação ambiental. Porém, o §7º do Art. 225 retira o caráter de crueldade daquelas práticas culturais que implicam sacrifício de animais.

Seguem-se três incisos que se preocupam com a atitude coletiva de cuidado em relação ao meio ambiente. O inciso VI determina a educação ambiental. Coerentemente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional determina

Art. 26 §1º Os currículos a que se refere o caput devem abranger, obrigatoriamente, o estudo da língua portuguesa e da matemática, o conhecimento do mundo físico e natural e da realidade social e política, especialmente do Brasil.

A referência ao mundo físico e natural no volume de abrangência obrigatória dos currículos da educação básica abre ocasião para a inclusão da educação ambiental. Esse mandamento da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional era mais explícito no §7º, que foi introduzido no Art. 26 pela Lei nº 12.608, de 2012, e ficou revogado:

§ 7º Os currículos do ensino fundamental e médio devem incluir os princípios da proteção e defesa civil e a educação ambiental de forma integrada aos conteúdos obrigatórios.

Os incisos IV e V são gradações do mesmo cuidado e buscam conciliar o desenvolvimento e o meio ambiente. O inciso IV tem o caráter de precaução e se destina a todas as atividades que possam representar risco ambiental. Exige-se o estudo prévio do impacto ambiental e a sua publicidade, o que significa o chamamento da coletividade a opinar nos termos do caput do Art. 225. Já o inciso V destina-se a atividades que reconhecidamente necessitam de controle para evitar danos ao meio ambiente. Nesse caso, trata-se do controle do risco para mantê-lo dentro da margem de risco aceitável socialmente admitido.

3.4 Parágrafos 2º, 4º e 6º

O Art. 225 traz, no §2º, a obrigação de reparar as áreas degradadas pela atividade de mineração. Nesse dispositivo constitucional, reconhece-se que a atividade de mineração é ordinariamente lesiva ao meio ambiente, mas não há vedação, apenas imposição de que o ambiente degradado seja recuperado. As exigências dos incisos IV e V do §1º, de realizar estudo de impacto ambiental e de controle por parte do Estado da atividade de produção mineral, respectivamente, se aplicam a esse caso.

Deve-se entender que o §4º do mesmo Art. 225 veda, *a priori*, as atividades minerárias na Floresta Amazônica, nas zonas cobertas pela Mata Atlântica, no Pantanal Mato-grossense, na Serra do Mar e na Zona Costeira, excepcionalmente autorizadas por lei. A Constituição abre mão da preservação ambiental em favor do desenvolvimento econômico, embora, nos casos anteriores, com a exigência de autorização por lei específica.

Com o mesmo espírito do §4º, o disposto no §6º determina que as usinas nucleares devem ter sua localização definida em lei.

Embora lesivas ao meio ambiente, as atividades de mineração, condicionadas pelo disposto nos IV e V do §1º, não constituem infrações administrativas ou penais. Considerando que a Constituição de 1988 concilia desenvolvimento e meio ambiente, isso se configura como uma concessão ao estágio de desenvolvimento tecnológico do País, que ainda não dispõe de soluções técnicas ecológicas para todos os problemas da mineração.

3.5 Parágrafo 3º

Nota-se que a combinação do Parágrafo 3º com o inciso V do §1º torna o Estado que não controla a produção mineral ou de bens potencialmente lesivos ao meio ambiente, tanto na fase de comercialização quanto na de produção, praticante de uma conduta lesiva ao meio ambiente e, portanto, passível de sanções penais e administrativas. No Brasil, a Agência Nacional de Mineração (ANM) é o órgão incumbido do controle da produção mineral e, se não o faz, efetivamente é corresponsável pelos danos ambientais decorrentes.

3.6 Status jurisprudencial

Na perspectiva deste trabalho, o Artigo 225 da Constituição, *caput*, é a autêntica expressão do dever de cuidado com a matéria ambiental que se impõe a todos no território nacional. Admite-se aqui a sua normatividade plena, mas isso não tem acontecido alhures, senão progressivamente, quanto ao *caput*. Os diversos parágrafos desse artigo são evidentemente normas cogentes e dispõem sobre ações que visam tornar efetiva a proteção ambiental.

Em seguida, citam-se alguns acórdãos e decisões monocráticas no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que expressam a visão que têm os Ministros especificamente do *caput* Artigo 225, ainda que o objetivo da declaração não tenha sido o de resolver contenda diretamente relacionada a ele. Portanto, as declarações são tomadas pelo seu valor intrínseco.

Em julgado de 18 de outubro de 2017, o Pleno do Supremo Tribunal Federal assim se manifestou na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4269, sendo Relator o Ministro Edson Fachin:

O direito ao meio ambiente equilibrado foi assegurado pela Constituição da República, em seu artigo 225, bem como em diversos compromissos internacionais do Estado Brasileiro.

Como se observa, trata-se do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Neste trabalho, esse é um direito fundamental que decorre de sua estreita ligação ao direito fundamental à saúde, uma vez que é inquestionável a dependência desta.

Em 17 de junho de 2010, outro julgado do Pleno do Supremo Tribunal Federal, manifesto no Mandato de Segurança MS 26064/DF, sendo Relator o Ministro Eros Grau, assim afirma:

A Constituição do Brasil atribui ao Poder Público e à coletividade o dever de defender um meio ambiente ecologicamente equilibrado. [CB/88, art. 225, §1º, III].

Desta feita, o Pleno do Supremo Tribunal Federal manifesta-se pelo dever de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado, expresso no Artigo 225 da Constituição. Esse caráter dúplice de direito-dever é atribuído ao caput do Artigo 225 em variadas circunstâncias. O Ministro Luiz Fux, nos autos da decisão de Agravo, em Recurso Extraordinário RE 1133042/SP, **julgado em 03 de abril de 2019**, assim se expressa:

O Colegiado destacou que o art. 225 da Constituição Federal estabelece que ‘todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações’. Sob essa perspectiva, o meio ambiente assume função dúplice no microsistema jurídico, na medida em que se consubstancia simultaneamente em direito e em dever dos cidadãos, os quais se posicionam, paralelamente, também de forma simultânea, como credores e como devedores da obrigação de proteção respectiva.

O caráter dúplice de direito-dever firmou-se, portanto, de modo concomitante e inseparável *erga omnes*. No caso particular dos entes políticos, a fixação da responsabilidade oriunda do Artigo 225 fica patente na decisão de Agravo no Recurso Extraordinário ARE 938571/RS, datada de 13 de novembro de 2018, da relatoria do Ministro Edson Fachin:

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é resguardado pelo art. 225 da CRFB/88, e sua proteção é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme art. 23, VI e VII, da CRFB/88. Cabe a cada uma destas esferas de governo, nos termos da lei e do interesse preponderante, fiscalizar, licenciar e, em havendo necessidade, atuar, com o objetivo de promover a proteção do meio ambiente e combater a poluição, bem como preservar a floresta, a fauna e a flora, remetendo a fixação das normas de cooperação para o âmbito normativo de Leis Complementares.

A afirmativa anterior seria incompatível com um entendimento de normatividade dúbia do *caput* do Artigo 225 em comento, pelo que se conclui que a prática jurisdicional recente vem contribuindo para o assentamento de sua força. Nesse mesmo sentido, vem o manifesto do Ministro Alexandre de Moraes, exarado em decisão do *Habeas Corpus* HC 161376/SC, datado de 28 de setembro de 2018:

As infrações penais ambientais, de regra, não admitem a aplicação do princípio da insignificância, considerando que o bem jurídico agredido é o ecossistema, constitucionalmente tutelado pelo artigo 225 da CF/88, de relevância imensurável, seja porque o meio ambiente é bem jurídico de titularidade difusa, seja porque as condutas que revelam referidos crimes assumem uma potencialidade lesiva que se protraí no tempo e pode afetar as gerações futuras, seja porque as violações ao meio ambiente, por menores que sejam, revelam-se demais preocupantes, à medida que o aumento da destruição é proporcionalmente maior de acordo com o crescimento da população, tornando-se cada vez mais difícil de controlar, motivo pelo qual não se pode mais admitir transigência e deve-se cobrar de todos a máxima preservação.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pode-se observar a evolução da força normativa do Artigo 225 da Constituição. Em 22 de maio de 2007, em relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça fez a seguinte menção apenas genérica à força constitucional do mandamento de fiscalizar inscrito no Artigo 225, tudo no julgado do Recurso Especial REsp 647493/SC:

A União tem o dever de fiscalizar as atividades concernentes à extração mineral, de forma que elas sejam equalizadas à conservação ambiental. Esta obrigato-riedade foi alçada à categoria constitucional, encontrando-se inscrita no artigo 225, §§ 1º, 2º e 3º da Carta Magna.

Em julgado de 28 de maio de 2013, o Ministro Herman Benjamin, reconhecidamente precursor da normatividade do Princípio da Precaução no Brasil, nos autos do REsp 1296193/RJ assim se manifestou:

Todas essas disposições constitucionais se complementam com o art. 225, caput, da Carta Magna, que impõe ao Poder Público e a toda a coletividade o dever de defender e preservar, para as

presentes e futuras gerações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida, como direito difuso e fundamental, bem de uso comum do povo, vocalizando, em seus comandos normativos, os princípios da precaução, prevenção e reparação integral, entre outros.

Ainda nessa seara, a Ministra Regina Helena Costa, em despacho de 7 de agosto de 2014, em Agravo Regimental nos Autos do Recurso Especial 1.418.795/SC, assume uma posição muito mais tímida:

Os princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, previstos no art. 225, da Constituição da República, devem orientar a interpretação das leis, tanto no direito ambiental, no que tange à matéria administrativa, quanto no direito penal, porquanto o meio ambiente é um patrimônio para essa geração e para as futuras, bem como direito fundamental, ensejando a adoção de condutas cautelosas, que evitem ao máximo possível o risco de dano, ainda que potencial, ao meio ambiente.

Observa-se que o mandamento precaucional contido no Artigo 225 da Constituição é utilizado como orientação para interpretação da lei ambiental, tanto na esfera do Direito Civil quanto do Direito Penal. Essa manifestação pode ser considerada ainda tímida, porque a autora não lhe concede a normatividade plena, mas apenas o *status* de orientação da interpretação da lei, vale dizer, de geração da norma aplicável ao caso concreto.

Em breve compilação, conclui-se que o *caput* do Artigo 225 da Constituição progressivamente evolui de princípio orientador da interpretação da lei infraconstitucional para a posição de dispositivo constitucional com normatividade plena.

CAPÍTULO IV

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O CONCEITO DE RISCO

4.1 Introdução

Dentre os que lidam com a questão ambiental, há dois grupos claramente opostos: os desenvolvimentistas e os ecologistas. Do ponto de vista sociológico rigoroso, há estudos que identificam várias correntes que abordam a questão ambiental com base em pressupostos distintos. Kanashiro (2010) descreve, de forma sucinta, as bases de oito "teorias" nas quais certamente se enquadra a grande maioria das que, por alguma razão, se relacionam com a questão ambiental. A denominação dual anterior — desenvolvimentistas e ecologistas — não é sociológica, mas comportamental, refletindo atitudes que estão na base da discussão sobre a efetividade do Princípio da Precaução, que é o foco deste trabalho.

A ideia central da precaução surgiu em comunidades científicas e políticas europeias e estadunidenses aí pelos anos 1970. Na Alemanha, nasceu, para uso doméstico, a noção de *vorzorgeprinzip*¹ (GUPTA, 2014) como a necessidade de previsão das consequências dos empreendimentos humanos com impactos ambientais conhecidos ou apenas possíveis. O contexto em que medraram essas ideias precaucionais tem na sua base a grande crise do carvão na Alemanha, vivenciada a partir de 1958, que foi seguida pela crise do petróleo de 1973 e levou à introdução de políticas de desenvolvimento que tinham por base a energia nuclear (CHRISTIAN HÜBNER, 2015). Ora, a experiência mundial com a energia nuclear na Segunda Grande Guerra era a de uma catástrofe sem medida, o que aconselhava precaução. Em 1978, a União Democrática Cristã da Alemanha (CHRISTIAN HÜBNER, 2015) fez inscrever em seu programa o seguinte texto considerado visionário para a época:

...a conservação de nosso sistema de suporte vital é parte de uma liberdade responsável. Quem explora hoje em dia de modo irresponsável este sistema e altera as relações ambientais fere a solidariedade entre as gerações.

¹ Princípio da precaução. Princípio da prevenção. Abordagem cautelar. <https://www.linguee.pt/alemao-portugues/traducao/vorzorgeprinzip.html>. Acessado em jan. 2019.

Observam-se no texto o fundamento da responsabilidade civil na exploração dos recursos naturais e a preocupação com o bem-estar das futuras gerações, ideias essenciais ao Princípio da Precaução, presentes também no *caput* do Art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Um longo caminho entre essa ideia programática e uma estruturação processual ainda está em curso.

Nos Estados Unidos, já em 1976, o caso da redução de chumbo na gasolina chegou à Suprema Corte — caso *Ethyl Corporation versus Environmental Protection Agency*. Aqui o princípio da União Democrática Cristã da Alemanha perde em idealização, mas ganha em praticidade processual: a Suprema Corte baseou sua decisão de mandar reduzir gradativamente o teor de chumbo na gasolina utilizada nos Estados Unidos na Secção 211, item c, n. 1, alínea A da lei *Clean Air Act*, que autorizava a *Environmental Protection Agency* a regular as atividades que pudessem expor a perigo a saúde pública e o bem-estar coletivo (DRECHSLER, 1977). Naturalmente, nos casos futuros, ficou claro que a *Environmental Protection Agency*, ou qualquer outra agência regulatória, não poderia limitar a atividade econômica com base apenas em uma suposição do malefício. Antes, era preciso que houvesse certo grau de certeza científica dessas consequências maléficas.

Até esse ponto, os elementos constituintes do Princípio da Precaução já estavam presentes nas discussões sobre o tema: o risco para as presentes e futuras gerações, a solidariedade para com as gerações futuras, e a incerteza científica de consequências danosas no futuro próximo ou distante da implantação da atividade econômica.

Nos anos setentas e oitentas do século XX, a substituição da base energética de desenvolvimento, então concentrada no petróleo, especialmente no Ocidente, pela energia nuclear motivou as maiores economias do mundo. Em 28 de março de 1979, houve o acidente nuclear de *Three Mile Island*, na Pensilvânia, nos Estados Unidos, que, em termos da quantidade de radiação liberada para o meio ambiente, não foi significativo, mas deveu-se à falha de um sistema secundário de bombeamento, chamando a atenção para análises rigorosas de risco, quando se trata da segurança de reatores (OLIVEIRA; BARROSO, 1980). Em 26 de abril de 1986, o grande acidente de Chernobyl, na União Soviética, alarmou o mundo: a quantidade de radiação liberada para o meio ambiente faz vítimas até hoje, segundo as Nações Unidas e o *Greenpeace International* (PLOKHY, 2018).

O acidente de Chernobyl deu contornos reais à ameaça nuclear que já era vivenciada no clima da Guerra Fria, após a Segunda Grande Guerra. Nesse período, cresceram nas

diversas organizações sociais de caráter político e acadêmico as discussões em torno do Princípio da Precaução. Vários acordos internacionais o adotaram, como a Declaração do Rio 92 (UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS, 1992), a Quarta Convenção sobre Alterações Climáticas (FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE, 1992) e o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança (LIM, 2007). É relevante dizer, em face de sua importância cultural e econômica, que o tratado que rege a União Europeia prevê no seu Artigo 174, n. 2, o emprego do Princípio da Precaução nas políticas de desenvolvimento adotadas nas diversas comunidades (EUROPEAN COMMUNITY, 2004).

É inegável, entretanto, que o Princípio da Precaução, quarenta anos depois de surgir como diretriz programática da União Democrática Cristã da Alemanha, é uma ideia que se difundiu amplamente, mas ainda é somente uma ideia parajurídica e não tem o *status* de norma cogente na maioria dos países do mundo. Enquanto a Europa, nas situações mais frequentes, se deixa orientar pelo Princípio da Precaução e possui a maioria das organizações sociais ativistas que pressionam pela sua adoção, os Estados Unidos são mais céticos e só o adotam quando há evidências científicas dos riscos.

No mundo acadêmico, o Princípio da Precaução tem sido rotulado de paralisante e incoerente (SUNSTEIN, 2003), vago (BODANSKY, 2004) e culpado de gerar custos elevados das soluções ambientais a ponto de não se aconselhar a sua adoção universal (WIENER, 2009). No mundo jurídico, recebe desde os qualificativos de arbitrário e caprichoso, como sugere a capa do livro de Merchant e Mossman (2004), até a referência de ideia mais promissora que já surgiu na discussão de políticas ambientais em todo o mundo (TROUWBORST, 2009). Neste trabalho, refletindo sobre as razões dessa trajetória controversa do Princípio da Precaução, conclui-se, como se descreve neste e nos próximos capítulos, que há necessidade de um processo específico para sua utilização plena no mundo jurídico. Antes, porém, focaliza-se um problema de nomenclatura: a distinção entre prevenção e precaução.

4.2 A distinção entre prevenção e precaução

Parte da doutrina jurídica se preocupa em distinguir prevenção de precaução. O problema reside no fato de definir as condições de aplicação de um e de outro

(TROUWBORST, 2009). A distinção é feita com base em uma conceituação errônea de risco, razão pela qual ela não é adotada neste trabalho. Com efeito, Kourilsky e Viney (2000) apresentam a síntese do fundamento dessas posições doutrinárias nos seguintes termos:

A distinção entre risco possível e risco comprovado fundamenta a distinção paralela entre precaução e prevenção. A precaução é relativa a riscos potenciais e a prevenção a riscos conhecidos.

Obviamente os autores utilizam o conceito de risco como as consequências negativas de determinado evento. Nesse caso, se o efeito negativo é conhecido e certo, tratar-se-á de prevenção; se o efeito é apenas possível, tratar-se-á de precaução. Para ilustrar, consideram-se dois casos em que se usariam a prevenção e a precaução, respectivamente: a contaminação de um lençol freático, com elevadas concentrações de cianeto, torna a água imprópria para o consumo, e sementes transgênicas podem ser cancerígenas.

O conceito de risco utilizado nos diversos ramos científicos que concorrem na investigação de desastres naturais não é mero sinônimo do efeito negativo, comprovado ou não, de determinado evento. Risco é uma grandeza física, que apresenta três dimensões (CLARET-GOUVEIA et al., 2017): o cenário de um evento natural, dado pela sua descrição; a probabilidade de ocorrência desse cenário e a grandeza das suas consequências. Portanto, a consequência, na sua natureza e na sua grandeza, é apenas uma das dimensões do risco.

O conceito utilizado por Kourilsky e Viney (2000) corresponde ao que se denomina perigo nesses mesmos ramos científicos. A ruptura de uma barragem, um acidente em uma indústria química e o cultivo e o consumo de alimentos transgênicos são cenários de perigo que podem causar danos ao meio ambiente e aos seres humanos.

Mais importante que a restrição semântica do vocábulo risco é que as correntes doutrinárias que partilham o conceito de Kourilsky e Viney (2000) utilizam uma probabilidade que mede o grau de confiança científica na produção do efeito negativo em lugar da probabilidade de ocorrência do cenário de risco. Embora seja inquestionável, do ponto de vista científico, que a contaminação de um manancial com cianeto o torne impróprio para consumo — e tratar-se-ia de aplicação do Princípio da Prevenção ao caso de implantação de uma mineração de ouro em local próximo de um manancial —, a probabilidade de que esse evento ocorra especificamente nesse local pode ser tão pequena que seja aceitável — e tratar-se-ia de ocasião de aplicação do Princípio da Precaução. Evidentemente não há distinção

quanto às condições de aplicação dos dois Princípios, ou essa distinção é ambígua, podendo gerar erros graves de aplicação.

Conclui-se que a distinção entre prevenção e precaução é inócua. Não é diferente o que afirma Cipro Neto (2009): "Precaver não tem relação etimológica com ver; sua raiz (latina) é a mesma de cauto, cautela, caução, precaução". Trouwborst (2009) fez longo estudo sobre a distinção entre prevenção e precaução no Direito Internacional e sua conclusão foi expressa nos seguintes termos:

Primeiramente, para todas as intenções e propósitos, no direito internacional do meio ambiente, o princípio da precaução pode ser visto como tendo absorvido o princípio da prevenção — ou, alternativamente, como sendo sua forma mais desenvolvida. De um modo ou de outro, o resultado é o mesmo. Com a consolidação legal do princípio da precaução, não há mais razão para manter um princípio da prevenção em separado visando a prevenir danos "certos" — de qualquer modo, um princípio que nunca teve uma existência autônoma no direito internacional. (Tradução do Autor).

Portanto, doravante, os princípios da prevenção e da precaução serão tratados neste trabalho como um só com o enunciado dado pela Declaração de Wingspread (THE SCIENCE AND ENVIRONMENTAL HEALTH NETWORK, 2018):

Quando uma atividade representa ameaças de danos ao meio ambiente ou à saúde humana, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo se algumas relações de causa e efeito não forem plenamente estabelecidas cientificamente.

4.3 Uma pausa na racionalidade jurídica

Pelo menos em um nível prático, desenvolvimentistas são os que defendem, como princípio, a possibilidade de crescimento sem degeneração ambiental; ecologistas são os que recusam, como princípio, o desenvolvimento, uma vez que creem que ele causa danos ambientais. Uma e outra posição não são necessariamente verdadeiras em todos os casos e há posições mais exacerbadas. Os ecologistas frequentemente resvalam para posições ingênuas, chegando a defender o decrescimento; os desenvolvimentistas muitas vezes se armam de uma crença exagerada de que a ciência e a tecnologia resolverão os problemas ambientais que surgirão no futuro, mesmo os que atingirem a escala planetária.

Do ponto de vista social e, logo, jurídico, o Princípio da Precaução tem o papel de aliviar as tensões entre essas duas posições, sendo tanto mais útil quanto mais afastadas elas estiverem. Se, por um lado, o Princípio da Precaução é uma concessão ao desconhecimento científico das reais consequências de determinadas iniciativas humanas, por outro lado, atua como defesa contra o malefício que se atribui *in limine* ao desenvolvimento.

Na ciência moderna, baconiana, a racionalidade do Princípio da Precaução encontra dificuldades para se sustentar. De fato, seu campo de aplicação é descrito por um volume vazio de conhecimentos científicos ao mesmo tempo em que é preenchido por convicções políticas e sociais, que vão de imaginativas teorias da conspiração a crenças semirreligiosas no seu fervor.

O Direito, como reza a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Art. 5º, inciso XXXV, não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Existe aí o pressuposto de que o Direito é um sistema coerente, sem lacunas, capaz de se identificar onde quer que esteja. Nas questões em que dois sujeitos de direito se opõem, a racionalidade jurídica, expressa por um discurso argumentativo, é capaz de identificar a norma que se aplica. Isso tem sido o *iuris cotidianum* por vários séculos: o Direito atua como agente de recomposição da ordem social.

As questões ambientais frequentemente são situações em que dois sujeitos de direito divergem sobre ações futuras a que um atribui resultados conformes com a ordem social e outro atribui resultados que a contrariam. Por uma demanda dos ecologistas, o Estado já estabeleceu que deve participar dessas questões com a prerrogativa de decisão final, afastando o viés liberal que as deixava, pelo menos até o século XIX, no auge do Liberalismo, à mercê apenas da força do capital. Nesse aspecto, os ecologistas entram na querela vencedores da primeira etapa. Contudo, os desenvolvimentistas têm a seu favor o apelo do crescimento que atrai a sociedade e o próprio Estado como solução para sua sustentação mediante a arrecadação de impostos.

O Direito, porém, se localiza nessa querela de forma enviesada: não dispõe de um fato jurídico *lato sensu* (MELLO, 2010) e nem das suas consequências. Expressando em termos lógicos, nas situações do tipo "se *p* é, então *q* deve ser" em que *p* é um fato jurídico *lato sensu* e *q* é uma imputação do Direito que visa à restauração do sistema, tudo se resolve de forma direta pela racionalidade jurídica. Quando, porém, a situação é "se *q* pode ser, então *p* não deve ser", a racionalidade jurídica se mostra insuficiente para uma resposta coerente com

princípios clássicos do Direito, como o da liberdade de agir, o da livre iniciativa e o da solidariedade com as gerações futuras.

O Princípio da Precaução foi trazido à seara do Direito pelos ecologistas, mas evidentemente sua origem é exógena. Precaução é reação a uma situação em que se percebe algum perigo. A noção de perigo é anterior e corresponde a uma "situação exterior, capaz de provocar reações afetivas e estruturais" (BARROIS, 2005). O perigo dispara mecanismos psíquicos e, simultaneamente, ações que visam estabilizar um determinado estado de organização social, evitando um deslocamento que pode ser traumático.

O perigo articula dois espaços: o exterior, que é dotado de realidade própria, e o interior, que percebe a realidade exterior em função do horizonte histórico amplo de cada ser humano. Fica evidente, pois, que a noção de perigo envolve, nesses dois espaços articulados, temporalidades diversas como as vivências sociais predominantes em dado momento e a vivência psíquica interior, consciente ou não, das suas lideranças. Considerando que houve dano a um ente social, desde o Código de Hamurabi, datado do século XVIII a.C, o Direito sustenta a responsabilidade do agente. Por essa via, o perigo entra no Direito e aí exige quantificação, o que, até hoje, se faz melhor com a definição de risco.

A precaução é expressão do que, no Direito, vem a ser o dever de cuidado em face do perigo. É uma pausa reflexiva da racionalidade jurídica, não para apurar fatos e enquadrá-los em tipos jurídicos, mas para cotejar a probabilidade de fatos ainda não realizados e as suas consequências. Quando a Ciência socorre com a certeza científica das consequências — o que raramente ocorre fora do mundo físico newtoniano —, o Direito pode condicionar a realização futura do fato para conformar as consequências prováveis ao aceitável. Essa pausa reflexiva corre o risco de ser inócua, enquanto a abordagem jurídica for baseada em um processo de decisão também newtoniano — e aqui se incluem especificamente os processos civil e penal clássicos — qual seja a decisão que se toma pelo mero peso das consequências.

Trata-se, portanto, do ponto de divergência de duas linhas que podem ser sintetizadas nas duas proposições lógicas citadas antes. A primeira — se p é, então q deve ser — segue uma linha secundada pela certeza científica, que reduz o espaço entre o tempo presente e o tempo futuro. A segunda — se q pode ser, então p não deve ser — segue uma nova linha secundada pela noção de risco. Mas o conceito de risco encontra dificuldades de permeação no Direito.

4.4 O risco e a segurança na perspectiva do Direito

Os conceitos de segurança normalmente encontrados em textos não especializados encerram ideias comuns na população: "a segurança é o estado, qualidade ou condição de uma pessoa ou coisa que está livre de perigos, de incertezas, assegurada de danos e riscos eventuais" (VILLAR; HOUAISS, 2009). Esse conceito reflete a longa tradição do “paraíso tropical”, epíteto que se atribuiu ao Brasil até o final dos anos oitentas para significar uma suposta imunidade a desastres naturais (STEVANUX et al., 2009).

Analisando esse conceito popular, observa-se que se trata de uma segurança absoluta que afasta todos os riscos. Há uma evidente oposição entre "estar seguro" e "estar em risco". Ela é inconcebível no mundo real: a experiência cotidiana mostra que a segurança de um sistema convive sempre com cenários de risco prováveis. Desse modo, segurança e risco deixam de ser antônimos radicais, como seria de se imaginar pelo conceito popular, mas passam a ser tão associados em sentido que se aproximam da classe de sinônimos. Permanece entre os conceitos de segurança e risco apenas uma oposição quanto às suas medidas, uma vez que se admite que quanto maior a segurança, menor o risco (CLARET-GOUVEIA et al., 2017).

O conceito popular de segurança é encontrado subjacente em muitos textos técnicos e, particularmente em Direito Ambiental, está na base de denúncias contra profissionais sob a acusação de agir com dolo eventual na produção de resultados indesejáveis. Cite-se, para ilustrar, o seguinte excerto da denúncia em um rumoroso caso² recente:

O motivo torpe dos homicídios ficou caracterizado pela constatação de que, mesmo absolutamente conscientes, desde a época do licenciamento do empreendimento, de todos os riscos envolvidos na sua construção e sua operação, os denunciados optaram por uma política empresarial de priorização de resultados econômicos em detrimento de práticas de segurança para o meio ambiente e para as pessoas potencialmente afetadas, assumindo todos os riscos da causação das mortes.

É relevante sublinhar que o texto foi lavrado para caracterizar uma das qualificadoras do crime de matar: o motivo torpe. Nele é evidente a crença do acusador na oposição entre segurança e risco dos quais é possível, segundo afirma, ser "absolutamente consciente".

²Apesar de se tratar de documento público, omitem-se a autoria e os elementos de identificação do caso. Ligeiras modificações ou omissões foram feitas com o mesmo fim.

O pressuposto da oposição total entre segurança e risco é observável também na definição de segurança de barragem encontrada no Art. 2º, III, da Lei Nº 12.334 de 20 de setembro de 2010:

"Segurança de barragem: condição que vise a manter a sua integridade estrutural e operacional e a preservação da vida, da saúde, da propriedade e do meio ambiente".

Pode-se depreender que existe uma "condição" em que nenhuma consequência negativa é admitida. No Art. 4º, III dessa mesma lei estabelece-se como fundamento da Política Nacional de Segurança de Barragens a "garantia da segurança da barragem", que é responsabilidade do empreendedor. Se for compreendida como antônimo de risco, o empreendedor está diante de uma missão impossível.

Trazendo à terra, perigo é um evento geológico, atmosférico ou hidrológico que tem o potencial de causar danos a pessoas, ao meio ambiente e ao patrimônio (WAMSLER, 2007). Um perigo natural não é necessariamente causado por forças naturais unicamente, mas podem ser induzidos pela ação humana. Não se mede o perigo, mas se o percebe de forma própria conforme o conhecimento e a vivência de cada um. Uma comunidade pode perceber um perigo com sentimento que varia do simples receio ao pânico e pode até reagir a ele com indiferença.

Uma barragem é uma fonte de perigos assim como uma usina nuclear, uma rodovia ou uma indústria. Em geral, para identificar perigos oriundos de uma mesma fonte utilizam-se cenários que se descrevem literalmente ou se traduzem por meio de critérios de falha. Ao cenário de perigo associa-se um risco, que é uma entidade física distinta.

Textos jurídicos costumam usar risco em lugar de perigo. Mesmo entre os profissionais da Engenharia, subsiste um conceito inadequado de risco cuja origem se identifica na área financeira. Desde o início do século XIX, a partir da institucionalização do controle da economia privada pelo Estado, expressões como alto, médio e baixo são utilizadas para classificar os riscos de investimentos. O fundamento dessa avaliação qualitativa de risco é o balanceamento dos parâmetros que impulsionam o desempenho favorável de um sistema contra os que o dificultam. A noção qualitativa desse desbalanceamento corresponde ao conceito de coeficiente de segurança.

Buscando uma medida do risco, há métodos de avaliação que propõem o emprego do produto da probabilidade p de um evento desfavorável pela grandeza das suas consequências calculadas monetariamente, C . O risco, nesses casos, é $R = pC$. Isso equivale, em sentido amplo, a identificar um desastre natural a um desastre meramente financeiro. Em que pese o Direito haver assimilado princípios como o do poluidor-pagador e ser já tradicional a conversão em moeda dos danos a bens jurídicos morais, a ordem de grandeza dos danos na seara de aplicação do Princípio da Precaução pode ser tal que o simples pagamento seja uma vitória de Pirro³.

O método mais adequado para aplicações do conceito de risco tem origem nas análises feitas em Engenharia Nuclear nos anos setentas e oitentas (KAPLAN; GARRICK, 1981), contemporaneamente com o desenvolvimento do conceito de precaução, mas aparentemente sem contato entre eles. Por esse método, o risco é uma entidade física tridimensional que pode ser expresso por um conjunto de triplas ordenadas do tipo $\{(S_i, p_i, C_i)\}, i = 1, N$ sendo S_i o cenário de risco considerado; p_i a probabilidade de ocorrência desse cenário; e C_i a grandeza das consequências associadas ao cenário considerado (HASSEL, 2010; CLARET-GOUVEIA et al., 2017). N é o número dos cenários mais prováveis.

No que concerne ao interesse deste trabalho, tanto em Engenharia quanto em Direito, os vocábulos perigo e risco são utilizados, mas é evidente que frequentemente se emprega risco para significar perigo. O perigo é apenas uma das dimensões do risco; as duas outras são a probabilidade de determinado evento perigoso, também denominado cenário de risco, e a grandeza das consequências a ele associadas. No Art. 225, §1º, V, da Constituição Federal de 1988, encontra-se uma das ocasiões em que o perigo teria sido mais bem empregado em lugar de risco:

Art. 225. § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

...

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

³ Vitória pírrica ou vitória de Pirro é uma expressão utilizada para se referir a uma vitória obtida a alto preço, potencialmente acarretadora de prejuízos irreparáveis. TERRA, Dimas. Viagem. São Paulo: Biblioteca24x7, 2010. pag. 61.

Como se observa, o perigo de danos à vida e ao meio ambiente é inerente à produção e à comercialização de alguns bens e, do mesmo modo, ao emprego de técnicas, métodos e determinadas substâncias. Não se trata de risco, porque ao menos duas das três dimensões estariam faltando: a probabilidade do perigo (ou de um cenário cuja fonte fosse esse perigo) e a grandeza das consequências a ele associadas. Na mesma linha, veja-se, para ilustrar, o texto seguinte que se extraiu de um libelo de denúncia de crime contra a fauna decorrente do colapso de uma barragem:

*Registra-se que a mortandade de espécimes da fauna **foi praticada** com o emprego de métodos e instrumentos capazes de provocar destruição em massa, qual seja, a construção de barragem de rejeito pelo método de alteamento a montante, técnica construtiva de menor custo, mas que apresenta a **maior quantidade de riscos operacionais**.*

O que se pretende com a acusação anterior é agravar a pena pela qualificação de crime cometido com "emprego de métodos e instrumentos capazes de provocar destruição em massa", previsto no Art. 29, §4º, VI da Lei nº 9.605/1998 (BRASIL, 1998). Seria necessário dizer que a técnica de construção da barragem pelo método de alteamento a montante representa maiores perigos operacionais, na opinião do autor da denúncia. Barragens, como todas as construções humanas, são fontes de perigos. Esses perigos não são riscos e, não sendo riscos, não foram "praticados" por nenhum profissional, pois são perigos inerentes às barragens e aceitos coletivamente, enquanto se conviveu com eles.

Ocorre também, com frequência, no mesmo texto a troca do vocábulo perigo e risco com o mesmo sentido de perigo. Veja-se, por exemplo, o texto extraído de uma denúncia:

*Ora, seria escusado dizer que as consequências **colocaram em risco a saúde e a integridade**, não de um homem, mas de uma comunidade. (...) Como se não bastasse, há de ponderar que o rio federal (...) foi, como bem da União, na subespécie de uso comum do povo, **exposto a perigo de morte efetiva** pelo aumento excessivo da carga de demanda biológica de oxigênio, e conseqüente e danosa diminuição do oxigênio dissolvido.*

Normas internacionais (ISO, 2009; AS/NZS, 2009) de gestão de riscos são mais cuidadosas no uso dessa terminologia. Em Inglês, para perigo se usa *hazard*, e para risco, *risk*. O processo de Gestão de Riscos inicia-se com uma fase de identificação de perigos que consiste em buscar conhecer onde, quando, por que e como eventos naturais podem gerar

efeitos indesejáveis sobre dado sistema. Segue-se uma fase de análise de riscos que consiste na determinação do risco, ou seja, da descrição de cenários de perigo, do cálculo da probabilidade de cada cenário e da determinação da grandeza das consequências que lhe são associadas. Uma terceira fase, a de avaliação de riscos, porém, é essencial, ou seja, a comparação dos riscos com o risco máximo admissível de modo a orientar a tomada de decisões.

Quando se adota um conceito qualitativo de risco, em geral dois cenários são comparados com a definição de coeficientes de segurança. Embora seja uma avaliação qualitativa, inadequada para a tomada de decisões ou para a imputação de responsabilidade criminal, o coeficiente de segurança, porque é uma avaliação subjetiva da segurança relativa de dois ou mais sistemas, é muito utilizado, mas gera ilusão de segurança.

Quando se adota um conceito unidimensional de risco, duas situações distintas podem ser comparadas por meio dos valores diretos do risco em cada caso. Aqui o problema maior é o significado de cada um, já que as consequências, em cada caso, são distintas e precisam ser monetizadas para se conhecer o risco. Subjaz nessa comparação toda a questão da valoração de bens jurídicos como a vida humana, rios, fauna e flora.

A adoção do conceito tridimensional do risco permite uma avaliação de risco em caráter absoluto. Uma vez fixado o cenário de perigo, a sua probabilidade e a grandeza das consequências se comparam de forma independente. Nesse caso, não só a probabilidade do cenário não é atribuída de forma subjetiva, mas com base na modelação e simulação do comportamento físico dos sistemas, como as consequências podem ser avaliadas na sua diversidade. Para se afirmar, portanto, que há assunção de risco por parte de um profissional, uma empresa ou uma comunidade, é preciso que se tenha feito análise de riscos e que as normas aplicáveis determinem o risco máximo admissível, possibilitando a sua avaliação. Se essas condições não são constatadas, não houve assunção de risco, mas apenas um perigo que se percebe mais ou menos intenso conforme a vivência de cada um.

4.5 Dolo e dolo eventual

Duas expressões notáveis são usadas em Direito contendo as palavras "perigo" e "risco": "iminente perigo", referindo-se ao estado ou à condição de um sistema ou de um

conjunto de pessoas, e "assumiu o risco", referindo-se à conduta de um agente. Uma análise permite concluir que essas expressões se aproximam no seu conteúdo semântico a "risco iminente" e "assumiu o perigo", respectivamente.

Por "iminente perigo" entende-se determinado cenário de perigo cuja probabilidade de ocorrer é grande, muito superior à admissível, associado a consequências qualitativamente avaliadas como indesejáveis. Logo, quando se usa essa expressão, de alguma forma a tridimensionalidade do risco está satisfeita, ainda que de modo qualitativo, mas suficiente para exigir uma decisão. "Iminente perigo", portanto, se aproxima conceitualmente de "risco iminente".

Quando se afirma que o agente "assumiu o risco", diz-se, na verdade, que ele age com negligência diante de cenários de perigo cujas probabilidades não conhece e cujos resultados não avalia, embora certamente indesejáveis. Ora, essa é literalmente uma assunção do perigo inerente a toda empreitada humana. Logo, "assumiu o risco", se não for possível demonstrar que o agente o conhecia nas suas três dimensões e que o poderia comparar com um risco máximo admissível, significa "assumiu o perigo", algo que, em geral, se faz coletivamente.

A questão conceitual subjacente no emprego da expressão "assumiu o risco" em Direito refere-se ao conceito de dolo. Em Direito Penal, quatro teorias (GRECO, 2018) se admitem para a análise da conduta cujo resultado se constatou lesivo a um bem protegido por lei.

Em síntese, a primeira teoria, denominada "teoria da vontade", põe seu foco na vontade livre e consciente de ultrapassar a limitação da lei, agindo na forma prevista no tipo penal; a segunda e majoritária é a "teoria do assentimento", pela qual o agente reconhece a possibilidade do resultado lesivo de sua ação, mas a executa assumindo o risco de produzi-lo; a terceira é denominada "teoria da representação", pela qual não se deve avaliar se houve ou não assunção de risco, mas simplesmente se o agente, conhecendo a possibilidade do resultado lesivo, prossegue ou não na ação; e a quarta, que é a "teoria da probabilidade" pela qual o dolo cinge-se ao conhecimento das chances do resultado lesivo.

No Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), no Art. 18, lê-se que é doloso o crime *quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo*. Na primeira hipótese, quando o agente quis o resultado, trata-se de dolo ordinário; na segunda, quando o agente assumiu o risco de produzi-lo, trata-se de dolo eventual.

É relevante a consideração dessas teorias, porque frequentemente os libelos acusativos se valem de mais de uma delas com o fim de analisar a conduta do agente, pessoa física ou jurídica. Em geral, os profissionais e os empreendedores são denunciados por dolo eventual, se um resultado indesejável ocorre em razão de um equipamento onde estiveram incumbidos de projeto, manutenção ou verificação de estabilidade.

A teoria da vontade se mostra inadequada para as catástrofes ambientais pelo simples fato do instrumento. As teorias do assentimento e da representação envolvem a possibilidade de um resultado desastroso e, nesse aspecto, também se mostram inaplicáveis, porquanto, em uma sociedade de risco (BECK, 2013), os equipamentos sociais representam perigos. A condição de impossibilidade de algum evento danoso consequente a um empreendimento humano faria da Terra um planeta completamente vazio de qualquer impulso civilizatório, ou seja, todos os empreendimentos humanos são associados a probabilidades de resultados danosos. Por essa via hermenêutica, todas as catástrofes ambientais seriam pelo menos crimes com dolo eventual.

Para se afirmar que o agente assumiu o risco de produzir o resultado catastrófico é de se supor que o risco fosse conhecido e avaliado. Conhecer o risco implica determiná-lo nas suas três dimensões: o cenário, S_i ; a probabilidade de ocorrência do cenário, p_i ; e a grandeza das consequências associadas, C_i . Avaliar o risco significa compará-lo a um *risco máximo admissível*, l que deve ser definido pelos *stakeholders* ou por seus representantes.

O dolo eventual pode ser atribuído àquelas catástrofes em que havia um risco superior ao máximo admissível. O pressuposto dessa afirmativa é que se conheça um método cientificamente adequado para a medida do risco nos cenários de perigo mais significativos. A falta de conhecimento do método mais adequado para a medida do risco e a falta de definição do risco admissível remetem a questão ao uso do Princípio da Precaução.

CAPÍTULO V

ELEMENTOS DE UM PROCESSO DE PRECAUÇÃO

5.1 Introdução

Pelo visto no capítulo anterior, o Princípio da Precaução encontra seu momento de aplicação quando um empreendimento humano, como um perigo que é, tem associado a si um risco que não se sabe como medir, seja pela probabilidade de um cenário consensualmente importante, seja pela grandeza de suas consequências.

Quando o risco é conhecido, isto é, quando pode ser medido, e os *stakeholders* têm definido um risco máximo admissível, o Princípio da Precaução não se aplica. Trata-se apenas de aplicar a racionalidade jurídica *se p é, então q deve ser*. Podem ocorrer situações em que medidas de mitigação do risco se apliquem pela via judicial. Em outros casos, o risco máximo admissível pode ser elevado mediante o incremento da resiliência dos *stakeholders*, o que também pode ser feito por força de decisão judicial. Seja o caso "*se q pode ser, então p não deve ser*", em que *p* é um fato jurídico *lato sensu* que pode ter as consequências indesejáveis *q*. Ocorre que o evento *p* implica desenvolvimento social e econômico. Não havendo certeza científica sobre *q*, isto é, sendo *q* apenas uma "possibilidade", dois grupos se formam *pro* e *contra* e a decisão invariavelmente é levada à Justiça. O próprio Governo pode estar em um desses lados ou em lados contrários.

Em face do que ordena o Art. 225 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) é preciso que se aplique o Princípio da Precaução ao decidir a implementação de *p*. Como visto, a Ciência não ajuda na determinação da grandeza das consequências *q*. Logo, o risco não pode ser determinado e comparado a um risco admissível.

Questões como a anterior têm todos os elementos para gerar recursos especiais arguindo a constitucionalidade de decisões judiciais da primeira e da segunda instância, bem como do Superior Tribunal de Justiça. Em jogo estão princípios constitucionais como o da livre iniciativa (Art. 1º, IV); a garantia do desenvolvimento nacional (Art. 3º, II); da liberdade (Art. 5º, II) e princípios da ordem econômica (Art. 170, II-VIII), entre outros, e o Art. 225, *caput*, que determina a precaução.

A seguir, faz-se uma reflexão sobre o processo de precaução, independentemente do nível em que venha a ocorrer em futura legislação. Objetos dessa reflexão são os aspectos considerados mais relevantes a serem contemplados em função da natureza precaucional da questão levada ao Judiciário.

5.2 Natureza precaucional do processo

É necessário, antes de qualquer outra providência, que se faça constar no processo a demonstração da sua natureza precaucional. De fato, partindo do que manda o Artigo 319 do Código de Processo Civil, seria necessário incluir na petição inicial as razões pelas quais a contenda se caracteriza como processo de precaução.

A natureza precaucional tem seu ponto central na incerteza científica das consequências de uma ação ou omissão para a qual se pede a autorização do Estado. Por suposto, a ação ou omissão se insere em domínio de interesse social e é regrada pelo Direito. Exemplos: a construção de uma barragem de usina hidrelétrica; a implantação de uma fábrica de produtos potencialmente perigosos em determinada área urbana; o licenciamento para desflorestar área destinada à lavra de um minério de valor estratégico; o desvio de um rio para atender à irrigação de uma grande plantação de transgênicos; o licenciamento para comercializar filtros de ar condicionado que utilizam produtos químicos de nanotecnologia; a não instalação de torres de lavagem de gases sob a alegação de que as emissões de uma fábrica não são poluentes.

Naturalmente, as partes divergem sobre o conteúdo e a qualidade das consequências. Imaginando que a iniciativa da ação tenha sido dos que defendem o impedimento da ação ou da omissão, é de se esperar que aleguem que as consequências de tal ação ou omissão seriam danosas ao meio ambiente pela sua quantidade e pela sua qualidade. A parte contrária haveria de buscar a demonstração de que tal não ocorreria nas circunstâncias em que se planeja implementar a ação ou a omissão.

Em que pese as partes utilizarem pareceres técnicos sobre a grandeza e a qualidade das consequências à guisa de defesa de seus pontos de vista, a natureza precaucional da querela está em demonstrar a ausência de certeza científica sobre elas. Uma vez que o órgão julgador perceba que a querela pode ter a natureza precaucional, para constituí-la como tal por

sentença interlocutória, deverá organizar uma ou mais audiências em que se manifestem diversos *amicci curiae*.

O regramento da participação dos *amicus curiae* consta do Novo Código de Processo Civil do Artigo 138 e seus parágrafos; *in verbis* o *caput*:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

As três hipóteses de admissão do *amicus curiae* contemplam o caso da natureza precaucional de uma demanda, uma vez que, certamente, se tratará de matéria relevante, específica e socialmente repercussiva. Não há necessidade e não é aconselhável que se apliquem ao caso a exclusividade da admissão por decisão irrecorrível do órgão julgador e nem a exigência de que a manifestação se dê em quinze dias da intimação. Como se trata de matéria sobre a qual não há certeza científica, a bem das gerações futuras, o processo precaucional deve ser contínuo, mas não precisa ser acelerado. Ademais, pode ser necessário buscar evidências científicas em centros de pesquisa estrangeiros, o que pode extrapolar os prazos normais. É verdade que o distanciamento excessivo das manifestações dos *amicci curiae* pode dificultar a formação do juízo sobre as consequências da ação ou da omissão.

Uma questão subjacente à investigação da natureza precaucional de uma ação ou omissão é o método de estabelecimento de uma certeza científica a esse respeito. Em fenômenos indubitavelmente determinísticos, a certeza científica decorre da certeza das causas. Nesse caso, a investigação se desloca para os processos biológicos e/ou físico-químicos que uma das partes deseja implementar ou abster-se de implementar.

Muitos fenômenos são genuinamente aleatórios a exemplo dos que dependem de variáveis climáticas ou genéticas e podem estar associados a consequências negativas imprevisíveis. Por outro lado, existem fenômenos que não foram investigados de modo suficiente (exemplo: efeitos de nanopartículas efluentes de aparelhos de ar condicionado na saúde humana) ou na escala da ação ou omissão planejada na contenda (exemplo: efeitos

ambientais de uma grande barragem em um dado bioma), seja por falta de interesse de pesquisa, seja por falta de ferramentas científicas.

A certeza científica, embora buscada em primeiro lugar, pode ser substituída pelo conceito de risco que contempla, ao mesmo tempo, os cenários de perigo, a probabilidade de danos e a grandeza de suas consequências. Admitir o risco como certeza científica pode parecer um contrassenso já que ele é essencialmente probabilístico. Entretanto, a certeza científica é a referência ao método científico rigoroso avaliado criticamente pelo qual se constrói uma conclusão que servirá de base a uma decisão jurisdicional.

Quando for viável e houver expectativa de eficácia, o órgão julgador poderá buscar a certeza científica via realização de experimentos incumbidos a entidades neutras, como universidades e institutos de pesquisa. O custo dessas pesquisas poderia ser dividido entre os interessados diretos e o próprio Estado, que responde pelas gerações futuras.

Em Processo Civil no Direito Pátrio existem situações relevantes em que o órgão julgador se vale de audiências públicas, a saber: para auxiliar na decisão do Incidente de Demandas Repetitivas (Novo Código de Processo Civil, Art. 983, §1º); no julgamento de Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos (Novo Código de Processo Civil, Art. 1038, II); na Admissibilidade e Procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Lei nº 9.868:1999, Art. 9º, §1º), em caso "de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos"; no julgamento da Admissibilidade e no Procedimento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (*ibidem*, no Art. 20, §1º).

Audiências públicas também podem ser previstas para auxiliar no julgamento da natureza precaucional de uma contenda. Elas já foram utilizadas, na esfera de competência do Supremo Tribunal Federal, em situações notáveis como no julgamento da constitucionalidade da Lei de Biossegurança (Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510) e no julgamento da Interrupção da Gestação de Feto Anencéfalo (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54). O objetivo da audiência pública é, em todos os casos, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Finalmente, caberá ao legislador, se ele se convencer da necessidade de regular o processo precaucional, definir se a natureza precaucional ocorrerá na primeira, segunda ou em instância superior. Em primeiro exame, parece ser conveniente que se inicie como um

processo de conhecimento, na primeira instância, e que o incidente da natureza precaucional seja aberto por uma das partes, ou a pedido do Ministério Público, ou de outros legitimados como a lei determinar.

5.3 O processo precaucional

Iniciando-se como processo de conhecimento na primeira instância, se o Juiz reconhecer a sua natureza precaucional, seria o caso de enviá-lo ao Tribunal de segunda instância, que, confirmando-a, o remete a juízo *a quo* para que siga o trâmite do processo de precaução. Se não a confirmar, que retorne para ter seguimento como processo de conhecimento. A confirmação da natureza precaucional na esfera do Tribunal poderia, julgando-se necessário, valer-se de audiências públicas e de depoimentos de *amicci curiae*.

O início do processo de precaução deve contar com o Ministério Público como parte e não só como *custus legis*. O Artigo 129 do Novo Código de Processo Civil determina as funções institucionais do Ministério Público e, em diversas, conforme a sua leitura, caberia incluir a sua participação no processo precaucional. Na perspectiva deste trabalho, o inciso V desse artigo poderia incluir a defesa dos direitos e interesses das gerações futuras, que, pelo fato do Artigo 225 da Constituição, figuram no Direito Pátrio como sujeitos de direito.

Após a fase probatória da natureza precaucional da ação ou omissão, o órgão julgador pode decidir não autorizá-la. Nesse caso, terá considerado que o nível de risco de danos à vida humana e ao meio ambiente, para as presentes e futuras gerações, situa-se muito além do admissível. A legislação preverá os recursos cabíveis. Uma decisão desse teor não deveria ser terminativa do processo, senão terminativa de uma fase, uma vez que, em prazo relativamente curto, podem surgir novas evidências científicas sobre a natureza das consequências da ação ou omissão pretendidas. À parte interessada poderá caber o requerimento de suspensão do processo, enquanto novas evidências são aguardadas em um sentido ou no outro.

Uma decisão, talvez a mais frequente, é autorizar o evento, mediante a adoção pela parte interessada de medidas mitigadoras dos perigos associados e de políticas de incremento da resiliência dos *stakeholders*. Dependendo do convencimento do órgão julgador, a ação ou omissão pode ser autorizada mediante a instalação de um "Observatório", a expensas das partes interessadas e eventualmente do Poder Público para acompanhar a implantação e as

suas consequências até que perca a natureza precaucional, seja pelo advento de certeza científica quanto à inocuidade das suas consequências, seja pelo decurso de um prazo que se estabelecerá. Nesse caso, o órgão julgador deverá constituir o sistema de gestão do "Observatório" ou delegá-lo, sob sua supervisão, a uma entidade pública, como universidade ou instituto de pesquisa.

5.4 Princípios e garantias do processo civil

No que foi proposto para o processo precaucional, cumpre preservar a conformidade com a Constituição. A tutela constitucional do processo é representada por princípios e garantias que estabelecem modelos a serem seguidos para a manutenção da ordem político-constitucional do País. A legislação processual é posta como meio de efetivação das normas constitucionais, fazendo-o por via direta ou indireta.

Muitas vezes o processo causa alterações informais na própria Constituição, quando, por exemplo, o julgamento de uma ação em um Tribunal altera profundamente o significado anteriormente dado a uma norma ou garantia. A inclusão no Novo Código de Processo Civil ou via legislação específica de normas de um processo precaucional certamente exigirá uma releitura de normas processuais já consagradas.

Em seguida, faz-se uma breve análise do impacto dos princípios constitucionais do processo civil em um processo precaucional.

5.5 Princípios formativos do processo

Além dos princípios constitucionais, a Teoria Geral do Processo inclui certo número de regras não menos importantes, que são fundamentais para o ordenamento processual. Alguns autores as denominam de princípios formativos do processo (DINAMARCO, 2009). A propositura de um processo precaucional deve atentar a esses princípios como em seguida se comenta.

O Princípio da Economia manda que se busque o resultado com o menor dispêndio de recursos do Estado, especialmente em tempo suficientemente curto. No Brasil, como se sabe, o licenciamento ambiental é tido como uma atividade excessivamente demorada. A inclusão

do processo precaucional na rotina do licenciamento não deveria contribuir para a elevação desse tempo, uma vez que a decisão judicial pode ser mais efetiva que a decisão meramente administrativa.

O Princípio Lógico exige que o processo precaucional utilize meios eficazes para embasar a solução. Pela natureza desse processo, as audiências públicas e os *amicci curiae*, bem como os experimentos dirigidos, são os instrumentos auxiliares utilizados para o conhecimento da melhor solução da contenda.

Dois princípios formativos são balizadores do andamento de todo o processo: a busca do bem político, aqui manifesta como a busca da máxima garantia social, e o princípio da igualdade das partes processuais.

Segundo Cintra et al. (2009), outros princípios podem ser considerados derivados desses, como o princípio da oralidade, o princípio do livre convencimento do Magistrado, o princípio do dispositivo e da instrumentalidade das formas, e o princípio da demanda pelo qual a jurisdição só é exercida mediante a provocação da parte. Não há razão para que não rejam também o processo precaucional.

5.6 Princípios constitucionais do processo civil

A Constituição determina que os princípios do devido processo legal com a motivação das decisões, da inafastabilidade do controle jurisdicional, da igualdade, da liberdade, do contraditório e ampla defesa, do juiz natural e da publicidade rejam todo e qualquer processo jurisdicional no Brasil como Estado Democrático de Direito que é.

O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição da República de 1988 estabelece a inafastabilidade da prestação jurisdicional. Outrora, esse princípio teve interpretação limitada à garantia do direito de ajuizamento de ação, mas atualmente é garantia da tutela jurisdicional a quem demonstre ter um direito atacado por um ou outro interesse.

Em relação ao processo precaucional, a inafastabilidade da prestação jurisdicional assume especial importância quando a ação ou omissão proposta tem reflexos na lucratividade de um empreendimento. Pelo fato de visar ao lucro e por ser culturalmente condenado no Brasil e em partes da América Latina, a pretensão pode ser menosprezada, inclusive com o

apoio da imprensa, ensejando decisões liminares expeditas. Há que se considerar que vigem concomitantemente com o Artigo 225 da Constituição os princípios constitucionais da Ordem Econômica (Arts. 170-181). Como a garantia do desenvolvimento é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF88, Art. 3º, II), a precaução necessita de ter todas as chances de subsistir apesar da pressão do ativismo ambientalista, se for o caso. Na perspectiva deste trabalho, até a conclusão sobre a natureza precaucional do processo, os pressupostos de admissibilidade do julgamento devem ser relaxados, exceto no que for essencial, em face da importância da matéria para as gerações presentes e futuras.

Os processos de natureza precaucional podem ser afetados pela sensibilidade do órgão julgador à matéria ambiental. O simples receio do futuro pode comprometer a decisão. Nesses casos, a submissão da contenda a instâncias colegiadas em um segundo grau de jurisdição pode agir em favor da imparcialidade. A esse respeito, assim escreve Dinamarco (2009, p. 156):

Na tentativa de garantir a imparcialidade dos julgadores, a Constituição cria mecanismos como o do juiz natural, proíbe os tribunais de exceção, além de assegurar à pessoa dos juízes garantias e impedimentos. Ainda assim, o Código de Processo Civil trata dos casos em que a prática já comprovou que a imparcialidade do juiz é afetada, surgindo os conceitos de impedimento e suspeição do juiz.

Juiz natural é o juiz competente para processar e julgar uma pretensão segundo as regras da lei processual. O órgão julgador deve preexistir à ação ou omissão que se vai julgar. Em face da especificidade do processo precaucional, pode ser aconselhável estabelecer varas próprias para esse fim.

O Princípio da Igualdade seria causa de preocupação caso o Ministério Público não fosse parte interessada no processo, como aqui proposto, representando as futuras gerações. É possível imaginar uma pequena associação de moradores em luta contra uma grande mineradora, mas o Ministério Público pode trazer ao caso todo o aparato do Estado, garantindo a lisura do julgamento. Por outro lado, papel não menos importante teria o Ministério Público ao propiciar a defesa de uma pequena empresa que se fundamenta em tecnologia inovadora e com grande potencial de mercado diante de um cartel de empresas tradicionais e conservadoras. A esse respeito, a Isonomia é um princípio que se referencia nas

garantias da liberdade, do contraditório e da ampla defesa, pois a igualdade abrange o direito de as partes se defenderem com a força de seus argumentos.

O *caput* do Artigo 5º da Constituição consagra o Princípio da Liberdade, que evidentemente é acolhido no Direito Processual. No caso do processo precaucional, o desconhecimento científico da qualidade e quantidade das consequências de um evento não deve obscurecer a preocupação com as gerações futuras, isto é, a liberdade de agir ou de omitir-se é limitada também pelo interesse das gerações futuras em matéria ambiental. Assim se expressa Dinamarco (2009, p. 187) em texto facilmente estendido ao processo precaucional:

Essa liberdade não é absoluta encontrando equilíbrio em normas que concedem e restringem direitos. O próprio regime democrático tem como natural a existência de limites impostos pelo interesse público e outras liberdades a serem preservadas por considera-las maiores. Isso explica a formalidade do sistema com a exigência de respeito aos prazos, locais em que deva ser realizado o ato e modo de fazer. Aqui, exigências éticas não devem ser deixadas de lado em atenção ao chamado princípio da lealdade processual.

O Princípio da Publicidade Processual tem papel especialmente relevante no processo precaucional. Constante do Artigo 5º, inciso XIV da Constituição da República de 1988, o direito à informação abre caminho ao Princípio da Publicidade dos Atos Processuais. Os agentes públicos, agindo em nome do Estado, devem dar transparência dos atos processuais diretamente aos interessados e indiretamente ao povo em geral por meio da imprensa.

A publicidade dos atos processuais é limitada pela necessidade de proteção de informações da vida privada dos envolvidos. No caso do processo precaucional, essa proteção pode ser pretendida pela parte interessada pelos seus reflexos em interesses comerciais como o valor de um empreendimento. Nesse caso, caberá ao órgão julgador definir quando o interesse dos *stakeholders* suplanta o interesse específico da parte.

Quanto às audiências, sua publicidade é garantida no Direito Brasileiro, mas é vedada a transmissão por rádio ou TV ao vivo. No caso do processo precaucional, seria aconselhável relaxar essa proibição nos depoimentos dos *amici curiae* e nas audiências públicas.

No Brasil, adota-se o duplo grau de jurisdição, com mais razão ele deve ser adotado no processo precaucional. Em consequência, não é possível que um juiz ou tribunal superior

avoque um processo para si em que pese a sua importância. Podem ocorrer situações em que a própria lei processual determine a competência original da Justiça Federal ou de órgão julgador específico em instância superior. Entre os parâmetros definidores do grau de jurisdição original do processo precaucional podem estar a matéria e a grandeza da população atingida direta e indiretamente pelas consequências.

Na perspectiva deste trabalho, não se afigura árdua a tarefa de estabelecer um processo precaucional, porquanto apenas pequenas adaptações, em geral extensões, seriam necessárias ao processo de conhecimento para incluí-lo. Entretanto, atenção especial deve-se aos fatos de que o processo precaucional terá intensa participação de terceiros e de que é necessário assegurar que as informações que aportam ao processo sejam consideradas na decisão.

Outro aspecto importante do processo precaucional, como foi mencionado, é que ele não tem uma decisão terminativa a não ser por desistência das partes, ou por perder sua natureza em face do surgimento de certeza científica sobre o fato controverso. Como o núcleo do processo de precaução é a natureza e a grandeza das consequências de uma ação ou omissão em oposição ao seu impacto supostamente positivo no desenvolvimento, é natural que o processo precaucional tenha a dimensão de processo *rebus sic stantibus*.

CAPÍTULO VI

CONCLUSÕES E SUGESTÕES

6.1 Conclusões

Um dos objetivos desta pesquisa foi contribuir para o entendimento da responsabilidade civil sem dano com fundamento no Princípio da Precaução. A pesquisa focalizou a evolução do instituto da responsabilidade civil, desde o Código de Hamurabi até o presente, a partir das contribuições de juristas brasileiros e do trabalho hermenêutico do autor.

Verificou-se que o instituto da responsabilidade civil se inicia como meio de controle social, sem, portanto, distinguir as esferas cível e penal. Seu fundamento, já nesse início, era a existência do dano e o seu nexó de causalidade com o fato jurídico *lato sensu* que se atribuía ao agente.

A centralidade do dano permaneceu como fundamento do instituto desde o Código de Hamurabi, no século XVIII a.C até os anos 1980. Entretanto, mudanças relevantes ocorreram nesses 37 séculos, sendo as mais importantes:

- o abandono da simetria da pena que era verbalizada como "olho por olho, dente por dente", movendo-se a penalidade para atingir o patrimônio de direitos do agente, inclusive a sua liberdade, até o século II a.C e progressivamente para se concentrar apenas em seu patrimônio material, já no final da Idade Média;
- o abandono da enumeração de casos em que se aplicava para ser condicionada pela existência de uma relação jurídica entre o agente e o paciente;
- o condicionamento da existência de culpa do agente na causação do dano para que a responsabilização ocorresse, notadamente no século XIX e nas primeiras décadas do século XX, algo que interessava ao grande capital na Revolução Industrial;
- a afirmação da responsabilidade civil objetiva a partir do Estado do Bem-Estar Social, após a Primeira Grande Guerra;

- a conceituação da responsabilização por danos como direitos de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (direitos difuso) ou integrantes de determinado grupo, categoria ou classe (direitos coletivos).

Em todas essas etapas evolutivas, menos longas à medida que o Estado Constitucional se firma, a existência do dano é condição essencial para que se aplique o instituto da responsabilidade civil. Porém, a partir dos anos 1990, três novas etapas se constituem:

- a conceituação da responsabilidade civil pela exposição de uma pessoa ou de uma coletividade a riscos, sem a existência do dano material;
- a conceituação da responsabilidade civil sem dano, centrada no descumprimento do dever de cuidado;
- a conceituação da responsabilidade civil sem dano com fundamento no Princípio da Precaução, que é objeto deste trabalho.

Considerando que o Artigo 225 da Constituição cria para todos, brasileiros e estrangeiros no território brasileiro, o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, e uma vez que esse direito é também um dever, o Princípio da Precaução se impõe nas ações ou omissões em que falta certeza científica sobre a qualidade e a grandeza das consequências ambientais. Portanto, o Princípio da Precaução fundamenta a responsabilidade civil do agente, conforme se demonstrou neste trabalho.

Refletindo sobre o Princípio da Precaução, conclui-se que ele tem origem exógena em Política, mas, assim que se firma como tal, adentra o Direito Internacional, a princípio, e depois os direitos pátrios. Entretanto, em que pese sua importância, ele permanece um princípio parajurídico, o que, como se conclui nesta pesquisa, se deve à inexistência de um processo precaucional.

Uma proposta de processo precaucional foi delineada neste trabalho, com a oposição de dois princípios constitucionais igualmente importantes, a saber: o que fixa o desenvolvimento como objetivo da República Federativa do Brasil (Art. 3, III) e o que estabelece o dever-direito a um meio ambiente equilibrado (Art. 225, *caput*). Especial atenção

mereceu o tema da demonstração da natureza precaucional de uma contenda. Concluiu-se que ela se caracteriza pela circunstância em que a Ciência não pode afirmar a natureza, a qualidade e a quantidade das consequências da ação ou omissão em torno da qual as partes interessadas divergem.

No viés desta pesquisa, a determinação da natureza precaucional de uma ação ou omissão não pode prescindir da participação de *amicii curiae* e dos *stakeholders* via audiências públicas. Não menos importante para dirimir essa questão é a realização de experimentos específicos, quando for economicamente viável. Caso se autorize o empreendimento contencioso, propõe-se o estabelecimento de um "Observatório", a ser gerido por pessoa física ou jurídica incumbida pelo órgão julgador, sob sua supervisão, que deverá atuar enquanto o empreendimento exigir precaução.

Um dos aspectos de grande importância conceitual amadurecidos nesta pesquisa refere-se ao fato de o processo precaucional não ter decisões terminativas, enquanto durar a incerteza científica sobre as consequências da ação ou omissão contenciosa. Nesse aspecto, são decisões *rebus sic stantibus*.

A incidência dos princípios constitucionais do processo civil sobre o processo precaucional foi examinada, não se encontrando nenhuma afronta nas diretrizes propostas. Como diretriz geral, em face do fundamento multidisciplinar da precaução, sugere-se o relaxamento de prazos conforme os casos e a consideração em maior conta dos depoimentos dos *amicii curiae* e de pessoas autorizadas nas audiências públicas.

6.2 Sugestões

Sugere-se investigar:

- a percepção do empresário brasileiro, via órgãos de classe ou diretamente por meio de enquete, de como seus planos de expansão ou de inovação tecnológica podem ser impactados pelo dever-direito de precaução;
- a viabilidade de tratamento da natureza precaucional de uma contenda via incidente processual específico;
- a organização do "Observatório" proposto neste trabalho para acompanhamento da decisão de um processo precaucional;

- a viabilidade de seguros para empreendimentos que, em que pese sua natureza precaucional, foram autorizados e se revelaram danosos ao meio ambiente.

Ouro Preto, 13 de maio de 2019.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROIS, Claude. Perigo. In: MIJOLLA, Alain de (Org.). **Dicionário Internacional da Psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 2005. p. 1368.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2013. 384 p. Tradução de Sebastião Nascimento.

BODANSKY, Daniel. Deconstructing the Precautionary Principle. In: CARON, David D; SCHEIBER, Harry N (Ed.). **Bringing New Law to Ocean Waters**. Leiden: Koninklijke Brill N. V., 2004. p. 381-391.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF. 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940.

BRASIL. Lei Federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente**. Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 24 out. 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências**. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 11 fev. 2019.

BRASIL. Lei Federal nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 30 jan. 2019.

BRASIL. Lei Federal nº 12.334, de 20 de setembro de 2010. **Estabelece Política Nacional de Segurança de Barragens**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de set. 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm>. Acesso em 10 nov. 2018.

BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 2015b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. **Os bancos cadastrais positivos e o tratamento à informação sobre (in)adimplemento**. *Ajuris*, v. 40, Set. 2013.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**. – Uma análise crítica. São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CHRISTIAN HÜBNER. **História da Política de Energia e Clima da Alemanha: Perspectivas da União Democrata Cristã 1958-2015**. Fundação Konrad Adenauer (Ed.). Lima, 2015. 49 p. 1 v. (Programa EKLA-KAS). Olivia Mascarenhas.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 25.

CIPRO NETO, Pasquale. Eu apenas me precavi. **Folha de São Paulo. Caderno Cotidiano**. São Paulo, 15 jan. 2009. p. 1-1.

CLARET-GOUVEIA, Antônio Maria et al. Revisiting the risk concept in Geotechnics: qualitative and quantitative methods. **Rem - International Engineering Journal**, [s.l.], v. 70, n. 1, p.27-32, mar. 2017. (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/0370-44672016700089>.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/RESOLUO_145_assinado.pdf.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 187.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

DOUGLAS, M. **Risk and blame**. London: 1992.

DRECHSLER, Thomas. Public Health Endangerment and Standards of Proof: Ethyl Corp. v. EPA. **Boston College Environmental Affairs Law Review**, Boston, v. 6, n. 2, p.1-5, Feb. 1977.

EUROPEAN COMMUNITY. Tratado de 29 de outubro de 2004. Treaty establishing the European Community. **EU Official Journal**. C 325. ed. Maastricht, 24 dez. 2002. p. 107-108. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12002E174:EN:HTML>>. Acesso em: 08 fev. 2019.

FERNANDEZ JUNIOR, Enio Duarte; MARTINS DA ROSA, Renata. Por uma responsabilidade civil afeta às condutas e não às consequências – Sim, é possível uma responsabilidade civil em danos. **Juris Plenun**, Ano XII, n.71, set. 2016, p. 63.

FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE (New York). United Nations (Comp.). **United Nations Framework on Climate Change**. New York, 1992. 24 p. Disponível em: <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf08>>. Acesso em: 08 fev. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONDIM, Glenda Gonçalves. **Responsabilidade civil sem dano: da lógica reparatória à lógica inibitória**. 2015. 302 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 20. ed. Niteroi: Impetus, 2018. 951 p.

GUPTA, Aarti. Precautionary Principle. In: MORIN, Jean-frédéric; ORSINI, Amandine (Ed.). **Essential concepts of global environmental governance**. London: Routledge, 2014. p. 160-163.

HASSEL, Henrik. **Risk and vulnerability analysis in society's proactive emergency management**. 2010. 225 f. Tese (Doutorado) - Faculty of Engineering, Department of Fire Safety Engineering And Systems Safety, Lund University, Lund, 2010.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas na responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 56, n. 364, p.33-59, fev. 2008.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION. **IEC/ISO 31010:2009: Risk management - Risk assessment techniques**. 1 ed. Geneva: ISO, 2009. 176 p.

KANASHIRO, Victor Uehara. **Esboços de uma sociologia do conhecimento da questão ambiental: concepções de sustentabilidade e produção acadêmica brasileira: Uma análise da base Scielo**. 2010. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Sociologia, Programa de Pós Graduação em Sociologia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.

KAPLAN, Stanley; GARRICK, B. John. On The Quantitative Definition of Risk. **Risk Analysis**, [s.l.], v. 1, n. 1, p.11-27, mar. 1981. Wiley. <http://dx.doi.org/10.1111/j.1539-6924.1981.tb01350.x>.

KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. **Le principe de précaution: Rapport au Premier Ministre**. Paris: Odile Jacob, 2000. 405 p.

LIM, Li Ching. Cartagena Protocol on Biosafety. In: TRAAVIK, Terje; LIM, Li Ching (Ed.). **Biosafety First**. Cartagena: Tapir Academic Publishers, 2007. Cap. 26. p. 1-18. Disponível em: <<http://genok.no/wp-content/uploads/2013/04/Chapter-26.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2019.

MARQUES DE SOUZA, Maristela Denise; LOPES, Adriana, **Crise dos Pressupostos Tradicionais da Responsabilidade Civil**. *Ajuris*, v. 40, n. 129, p. 108-109, Mar. 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MERCHANT, Gary E.; MOSSMAN, Keneth L. **Arbitrary and Capricious: The Precautionary Principle in the European Union Courts**. Whashington: The AEI Press, 2004. 95 p.

OLIVEIRA, Luiz Fernando Seixas de; BARROSO, Antonio Carlos de Oliveira. **Um sumário do acidente de Three Mile Island: do instante zero às lições para o futuro**. Rio de Janeiro: Coppe - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1980. 47 p.

PELLING, Mark. **Paradigms of risk**. In: Natural disasters and development in a globalizing world. New York: Routledge, 2003.

PLOKHY, Serhii. The True Cost of the Chernobyl Disaster Has Been Greater Than It Seems. **Time**. New York, p. 1-1. 26 abr. 2018. Disponível em: <<https://news.yahoo.com/true-cost-chernobyl-disaster-greater-143406984.html>>. Acesso em: 08 feb. 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**. 4. ed. 2ª. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. Tomo II. p.372-394.

PUPP, Karin Anneliese. A teoria da responsabilidade civil sem dano e o acesso à justiça: reflexos percebidos no caso das ações do cadastro positivo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 27º, 2018, Salvador. **Direito Civil Contemporâneo II**. Salvador: Conpedi, 2018. v.1, p. 80 - 95.

SCHAMPS, Genéviève, *La mise en danger: un concept fondateur d' un principe general de responsabilité (analyse de droit compare)*. Bruxelas: Bruylant e Paris: L.G.D.J.: 1998.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 22, p. 47, abr./jun. 2005.

STANDARDS AUSTRALIA. **AS/NZS 31000:2009: INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION**. Risk management - Principles and Guidelines. 1. ed. Wellington: Joint Australian New Zealand International Standard, 2009. 10 p

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil Sem Dano: Falácia e Contradição**. Revista dos Tribunais, v. 975. Jan. 2017.

STEVAUX, José Cândido et al. Floods in urban area of Brazil. In: LATRUBESSE, Edgardo (Ed.). **Natural hazards and human exacerbated disaster in Latin America: Development in earth surfaces processes**. Amsterdam: Elsevier, 2009. Cap. 13. p. 245-266.

SUNSTEIN, Cass R. Beyond the Precautionary Principle. **SSRN Electronic Journal**, [s.l.], p.1-49, jan. 2003. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.307098>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (Med. Liminar) 54-8**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>. Acesso em dezembro de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3510**. Relator Ministro Carlos Britto. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720566/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df>>. Acesso em dezembro de 2018.

THE SCIENCE AND ENVIRONMENTAL HEALTH NETWORK (United States). **A common sense way to protect Public Health and the Environment**. 2018. Tradução: Lucia A. Melim. Disponível em: <<http://www.fgaia.org.br/texts/t-precau.html>>. Acesso em: 18 Dec. 2018.

TROUWBORST, Arie. Prevention, precaution, logic and law. **Erasmus Law Review**, Amsterdam, v. 2, n. 2009, p.105-128, fev. 2009.

UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMICAL AND SOCIAL AFFAIRS (New York). United Nations (Org.). **Report of the United Nations Conference on Environment and Development: Rio Declaration on Environment and Development**. 1992. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-1annex1.htm>>. Acesso em: 08 fev. 2019.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto, **A Construção da Responsabilidade Civil Preventiva no Direito Civil Contemporâneo**. 2012. 338 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

VILLAR, Mauro de Salles; HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa 2009**. São Paulo: Objetiva, 2009. 1986 p.

WAMSLER, Christine. **Managing Urban Disaster Risk: Analysis and adaptation frameworks for integrated settlement development programming for the urban poor**. Lund: Lund University, 2007. 318 p. (Thesis).

WEDY, Gabriel. O Princípio da Precaução e a Responsabilidade Civil do Estado. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, junho 2014.

WIENER, Jonathan Baert. Precaution in a Multi-Risk World. In: PAUSTENBACK, Dennis J. (Ed.). **Human and Ecological Risk Assessment: Theory and Practice**. New York: Wiley Classics Library, 2009. Cap. 32. p. 1509-1531.

