



Délton Winter de Carvalho (Brasil)*

Legitimação e instâncias constitucionais para o gerenciamento dos riscos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro

RESUMO

A consolidação de uma nova forma de conflituosidade ambiental, decorrente dos efeitos colaterais do êxito técnico-científico da Sociedade Industrial, acarreta a necessidade e, conseqüentemente, a institucionalização do futuro como um tempo a ser levado em consideração pelo Direito em suas decisões (presentes). O sistema constitucional brasileiro e sua textura normativa mostram um comprometimento com a tutela das futuras gerações, exigindo, para tanto, a gestão dos riscos ambientais. O presente trabalho visa não apenas descrever o conteúdo e os parâmetros constitucionais para esta gestão do risco ambiental e sua declaração de ilicitude, como também oferecer uma descrição das esferas estruturais competentes para a realização desta filtragem seletiva no Estado Democrático Ambiental.

Palavras-chave: gestão do risco ambiental, interesses coletivos, dano ambiental, responsabilidade do Estado, administração pública, controle jurisdicional, Brasil

ZUSAMENFASSUNG

Die Konsolidierung einer Umweltkonfliktivität neuer Art als Folge der Nebenwirkungen des wissenschaftlich-technischen Erfolgs der Industriegesellschaft macht es erforderlich, die Zukunftsdimension in die (gegenwärtigen) Rechtsentscheidungen einzubeziehen und dementsprechend zu institutionalisieren. Das brasilianische Verfassungssystem und sein Normengeflecht sind dem Schutz der künftigen Generationen verpflichtet und bestehen deshalb auf dem Management von Umweltrisiken. Der vorliegende Beitrag beabsichtigt, über die Beschreibung der Inhalte und verfassungsmäßigen Vorgaben für das genannte Management der Umweltrisiken und der in ihrem Rahmen ausgesprochener Verbote hinaus eine Beschreibung der für die Durchführung dieses Auswahlverfahrens in einem demokratischen Umweltstaat zuständigen Strukturbereiche anzubieten.

* Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Direito Público pela UNISINOS. Advogado e consultor jurídico. deltonwc@via-rs.net

Schlagwörter: Management des Umweltrisikos, Kollektivinteressen, Umweltschädigung, Verantwortung des Staates, öffentliche Verwaltung, gerichtliche Kontrolle, Brasilien

ABSTRACT

The collateral effects of the technical and scientific success of the industrial society have led to the consolidation of a new form of environmental conflict. In consequence, the law must make provision for the future and current court rulings must take it into account. The Brazilian constitutional system and its normative texture show a commitment to the protection of future generations and therefore the management of environmental risks is required. This paper describes the constitutional standards for managing environmental risks and declaring them unlawful and also the structural spheres with authority to implement this selective screening in the Environmental Democratic State.

Keywords: environmental risk management, collective interests, environmental damage, State liability, public administration, jurisdictional control, Brazil

1. Introdução

O *risco* é a *culpa* do nosso tempo! Trata-se de uma *culpa* assumida e gerida antecipadamente. O risco começa a ocupar o espaço que outrora era composto apenas pela culpa e pelo dano na dogmática jurídica moderna. Assim como a culpa, o risco, na Sociedade Contemporânea, permite a análise reflexiva acerca dos critérios para a responsabilização por condutas e frustrações de expectativas asseguradas pelo Direito.

No entanto, enquanto a culpa (reflexo de uma sociedade burguesa e da tradição canônica herdada da idade média) e o dano nos remetem ao passado, o risco nos lança ao futuro. O risco nos obriga a refletir sobre a nossa responsabilidade em assegurar e garantir o interesse das futuras gerações a ter acesso aos recursos naturais e a gozarem de uma qualidade ambiental assegurada constitucionalmente.

Portanto, não deixa de ser o risco, paradoxalmente, a culpa dos nossos tempos, alternando entre uma tentativa de gerir a nossa responsabilidade pelo comprometimento do futuro e a institucionalização de um compromisso com este. Neste pêndulo de construção de observações, e, portanto, de vínculos com o futuro, o risco consiste na face construtiva de uma Sociedade que se propõe refletir sobre as decisões presentes e suas repercussões em curto, médio e longo prazo. O *risco* é, assim, a forma de desparadoxizar e lidar com a *culpa* de nossa Sociedade de comprometer (ou não) o futuro com novas ameaças, tais como o aquecimento global, poluição dos oceanos, biotecnologia, comprometimento dos solos, florestas e recursos hídricos, entre outros exemplos contemporâneos de riscos globais.

O presente trabalho, portanto, se propõe percorrer e descrever a estruturação e a sustentação constitucional para a formação de um sistema de dimensão decisória não apenas consolidada no passado, mas, sobretudo, no futuro (riscos). Nesse sentido, não podem ser olvidadas a imprecisão e a indeterminação de qualquer expectativa lançada

sobre o futuro, que é sempre incerto. Imprecisão esta que não é alheia ao termo e aos interesses a serem atribuídos às *futuras gerações*.

A partir dessa perspectiva, o papel da Constituição na gestão dos riscos ambientais consiste, precisamente, em delimitar sua institucionalização (ordem de preventividade) e consolidar os aportes operacionais primários para a consolidação de uma *justiça intergeracional*.

No primeiro ponto deste estudo, enfrentar-se-á a institucionalização constitucional da comunicação jurídica do risco ecológico e sua abrangência semântica e funcional. Em seguida, descrever-se-á a capacidade estrutural para a operacionalização de um sistema de gerenciamento de riscos ambientais pelo Direito Ambiental Constitucional brasileiro.

A impossibilidade de previsão do futuro deve ser, contudo, racionalizada, no Estado Democrático de Direito, a partir de um sentido constitucional. O presente texto se propõe, por tudo isso, *revelar* o processo construtivo e constitutivo da “visão” do Direito acerca dos interesses a serem resguardados sob a *textura axiológica da normatividade constitucional*.

2. A inserção da gestão dos riscos ambientais como ressonância constitucional às alterações estruturais havidas na Sociedade de Risco

Em nítida reação às alterações havidas na *nova sociedade industrial*,¹ há a inserção da gestão dos riscos ambientais como ordem constitucional, a partir da institucionalização do direito das futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A Constituição Federal atribui ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a forma e a condição institucional de um novo direito fundamental, descrito como uma nova necessidade social de “preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico”.² Trata-se da tutela da qualidade ambiental como condição para a qualidade de vida.

O direito fundamental ao meio ambiente detém uma racionalidade dúplex na positividade jurídico-constitucional quanto à natureza e âmbito deste direito, desdobrando-se em (i) um direito subjetivo ao ambiente, sem se desvincular da sua condição de (ii) bem jurídico coletivo.³ Há, assim, um direito fundamental ao meio ambiente que se configura subjetiva (direito individual ao ambiente) e objetivamente (transindividual), a um só tempo.

¹ Termo adotado por Niklas Luhmann em seu artigo: “The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History”. In: *Journal of Law and Society*, v. 15. n. 2, 1988, sendo assim possível uma aproximação com a Sociedade de Risco (Pós-Industrial) proposta por Ulrich Beck em sua obra: *Risk Society: Towards a New Modernity*, London: Sage, 1992.

² Nesse sentido, cf.: Silva J.A.: *Direito Ambiental Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 58.

³ Canotilho J.J.G. (coord.): *Introdução ao Direito do Ambiente*. Lisboa: Universidade Aberta, 1998, pp. 27-29.

O direito ao meio ambiente, como um direito subjetivo, leva a uma *primeira geração de problemas ecológicos* que tem como objeto a proteção de seus elementos constitutivos (tais como poluição das águas, ar, solo).⁴ Estes problemas de primeira geração encontram-se ligados à “prevenção e controlo da *poluição*, das suas causas e dos seus efeitos [...], e à subjetivação do direito ao ambiente como *direito fundamental ambiental*”.⁵

Já numa segunda geração, os problemas ecológicos extravasam a consideração isolada dos seus elementos constituintes, passando a formar uma noção global dos efeitos combinados e duradouros da degradação ambiental. Esta geração decorre de uma maior “sensitividade ecológica mais sistêmica e cientificamente ancorada”, necessária para lidar com problemas ambientais decorrentes dos *efeitos combinados* dos vários fatores de poluição e das suas implicações globais e duradouras, bem como da *relevância do comportamento das gerações atuais e sua capacidade de comprometer “os interesses das gerações futuras”*.⁶ Aqui o sujeito relevante já não é apenas a pessoa ou os grupos, passando a ser também o “sujeito geração”.⁷

Acompanhando tal evolução histórica, o texto constitucional brasileiro 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” (art. 225). Assim, a Constituição brasileira mostra-se orientada por uma dupla dimensionalidade jurídico-normativa, fortemente comprometida, não apenas com uma primeira dimensão dos problemas ambientais, mas, acima de tudo, dando grande ênfase à tutela dos problemas ecológicos de segunda geração.

Diante de tais descrições acerca da existência de duas dimensões de direitos ambientais fundamentais, pode ser dito que o texto constitucional do art. 225 da Constituição Federal do Brasil apresenta-se comprometido tanto com a tutela das situações de prevenção e repressão à poluição (*caput*, § 2º e § 3º) – primeira geração de problemas ecológicos e ambientais – como com os “efeitos combinados e duradouros da degradação”, numa segunda geração de interesses ambientais [*caput* – “*futuras gerações*”, § 1º, I – “*preservar [...] processos ecológicos essenciais*”, V – “controlar a produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que *comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*”, VII – “[...] vedadas [...] as práticas que coloquem em risco sua função ecológica”] (grifos nossos).

Esses problemas ecológicos de segunda geração detêm uma constituição fundada na *globalidade* e na *transtemporalidade* dos efeitos colaterais ambientais colocados em causa pelo surgimento da formatação social específica da Sociedade de Risco.

⁴ Canotilho: “O Direito ao ambiente como direito subjetivo.” *In: Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 177.

⁵ *Idem*: “Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português.” *In: Canotilho, J.J.G.; Leite J.R.M. (orgs.): Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. pp. 01-03.

⁶ *Ibidem*, pp. 01-03.

⁷ Canotilho: “O Direito ao ambiente como direito subjetivo.” *In: Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 177.

Observa-se que, em razão de *magnitude* e constante *irreversibilidade* das degradações produzidas pela Sociedade de Risco, faz-se necessária a antecipação aos danos ambientais por meio de um sistema de gerenciamento dos riscos ambientais pelo Direito Ambiental. Esta atribuição de uma tutela jurídica das futuras gerações, a fim de evitar a concretização futura de danos ambientais, é guiada pela *trilogia estrutural do Direito Ambiental Contemporâneo*, ou seja, por uma interação entre os princípios da *equidade intergeracional*, da *prevenção* e da *precaução*.

Há, dessa forma, uma imposição constitucional para que os riscos ambientais sejam geridos com o escopo de que sejam prevenidos os *danos ambientais futuros*, *considerados estes todos os riscos que, por sua probabilidade e magnitude, venham a ser declarados ilícitos por atingir os interesses ambientais das futuras gerações*.⁸

Assim, tomando em consideração a impossibilidade de imunização aos riscos na Sociedade Contemporânea, tem-se a necessidade de ponderação decisória para esta declaração de aceitabilidade ou não. Apesar da imprecisão semântica quanto aos destinatários da locução *futuras gerações*, a utilização desta locução se revela em uma *técnica retórica* muito apropriada para fins de incrementar o âmbito comunicacional das catástrofes e para a tomada de consciência ambiental, servindo de critério para a aceitação ou não dos riscos⁹ ambientais pelo Direito Ambiental.

Nesse sentido, a consolidação da tutela dos interesses das futuras gerações como *imposição constitucional de vínculos obrigacionais intergeracionais* passa a depender da estruturação de processos *seletivos* e da filtragem do risco ambiental, atribuindo profundo destaque às organizações que detêm competência para este gerenciamento.

3. As esferas institucionais competentes para o gerenciamento dos riscos ambientais no Estado Democrático de Direito

3.1. Gerenciamento administrativo dos riscos ambientais:

Após assentar a institucionalização do meio ambiente como um direito fundamental em suas duas gerações, necessário se faz lançar nossa análise sobre as estruturas competentes para a tarefa de não apenas reparar e controlar *danos*, mas também gerenciar *riscos* que tenham a capacidade de atingir os interesses juridicamente tutelados das futuras gerações. Assim, a formação de uma comunicação do risco ambiental, assumida constitucionalmente, se trata de um processo de *racionalização das incertezas*¹⁰ em direção à formação de uma *cultura das incertezas*¹¹ no Direito.

⁸ Carvalho: *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

⁹ Luhmann: *Risk: a sociological theory*. New Jersey: Aldine Transactions, 2002, p. 31.

¹⁰ Giorgi: *Direito, Tempo e Memória*. São Paulo: Quartin Latin, 2006, p. 234.

¹¹ Beck: *Incertezas Fabricadas: entrevista com Ulrich Beck*. In: *IHU online*, <www.unisinos.br/ihu>(22.05.2008), p. 12.

O sistema constitucional para gerenciamento dos riscos ambientais organiza-se numa dupla dimensão da filtragem seletiva dos riscos, ou seja, numa dupla dimensão de estruturas seletivas capazes de analisar, avaliar e gerir os riscos ambientais. As organizações envolvidas nesta seletividade dúplice dos riscos ambientais consistem na Administração Pública e no Judiciário. Essas organizações detêm uma relevante função de fomentar o acoplamento estrutural e a integração co-evolutiva dos diversos diálogos policontextuais que marcam os aspectos econômicos, políticos, jurídicos e técnico-científicos da gestão dos riscos ambientais.

Assim, pode ser dito que “a Política é sempre mais a destinatária de prevenções de minimizações do risco, de redução do risco a níveis toleráveis”. No entanto, não apenas as decisões políticas assumem forma jurídica, como a própria Política, agora, descarrega sobre o Direito “o risco de suas decisões”.¹² As organizações administrativas têm grande relevância na gestão preliminar dos riscos ambientais, uma vez que se apresentam como esferas de decisão mais sensíveis às questões multidisciplinares que envolvem estes riscos.

Na dogmática do Direito Administrativo se diz que “o ato administrativo representa a primeira manifestação da vontade estatal”.¹³ Por isso mesmo podemos afirmar que, em regra, a primeira esfera para o gerenciamento dos riscos ambientais consiste na Administração Pública, que, por meio dos seus órgãos ambientais componentes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA,¹⁴ tem condição de atuar na linha de frente para a regulação do risco ambiental. E este gerenciamento administrativo dos riscos ambientais se dá por meio de mecanismos e instrumentos, tais como as regulações administrativas, o licenciamento ambiental, autorizações administrativas, o Estudo de Impacto Ambiental – EIA, Relatório de Impacto ao Meio Ambiente – RIMA, exercício do poder de polícia administrativa, responsabilidade administrativa, celebração de Termos de Compromisso Ambiental – TCA e Termos de Ajustamento de Conduta – TAC, entre outros.

Dentre esses, destacam-se o Estudo de Impacto Ambiental – EIA – e a avaliação de riscos ambientais. Enquanto o primeiro consiste em um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente de natureza constitucional (art. 225, § 1º, IV, da CF);¹⁵

¹² Giorgi: *op. cit.*, p. 235.

¹³ Cirne: *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 222.

¹⁴ O SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente foi criado pela Lei nº 6.938/81 e consiste nos “órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental”, sendo, nos termos do art. 6º da referida lei, estrutura no Conselho de Governo (órgão superior), no Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA (órgão consultivo e deliberativo), na Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República (órgão central), no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA (órgão executor), nos órgãos ou entidades estaduais (órgãos seccionais), órgãos ou entidades municipais (órgãos locais). Tal estrutura administrativa tem a função, portanto, de definição e execução da Política Nacional do Meio Ambiente, em conformidade com a competência federativa e Poder de Polícia administrativa.

¹⁵ “§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (*omissis*) 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.”

art. 9º, III, da Lei nº 6.938/81;¹⁶ art. 5º e 6º, da Resolução do CONAMA nº 01/86¹⁷) dotado de uma abrangência interdisciplinar ampla da avaliação dos impactos de um empreendimento, o segundo consiste em estudo de abrangência menor, podendo ou não integrar este na análise (pública e transparente) dos riscos ambientais da atividade.¹⁸ As regulações administrativas também desempenham um papel de destaque na Política Nacional do Meio Ambiente, uma vez que correspondem a um importante instrumento de orientação ao Poder de Polícia Ambiental, sobretudo no que tange ao controle dos riscos ambientais, seja pela maior preventividade da esfera administrativa, pela maior especificidade das matérias regulamentadas, pela maior especialidade técnica destas normatizações ou por se tratar de um meio mais dinâmico de regulação. Nesse sentido, destacam-se as resoluções emanadas do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.¹⁹

A atribuição da responsabilidade e competência primária da Administração Pública para a gestão administrativa dos riscos ambientais, segundo Richard B. Stewart, se dá pela sua maior capacidade de centralização e de especialização, quando comparada com o Judiciário e com o Legislativo.²⁰

Nesse conduto de exposição, enquanto o sistema judicial atua de forma descentralizada, decidindo caso a caso as questões que lhe são colocadas (e, por isso, carecendo de

¹⁶ “art. 9º. São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: (omissis) III – a avaliação de impactos ambientais.”

¹⁷ “Art. 5º. O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais: [...] II – Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade; III – Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza [...]”

“Art. 6º. O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I – Diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto [...].

II – Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais.

III – Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.

IV – Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.”

¹⁸ Paulo Affonso Leme Machado: “O Princípio da Precaução e a Avaliação de Riscos”. *In: Direito e Ambiente: Revista do ILDA*. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2008.

¹⁹ O CONAMA consiste no órgão consultivo e deliberativo que constitui o SISNAMA (art. 6º, II, da Lei n. 6.938/81) e reúne, entre as suas competências, “estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos”, conforme dispõe o inciso VII, do art. 8º, da Lei n. 6.938/81.

²⁰ Stewart: “The role of the Courts in Risk Management.” *In: Law and Environment: a multidisciplinary reader*. Percival, R.V.; Alevizatos, D.C. (coord.). Philadelphia: Temple University Press, 1997. p. 350.

uma maior consistência e coordenação necessárias para uma efetiva regulação preliminar mais difusa), a gestão administrativa dos riscos ambientais, ao contrário, faz-se eminentemente mais centralizada, capaz de estabelecer, desde logo, uma efetividade regulatória por um tratamento igualitário.²¹ Em outras palavras, esta primariedade da gestão administrativa dos riscos ambientais decorre do fato de esta esfera ser, eminentemente, mais preventiva e difusa, atuando a partir da prática de seus atos e da emissão de regulamentos administrativos, os quais condicionam o exercício das atividades econômicas.

A segunda característica apontada pelo autor para constatar a primariedade da seletividade administrativa dos riscos, em detrimento das cortes judiciais, consiste na alta capacidade de especialização das esferas administrativas. Assim, enquanto que tal especialização pode se tornar excessivamente onerosa e de alto custo à estrutura judiciária,²² as esferas da Administração Pública são dotadas de uma maior diversidade de conhecimentos integrados por sua própria natureza. Em termos sistêmicos, pode ser dito que os órgãos administrativos têm uma maior capacidade de promover *acoplamentos estruturais* em seu âmbito entre os diversos diálogos policontextuais que caracterizam os riscos ambientais (econômico, político, jurídico e científico), diante da própria multidisciplinaridade dos seus membros constituintes (administradores, políticos, advogados e cientistas).

O gerenciamento administrativo dos riscos ambientais decorre da crescente “atenção dada ao risco e à sua institucionalização no Estado de Direito”, trazendo a necessidade de uma elevação cultural para permitir uma reflexão crítica diante da constatação de que a ignorância e a incerteza passam a compor as decisões políticas.²³ Isso se dá não apenas em razão da complexidade ambiental e das incertezas científicas presentes, mas, também, de a necessidade imposta pelo risco, cada vez mais premente, dos sistemas Político (Estado, ONGs, partidos políticos, sindicatos, etc.) e do Direito em determinarem o presente muito mais pelo futuro do que pelo passado.²⁴

A atuação da Administração Pública no Estado de Direito e sua limitação pelo Direito (controle jurisdicional) envolvem tradicionalmente uma dinâmica de ação entre *discricionariedade* e *legalidade administrativa*. Na atuação administrativa de gestão dos riscos ambientais, no entanto, há um incremento na complexidade inerente aos atos administrativos e seu controle jurisdicional, que pode ser descrito tanto sob um ângulo funcional como estrutural. Isto é: o acréscimo da complexidade destes processos decisórios administrativos se dá tanto em razão da nova *função* que lhe é atribuída constitucionalmente no sentido de tutelar os interesses das futuras gerações, como *estruturalmente*, do que decorre a necessidade de estes processos contarem com a *inserção* e *ajuda* prestada por elementos e informações provenientes da *ciência e da técnica*, a orientar/irritar as ações do Estado, em face da importância cada vez maior

²¹ *Ibidem*, p. 350.

²² *Ibidem*, p. 351.

²³ Garcia: *O Lugar do Direito na Proteção Ambiental*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 286.

²⁴ Luhmann: “The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History”. In: *Journal of Law and Society*, v. 15. n. 2, 1988, e Maria da Glória F.P.D. Garcia: *op. cit.*, p. 288.

das ações preventivas em contextos de incerteza científica relativamente às relações causais.²⁵

3.2. Gerenciamento jurisdicional dos riscos ambientais:

Já o *papel dos Tribunais na gestão dos riscos* consiste no controle (jurisdicional) destes na medida em que “os remédios administrativos não estão disponíveis ou são inadequados”.²⁶ Quando os instrumentos administrativos não existam ou não tenham sido utilizados satisfatoriamente para tais fins (controle de riscos), em violação aos princípios constitucionais da prevenção e da precaução, tem-se, ainda, o exercício jurisdicional da função de gerenciamento e controle dos riscos ambientais no *Estado Democrático Ambiental*.²⁷ O desenvolvimento dessa função pelo Judiciário se dá por meio de mecanismos tais como o controle e a revisão judicial dos atos administrativos, a responsabilidade ambiental, as medidas liminares de urgência (previstas, no ordenamento brasileiro, no art. 273 do Código de Processo Civil – CPC), medidas preventivas (obrigações de fazer e não fazer, previstas no art. 3º da Lei nº 7.347/85), cumprimento de obrigação de fazer e não fazer (art. 461 do CPC), poder geral de cautela (arts. 798 e 799 do CPC), etc.

A tutela ambiental (regulação dos danos e o controle dos riscos pelo Judiciário) e o incremento dos conflitos envolvendo bens e interesses ambientais passaram a estimular um movimento no sentido de especialização das estruturas judiciárias com a constituição de órgãos de primeiro e segundo grau especializados em Direito Ambiental.²⁸

A filtragem e a gestão administrativa dos riscos ambientais não impedem, por isso, a avaliação e o controle do Judiciário acerca da adequação das medidas preventivas impostas e o *dever de preventividade* previsto no art. 225 da Constituição Federal do Brasil e seus princípios, como condição para a garantia da tutela dos interesses das futuras gerações.

A revisão judicial das decisões prolatadas pelo órgão técnico encontra guarida, ainda, no *Princípio da Inafastabilidade do Controle Judicial* em casos de lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV do art. 5º, e art. 225, ambos da Constituição do Brasil). Ou

²⁵ Garcia: *op. cit.*, pp. 296-297.

²⁶ Stewart: *op. cit.*, p. 351.

²⁷ Canotilho: “Estado Constitucional Ecológico e Democracia Sustentada”. In: José Rubens Morato Leite; Helene Sivini Ferreira (Orgs.). *Estado de Direito Ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004; Severo Rocha, L.; Winter de Carvalho, D.: “Policontextualidade Jurídica e Estado Ambiental.” In: *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS, v. 3. Copetti Santos A.L.; Streck, L.L.; Severo Rocha, L. (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 129-146.

²⁸ Nesse sentido, há um processo de especialização do Judiciário brasileiro no sentido de criar espaços de decisão especializados em matéria de Direito Ambiental, conforme demonstram, exemplificativamente, os casos das Varas Federais Ambiental, Agrária e Residual no âmbito do primeiro grau da Justiça Federal da 4ª Região em Porto Alegre, Florianópolis e Curitiba (criadas pelas Resoluções n. 54, 55 e 39 do TRF da 4ª Região, respectivamente). Em nível de Justiça estadual, têm-se os casos da Câmara Especial de Meio Ambiente do TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a Vara Especializada do Meio Ambiente e Questões Agrárias - VEMAQA da Justiça Estadual do Estado do Amazonas.

seja, sempre que houver a demonstração de que as atividades autorizadas pelo órgão administrativo produzam riscos intoleráveis ou que as medidas preventivas por este impostas não sejam suficientes para conter os riscos gerados pelas respectivas atividades ou produtos, o Poder Judiciário poderá impor a revogação destas autorizações ou o acréscimo das medidas preventivas. Para tanto, deve haver a *avaliação* da tolerabilidade ou intolerabilidade/aceitabilidade ou inaceitabilidade destes riscos (danos ambientais futuros).

Por essa razão, a gestão dos riscos ambientais encontra-se, outrossim, sujeita à avaliação judicial, quando provocado o Poder Judiciário pelos instrumentos competentes (entre os quais temos, no ordenamento jurídico brasileiro, a Ação Civil Pública, a Ação Popular Ambiental e o Mandado de Segurança Coletivo) e *desde que comprovada a manutenção da intolerabilidade dos riscos* mesmo após a decisão tomada em instância administrativa (seja pela ineficiência da medida adotada em sede administrativa, seja pela total ausência de medida).

O papel dos Tribunais no gerenciamento dos riscos ambientais está diretamente relacionado à capacidade do judiciário de analisar provas técnicas²⁹ e às decisões técnicas tomadas em âmbito administrativo, cujo conteúdo versa sobre novas tecnologias, metodologias e conceitos científicos. O seu papel, revisando decisões administrativas, não é o de fornecer a resposta correta, mas o de garantir a adequação procedimental e substancial da fundamentação técnica em que a decisão se baseou. Isto é: assegurar que a administração faça uso de todos os meios de que dispõe para gerar registros dotados de profundidade técnica, sem ações “arbitrárias ou caprichosas” e com a garantia do devido processo legal às partes envolvidas.³⁰

A exemplo da dificuldade e da impossibilidade do Sistema Jurídico de determinar os riscos ambientais existentes, pois se trata de informações técnico-científicas, o Supremo Tribunal Federal – STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn nº 2.396/MS, constatou que “Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias. Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional”.³¹ No entanto, tal constatação não significa que os Tribunais não possam designar a tolerabilidade ou intolerabilidade (ilicitude) dos riscos ambientais frente aos valores constitucionalmente assegurados (interesses das futuras gerações), ou como a própria decisão menciona, “o parâmetro constitucional”.

Assim, já se alinham diversos julgados no sentido de impor medidas preventivas a partir da expectativa de comprometimento dos interesses das futuras gerações

²⁹ Jasanoff; Nelkin: “Science, Technology, and the Limits of Judicial Competence.” *In: Science*. v. 214, 11 december, 1981, pp. 1.211-1.215.

³⁰ *Ibidem*, p. 1.213.

³¹ ADIn n. 2.396/MS, Tribunal Pleno – Supremo Tribunal Federal, rel. Min. Ellen Gracie, D.J. de 08.05.2003.

(probabilidade) e da análise da possível irreversibilidade dos danos ambientais ou da magnitude dos riscos ambientais envolvidos. A ver-se:

Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Licenças Ambientais concedidas pela FATMA. Riscos ao Meio Ambiente. Previsibilidade.

1. O licenciamento ambiental está fundado no princípio da proteção, da precaução ou da cautela, basilar do direito ambiental, que veio estampado na Declaração do Rio, de 1992 (princípio 15). Faz parte da tutela administrativa preventiva. Visa à preservação seja prevenindo a ocorrência de impactos negativos ao meio ambiente, seja mitigando-os ao máximo com a imposição de condicionantes ao exercício da atividade ou a construção do empreendimento, de molde a atingir o primeiro objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, ou seja, conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação.

2. A necessidade de profissionais habilitados para o licenciamento ambiental é medida que se impõe em casos que tais, ante a importância de ser resguardados os potenciais naturais. *O mero risco de dano ao meio ambiente é suficiente para que sejam tomadas todas as medidas necessárias a evitar sua concretização. Isso decorre tanto da importância que o meio ambiente adquiriu no ordenamento constitucional inaugurado com a Constituição de 1988 quanto da irreversibilidade e gravidade dos danos em questão, e envolve inclusive a paralisação de empreendimentos que, pela sua magnitude, possam implicar em significativo dano ambiental, ainda que este não esteja minuciosamente comprovado pelos órgãos protetivos.*³² (grifamos)

Para tanto, há a necessidade de ser incrementada a capacidade técnica dos Tribunais, lançando mão de corpos multidisciplinares de peritos (*expertises*) a fim de orientar os julgadores quanto aos problemas de ordem técnico-científica, bem como facilitar o diagnóstico das questões e informações substanciais.³³ Assim, as informações e descobertas científicas sobre avaliação dos riscos ambientais devem servir de base para as decisões judiciais.³⁴ No entanto, a *credibilidade científica* das informações que compõem os pareceres técnicos, necessária para sua *validação e valoração jurídico-probatória*,³⁵ dependerá do atendimento aos princípios da *excelência*, da *independência* e da *transparência*³⁶ (destes pareceres e seus peritos).

³² Agravo de Instrumento n. 2007.04.00.020136-0/SC, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator Alcides Vettorazzi, julgado em 18.02.2009.

³³ Jasanoff; Nelkin: *op. cit.*, p. 1.214.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Sobre a relação entre credibilidade científica e validade probatória para o Direito, ver o nosso: *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. pp. 106-108.

³⁶ Nesse sentido aponta o parágrafo 159 da decisão prolatada pela primeira instância da Corte Europeia de Justiça – CEJ, sediada em Luxemburgo, processo T 131/99 – Pfizer Health S.A. vs. Conselho da União Europeia, julgamento de 11.09.2002. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jurisp>>.

Os litígios envolvendo riscos à saúde humana e ao ambiente, cada vez mais presentes nas cortes judiciais, demonstram uma clara dificuldade dos Tribunais de analisar informações técnicas. Isso pode ser visto em litígios que envolvam a análise de provas e controvérsias científicas e sobre novas tecnologias. As constantes divergências que atingem o Judiciário, sob a perspectiva da *incerteza científica*, aumentam a complexidade da prestação jurisdicional na análise da magnitude dos riscos, da aptidão de determinadas metodologias de análise, da credibilidade de determinadas informações, etc. Este contexto de *hipercomplexidade* da regulação jurisdicional dos riscos ambientais se dá pela necessidade, enfrentada pelos Tribunais, de analisar e decidir a partir das “melhores informações científicas existentes”³⁷ ou, ao menos, informações *cientificamente ancoradas*. Para tanto, a intolerabilidade dos riscos depende da análise das circunstâncias particulares de cada caso individual, tomando em consideração a gravidade do impacto na saúde humana (ou ao meio ambiente) onde o risco tenha lugar, incluindo a extensão dos possíveis efeitos adversos, a persistência e a reversibilidade destes efeitos, a possibilidade de efeitos retardados tanto quanto a percepção (de maior ou menor concretude) do risco, baseando-se no conhecimento científico disponível.³⁸

Tais lides não demonstram apenas uma necessidade de sensibilização do Judiciário ao conhecimento científico, como constata o fracasso dos processos políticos em (i) reconhecer os personagens envolvidos na ciência moderna e no desenvolvimento tecnológico, (ii) formar uma política de controle dos riscos e (iii) estabelecer prioridades e avaliar a demanda coletiva, levando a uma sobrecarga do Judiciário num processo “artificial” de decisões baseadas na litigância bipolar.³⁹ Isso mostra a relevância de uma integração policontextual da gestão política e jurisdicional dos riscos ambientais.

4. Considerações finais

Por conseguinte, as necessidades impostas ao Direito por uma nova *onda* de conflituosidade social que atinge os Tribunais, formada a partir da necessidade de controlar as ameaças decorrentes do êxito tecnológico, científico e econômico da Sociedade Contemporânea, lançam luzes sobre as condições estruturais e a capacidade funcional do Direito para a gestão dos riscos ambientais.

As alterações estruturais decorrentes da passagem de uma Sociedade de matriz industrial para uma nova formação de Sociedade Pós-Industrial ressaltam a produção e distribuição de riscos, cada vez mais *globais, transtemporais e invisíveis*. Nessa dinâmica evolutiva, o Direito institucionaliza um sentido constitucional às futuras gerações como destinatárias (juntamente com a presente geração) do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, diante de sua essencialidade à qualidade de vida. A

³⁷ Jasanoff; Nelkin: *op. cit.*, p. 1.211.

³⁸ Conforme nos serve de parâmetro o conteúdo do parágrafo 153 da decisão no caso T 131/99 – Pfizer Health S.A. vs. Conselho da União Europeia, julgamento de 11.09.2002. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jurisp>>.

³⁹ Jasanoff; Nelkin: *op. cit.*, p. 1.215.

operacionalização dessa missão constitucionalmente imposta depende, por evidente, da formação de um sistema de gerenciamento de riscos ambientais, a fim de controlar as ameaças apresentadas por uma *explosividade* no desenvolvimento tecnológico e científico contemporâneo.

O sistema jurídico brasileiro, ante a ordem de preventividade apresentada pelo artigo 225 da Constituição, estrutura-se em um *sistema dúplice de filtragem dos riscos ambientais*, com a esfera administrativa e a jurisdicional interagindo numa dinâmica multidimensional de gerenciamento dos riscos ambientais. As especificidades inerentes à atuação da Administração Pública e do Judiciário demonstram uma importante complementariedade nas funções desenvolvidas pela Política e pelo Direito na promoção de uma *justiça intergeracional* estabelecida pela textura semântica constitucional.

A formação, no texto constitucional brasileiro, de uma comunicação de risco a partir da inserção da locução *futuras gerações* como *técnica retórica construtivista*, demonstra os elementos basilares desse sistema jurisdicional de gerenciamento de riscos. Todas as condutas que tiverem o condão de comprometer o direito de acesso das futuras gerações a um ambiente ecologicamente sadio deverão ser submetidas ao parâmetro constitucional para que tais riscos sejam analisados, avaliados e geridos. Apesar de altamente imprecisa a terminologia *futuras gerações*, tem-se nesta a formação de um importante parâmetro constitucional para decisões em contextos de risco. Em outras palavras, tudo que puder colocar em risco a qualidade de vida das futuras gerações e seu direito de acesso aos recursos naturais deve ser objeto de gerenciamento a fim de evitar tal concretização lesiva futura.

A análise dos riscos ambientais e o seu gerenciamento devem desencadear uma maior sensibilização jurídica para a interação deste sistema com os diversos diálogos policontextuais (Economia, Política, Ciência), sob uma legitimação processual (a garantia procedimental de espaços para a análise dos riscos nas esferas administrativa ou jurisdicional) e substancial (análise jurídica da sustentação e credibilidade científica dos *procedimentos, metodologias e critérios* adotados na análise dos riscos, permitindo a bifurcação decisória entre riscos lícitos ou ilícitos).

Eis, enfim, a força e a função da textura constitucional: formar a devida compreensão sistêmica acerca da imposição constitucional em combate à irresistível *invisibilidade* dos riscos ambientais pós-industriais, os quais insistem em nos remeter a uma *cegueira operacional do Direito* em seu gerenciamento.