

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO, UMA RADICALIZAÇÃO FRANCESA *

PHILIPPE PIERRE

Quando esta questão me foi proposta, senti – por um instante! – uma certa perplexidade diante de seu enunciado. Na verdade, tanto o substantivo como o adjetivo relacionado com o estudo do princípio da precaução, ainda mais sem qualquer ponto de interrogação, podem alimentar o embaraço!

O princípio da precaução: uma radicalização? A dificuldade surge na forma de pleonasma. O princípio da precaução, independentemente de qualquer parecer positivo ou negativo a seu respeito, é caracterizado de imediato por seu radicalismo¹. Sendo consubstancial, como radicalizá-lo ainda mais? Na verdade, não é questão aqui de remissão a uma norma de conduta clássica, em que a precaução remete ao precavido, ao bom pai de família – ao bom médico agindo com cautela – famoso por agir como tal há séculos em um ambiente familiar e controlado. A precaução erigida à categoria de princípio de ação mais do que de abstenção é agora bem mais interveniente, não tanto como um instrumento de prevenção de um risco cientificamente comprovado, mas como a obrigação de agir, de tomar medidas diante de uma simples suspeita de risco. Trata-se de tomar o risco ambiental sanitário... por sua raiz e, por conseguinte, de ser radical no sentido etimológico do termo, do latim *radicalis*

* Este trabalho resulta de uma comunicação apresentada no Congresso Nacional da Sociedade Francesa de Cardiologia, Chantilly, 11 de outubro de 2011; Tradução de Isabella Mozzillo, revisão de Moisés Bueno Lopes Neto.

¹ F. Ewald, *Le Monde*, 9 /1/ 2010 : « *Le principe de précaution est en soi-même excessif ! Il commande de donner le plus grand poids au plus petit risque. Il oblige à exagérer la menace* ».

que vem precisamente de *radix*, raiz... Acrescentamos que o princípio da precaução, radical por natureza, o é também por seus desafios, imediatamente levados ao nível mais elevado de polêmica: nesta "*heurística do medo*", segundo a famosa fórmula de Hans Jonas², alguns denunciam de forma direta um "*precaucionismo*"³ ou um "*encantamento legislativo e o desenvolvimento de interditos que protegem do choque de ideias, do choque das carrocerias dos carros, das quedas nas piscinas, dos efeitos nocivos do tabaco...*"⁴, além do sangue contaminado, dos organismos metamorfoseados e de outros animais enlouquecidos... Isto conduzirá inevitavelmente à paralisia da iniciativa científica e das trocas econômicas despojadas da liberdade que constitui sua virtude. Outros, pelo contrário, encontram um princípio de razão proporcional na ação, uma renovação da relação do homem com a ciência e a perícia, a matriz de novas disciplinas, como as cindínicas, ou até mesmo o germe de uma nova democracia participativa que permita armar um corpo social que enfrente escolhas delicadas, que exigem melhor equilíbrio entre custo e benefício.⁵

O princípio da precaução: uma radicalização francesa? O primeiro paradoxo do adjetivo é que ele inscreve o assunto em uma perspectiva nacional, mesmo que seus desafios ultrapassem por sua natureza os perímetros do Estado francês e outros, tendo a mesma acuidade para qualquer sociedade cujos desenvolvimentos científicos e tecnológicos sejam comparáveis. Assim como a nuvem de Chernobyl, o princípio da precaução não consegue refluir perto de uma fronteira nacional! E de fato, sob uma ótica estritamente legal, deve-se observar que o princípio da precaução floresceu pela primeira vez em um plano internacional: um das suas primeiras manifestações ocorreu na segunda conferência internacional sobre a proteção do Mar do Norte em 1987, em seguida, em 1992, foi reafirmado na declaração do Rio de Janeiro sobre meio ambiente, originada na Conferência das Nações Unidas, e cuja ambição era

² Le Principe responsabilité, (1979), Tradução francesa. Éd. du Cerf, 1990.

³ M. Tubiana, Politique de santé et principe de précaution, Revue *Quo Vadis*.

⁴ B. Matthieu, La constitutionnalisation risquée du principe de précaution.

⁵ O. Godard, Le principe constitutionnel de précaution en France, la Souveraineté réaffirmée, LPA 22/01/2009, p. 43.

lançar as bases de uma nova ordem ambiental mundial. Essa entrada na cena mundial, através dos instrumentos da *soft law*, continuou através de uma legalização atestada pela conclusão de diversos tratados multilaterais⁶ destinados à proteção de ambientes aquáticos e marinhos, à luta contra a poluição atmosférica transfronteiras a longa distância, à preservação da diversidade biológica... Da mesma forma, deve-se observar que as instituições europeias também foram pioneiras nessa área, tendo o princípio da precaução sido previsto no Tratado de Maastricht de 1992 como um dos princípios que devem basear a política da Comunidade no âmbito do meio ambiente⁷. No entanto, esta abordagem multifacetada, de múltiplos tratados, peca por sua heterogeneidade, definindo o princípio da precaução de forma muito diferente⁸, ou até mesmo não lhe dando qualquer definição na escala europeia. Em tal contexto, a integração nacional de princípios desconexos dentro do direito internacional ou europeu poderia encontrar significado e dar uma coerência normativa ao princípio da precaução mediante a elaboração conjunta da legislação ambiental.

A França manteve-se muito tempo externa ao debate, mas, pelo menos, recuperou o tempo perdido em relação a outros sistemas internos, como o de nossos vizinhos alemães, os quais, já em 1971, tinham inscrito a precaução (*vorsorge*) no local das gerações no Programa do Governo Federal. E a ideia de recuperação anda de mãos dadas com a de aceleração normativa. Muita estrada foi percorrida desde que a lei Barnier em 2 de fevereiro de 1995, relativa ao reforço da proteção do ambiente, consagrou o princípio em nosso Código Rural afirmando que "*a ausência de certeza, em função do*

⁶ M. Boutonnet e A. Guegan

⁷ Artigo 130-R-2. Art. 174 CE

⁸ Dessa forma, a Declaração Ministerial da segunda conferência internacional sobre a proteção do Mar do Norte (1987), que afirma que "a abordagem de precaução... pode exigir a adoção de medidas de controle", parece ser altamente prudente. Essa abordagem é somente a obrigação de se levar em consideração o risco potencial, que não pode ser afastado da agenda pública em razão da falta de provas científicas, sendo aplicado apenas às substâncias mais perigosas. No entanto, a Declaração Ministerial da terceira conferência internacional sobre a proteção do Mar do Norte (1990) aproxima-se de uma formulação que torna o "princípio da precaução" uma norma peremptória, uma obrigação de fazer a serviço de um objetivo mais específico. Trata-se, na verdade, de se "tomarem medidas para evitar os impactos potencialmente danosos". (*op. cit.* p. 20)

conhecimento científico e técnico do momento, não deve adiar a adoção de medidas efetivas e proporcionadas para evitar riscos de danos graves e irreversíveis ao ambiente".⁹ Foi justamente salientado que o texto apenas tinha um escopo indireto porque se limitava a "*inspirar a legislação sobre ambiente...no quadro das leis que definem seu escopo*".¹⁰ Estávamos ainda longe da elaboração da Carta Ambiental cujo artigo 5 trata do princípio da precaução, da submissão às duas Assembleias em 2004 e de sua elevação à altura de uma norma constitucional pelo Parlamento reunido em Congresso em 28 de fevereiro de 2005, no final de uma votação que, por esmagadora maioria, introduziu a Carta no Preâmbulo da Constituição de 4 de outubro de 1958. Depois de ter se atrasado nas reformas, a França passava a ser a figura de ponta¹¹...

Com efeito, já que a ideia de radicalização, assim como seu perímetro francês, podem, por conseguinte, ser considerados como hipóteses de trabalho aceitáveis, devem-se então declinar as implicações. Uma primeira forma de pensar é quase óbvia: a constitucionalização do princípio o enraíza como uma norma suprema, da qual irão surgir, devendo ser cumpridas, as decisões públicas e sua tradução jurídica, legal ou regulamentar. Esse enraizamento, essa radicalização no sentido etimológico do termo (ver *supra*), percebe-se, portanto, pela sua **própria verticalidade (I)**. No entanto, radicalizar significa também – contando aqui com um significado mais comum que podemos também ver nos dicionários - ganho de eficiência – ou de intransigência – de acordo com a ótica adotada. Este ganho de eficiência não é medido pela hierarquia das normas, mas pela conquista de uma forma de influência horizontal, **lateral**, que implica, portanto, a relação entre particulares e assume a forma de uma responsabilidade potencialmente maior **(II)**. Contudo, enfrentamos mais perguntas do que certezas, supondo que haja alguma nesta primeira fase de reflexão.

⁹ C. Rural, art. L. 200-1. C. Ambiental, art. L. 110-I 2°.

¹⁰ Viney/Kourilsky, Relatório já citado, p. 21.

¹¹ Na Alemanha (Art. 20) e no Brasil (Art. 225), o princípio da precaução também é mencionado seja a título da lei fundamental, seja a título constitucional, mas de uma forma muito menos explícita (por exemplo: o artigo 20 da lei fundamental alemã dispõe que "ao assumir responsabilidades para as gerações futuras, o Estado protege os fundamentos naturais da vida").

I. Uma radicalização vertical

A afiliação do princípio da precaução na Constituição Francesa ocorreu, portanto, por meio de artigo 5 da Carta Ambiental – integrada no bloco de constitucionalidade – que prevê que: *"quando um dano, embora incerto no estado atual dos conhecimentos científicos, for susceptível de afetar de forma grave e irreversível o ambiente, as autoridades públicas devem velar pela aplicação do princípio da precaução e, conforme suas áreas de atribuição, pela implementação de procedimentos de avaliação dos riscos e pela adoção de medidas provisórias e proporcionadas para impedir o dano"*.

Este enraizamento na norma jurídica suprema tem causado efeitos imediatos (A) e outros que serão provavelmente visíveis em prazo mais ou menos longo (B).

A) Uma radicalização imediata

O valor constitucional do princípio da precaução implica, sem dúvida, que ele seja agora levado em conta por qualquer ato de política legislativa. *Brevitatis causa*, a reforma de 2005 aumenta a verticalidade do princípio, entendida como sua capacidade de produzir a sansão no caso da responsabilização das autoridades públicas que invoquem desconhecimento. Seria obviamente errado dizer que anteriormente, não havia nenhum controle da ação pública pelo fato de a precaução não possuir estatuto de norma soberana.

O Conselho de Estado tinha aplicado, em várias ocasiões, os artigos L. 200-1 do Código Rural e/ou L. 110-I 2º do Código Ambiental como um princípio legislativo no contencioso da legalidade de decisões administrativas. Foi assim em 1998 quando da decisão *Greenpeace*, que ordenou a suspensão da ordem de registro, no catálogo oficial de espécies e variedades de plantas cultivadas na França, de três variedades de milho geneticamente modificado¹². A análise dessas decisões tem mostrado que o controle, muitas vezes relacionado com procedimentos de emergência, restringia-se à sanção de erros manifestos de apreciação, essencialmente por falta de

¹² CE, 25/9/1998, req. n° 194348

conhecimento dos procedimentos (não constava a opinião das instancias competentes na constituição do dossiê técnico ou opinião desfavorável)¹³. Como resumiu F. Ewald, *"o que importa não é tanto o resultado de tais perícias, mas o fato de elas terem sido estritamente seguidas"*. Na ausência de certeza científica, procuramos a – falsa? – segurança de certezas processuais.

Neste contexto, poder-se-ia legitimamente questionar qual seria o impacto do novo controle devolvido ao Conselho Constitucional, relativo à submissão de toda a política legislativa ao princípio da precaução (artigo 5º da Carta). Tratava-se de reiterar um controle de obrigações processuais ou de promover um controle substancial? O decreto CC de 19/6/2008 (nº. 2008-564), novamente relativo aos organismos geneticamente modificados, contém diversas lições. Tal decisão, que define a lei relativa aos OGM de 26/6/2008 e que declara dois artigos inconstitucionais, inicia, no entanto, com uma aparente tautologia: *"o artigo 5, bem como todos os direitos e deveres definidos na Carta Ambiental, têm valor constitucional"* (considerando 18). Era preciso tal decreto para lembrar a força do óbvio? Conforme Yann Aguila, *"seria paradoxal que a ascensão ao nível constitucional (dos direitos e deveres da Carta) tivesse por principal consequência uma regressão quanto a sua eficácia"*¹⁴. No entanto, outras constatações se impõem além da simples evidência e alimentam a perspectiva da radicalização.

Em primeiro lugar, deve ser observado o enorme salto qualitativo – do dia para a noite! – que permite hoje o controle direto da constitucionalidade (Constituição, Art. 61). Basta comparar a decisão de 19/6/2008 com aquela tomada pelos sábios da rua Montpensier em 4/7/2001, chamada de lei de IVG¹⁵, em que se criticava o aumento para doze semanas do período de prática do IVG

¹³ B. Mathieu, La constitutionnalisation risquée du principe de précaution, Mélanges Morand-Deville, Ed. Montchrestien, p. 893.

¹⁴ Droit constitutionnel et droit de l'environnement, Constitutions, 2010, p. 493.

¹⁵ CC, 4/7/2001, nº 2001-449, sobre a lei relativa à interrupção voluntária da gravidez e à contracepção, JO 7/7/2001, p. 10835. Enquanto isso, o CC referiu-se por primeira vez à Carta de 28/4/2005 (DC 2005-514) julgando a criação do registro internacional francês da matrícula de navios segundo o princípio do desenvolvimento sustentável enunciado em seu artigo 6.

quando a mulher grávida está em situação de perigo. Entre outros argumentos, acusou-se a lei de desconhecer, "*ignorando as obrigações da prudência impostas ao legislador na ausência de consenso médico sobre tais questões, o princípio da precaução, meta de valor constitucional resultante do artigo 4 da Declaração dos direitos do homem e do cidadão de 1789*". Em vão, de acordo com o CC, porque "*o princípio da precaução não é um objetivo com valor constitucional*", figurando na época apenas no *corpus* legislativo sem poder, portanto, ser extrapolado por uma norma constitucional, o que significa que o artigo 4º da Declaração carrega apenas uma definição genérica da liberdade humana que "*consiste em poder se fazer tudo o que não for prejudicial para os outros*".

Em segundo lugar, a análise da decisão de 26/6/2008, que não censura a lei OGM por violação do princípio da precaução – ainda que outras disposições sejam declaradas inconstitucionais em nome da Carta – permite captar o escopo que o Conselho tenciona conceder ao princípio em questão. Cumulativamente, há revisão processual e substantiva da lei:

Processual, pois se verifica que o Alto Conselho das Biotecnologias, estabelecido por lei (Art. 3), a fim de informar o governo sobre os riscos "para o ambiente e para a saúde pública" que pode ter a utilização de OGM, respeita o princípio da precaução, especialmente onde se espera uma avaliação transparente dos riscos "*pela experiência coletiva conduzida de acordo com princípios de competência, pluralidade, transparência e imparcialidade*".

Substancial, pois o parecer prévio do Conselho Superior, ou de outras medidas anteriores à autorização da introdução dos OGM, como o confinamento da cultura em caso de perigo ou de inconveniente (C. Ambiental, art. L. 532-2), contribuem para o respeito ao princípio da precaução não obstante "*o fato de que as condições técnicas às quais são submetidas as culturas de organismos geneticamente modificados autorizados não excluem a presença acidental de tais organismos em outras produções*". Esse é o fundo da precaução, que é mensurado em termos de balanço de custos e benefícios. O processo de controle da constitucionalidade, por conseguinte, foi enriquecido e o princípio da precaução aumentou suas raízes normativas por ser um princípio material.

Ainda mais porque a dupla natureza do controle constitucional triplica-se em sua aplicabilidade direta¹⁶ "aos poderes públicos e às autoridades administrativas nos respectivos âmbitos de competência": prova adicional de radicalismo¹⁷, contrariamente a outros artigos da Carta, ele não depende de legislação única para sua implementação e se difunde diretamente em toda a ordem normativa, permitindo que um indivíduo possa invocá-lo perante os tribunais comuns, pelo menos - nessa fase (ver II) - da ordem administrativa.¹⁸

B) Uma radicalização exponencial?

A Constitucionalização do princípio da precaução, juridicamente incontestável agora, não ocorreu sem suscitar muitas preocupações. De fato, sua penetração - e que penetração! - na ordem jurídica estabelecida não é contra a natureza, contra a própria natureza da norma? Jean-Pierre Theron argumenta, não sem razão, que "a norma jurídica é baseada na segurança, na previsibilidade, sua função principal é garantir um mínimo de segurança, excluindo, na medida do possível, qualquer ideia de risco... Como poderia o

¹⁶ "Único princípio enunciado como tal na Carta, único, também, a ser objeto de uma definição "técnica" que exclui a possibilidade de ver nele apenas um objetivo, e poupado pela intervenção do legislador das condições da sua aplicação, o princípio da precaução claramente parece ser de aplicabilidade direta". K. Sanchez, La diversité des discours attachés au principe de précaution, Congrès de droit constitutionnel, Montpellier, p. 2.

¹⁷ M. Tubiana, *op. cit.*, p. 7, evocando "a supressão de barreiras".

¹⁸ Ver imediatamente após a decisão sobre os OGM, a decisão do Conselho de Estado de 3/10/2008 (n° 297931): *desde a entrada em vigor da lei constitucional de 1/3/2005, uma disposição regulamentar não pode intervir no domínio de aplicação do artigo 7 da Carta Ambiental exceto para a aplicação de disposições legislativas, incluindo as contidas no Código Ambiental e no Código de Urbanismo, sejam elas posteriores ou anteriores a esta data, sob a reserva de que não sejam incompatíveis com as exigências da Carta... nesse caso, as disposições (acima) não tinham por objeto determinar as condições e os limites de aplicação dos princípios do acesso às informações e de participação do público impondo-se ao poder regulamentar para a delimitação das zonas em questão; que na ausência de fixação pelo legislador destas condições e limitações, o decreto atacado de 1/8/2006, cujas disposições preveem, além da implementação de um inquérito público, modalidades de informações e de publicidade que contribuem inseparavelmente ao estabelecimento de um procedimento de consulta e participação que entra no campo de aplicação do artigo 7 da Carta Ambiental, foi tomado por uma autoridade incompetente.*

*Direito tomar o que ele tem que combater?"*¹⁹ Como punir a ausência de medidas, mesmo provisórias cuja própria carência atesta que se evolui no campo hipotético? Qual forma de perícia reconhecer com o auxílio de procedimentos que se apresentam como reconfortantes em sua promulgação, mas que promovem no perito uma abordagem que, queiramos ou não, sempre termina no domínio do político? *"A característica da perícia em matéria do princípio da precaução é que revela a verdade da incerteza e não a certeza de um risco."*²⁰ O modo de produção da lei está aqui em questão, em desafio e em jogo pelo risco de sua subversão, de sua subserviência a uma ciência que, entretanto, admite seus limites cognitivos... Da mesma forma, há um perigo do abuso do jurídico em relação ao político, pois o respeito formal e especializado das abordagens de precaução permite, afinal, legitimar medidas (enterro de resíduos radioativos, criação de aterros ditos controlados...) falsamente tranquilizadoras.

Mas, por outro lado, é possível argumentar que o princípio da precaução, sendo um epifenômeno de um direito subjetivo – mais geral – à segurança²¹ em um contexto de maior risco, deve inevitavelmente surgir em um nível normativo para atender a uma demanda social renovada... Assim como o surgimento de humanos estava, talvez, em germe na construção progressiva de nosso universo, o surgimento do princípio da precaução estava, talvez, em germe na construção progressiva de nossa sociedade... Vale mais, em suma, encarar a interpretação da norma mais radical, outorgando-lhe condições precisas ou apresentadas como tais – *perigo, violações graves e irreversíveis, responder mediante a adoção de medidas provisórias e proporcionadas* (Art. 5) - controladas e regulamentadas pelo Conselho Constitucional.

No entanto, essa perspectiva tranquilizadora fomenta imediatamente várias perguntas. Como de forma excelente o demonstrou Maurice Tubiana, a exigência de "proporcionalidade" jura com apreensão "dura" e radical que, ao contrário daquela em

¹⁹ Jean-Pierre THERON, « Le risque technologique saisi par le droit », in « La maîtrise de l'agroalimentaire face aux défis technologiques », Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2003.

²⁰ F. Ewald, *La construction juridique du principe de précaution*, D. 2008, p. 1548.

²¹ C. Radé, *Le droit à la sûreté*, Dalloz...

vigor no Tratado da União, visa somente aos riscos sem ponderar sobre os possíveis benefícios da medida²²: o que, em termos de decisões públicas, pode levar a campanhas de vacinação como aquelas trazidas em razão da gripe A H1/N1, cujo relatório de balanço custo-benefício foi muito negativo. Além disso, a regulação constitucional do princípio da precaução pressupõe, *a minima*, que se determinem suas fronteiras *ratione materiae*, onde prosperem os requisitos acima determinados. Constata-se logo que o campo de aplicação do artigo 5 da Carta traz debate, sob o risco de "*instabilidade normativa*." ²³ Em primeiro lugar, as coisas deveriam ser claras: a precaução é necessária somente quando *a realização de um dano... possa afetar... o ambiente*, sendo promovida pela Carta *Ambiental*. Da mesma forma que a lei Barnier, o princípio constitucional apenas visa, assim, literalmente, às possíveis violações aos ambientes naturais. Tal concepção ecocêntrica da precaução liberaria o legislador, uma vez ultrapassado o ponto das medidas exclusivamente ambientais. Ninguém ignora, contudo, que a necessidade de precaução não se limita a esse tipo de risco, pois são diversas e variadas as atividades que podem expor o homem a ameaças não apenas ligadas a seu ambiente natural: riscos tecnológicos, da central nuclear de última geração à nanotecnologia, **riscos sanitários** de todos os tipos, relativos à alimentação, ao sangue, às drogas, à vacinação. ²⁴

Será conveniente dedicar-se desde agora à proteção estrita do ambiente natural ou aceitar a extensão do controle constitucional a todas as disposições legais suscetíveis de afetar os seres humanos, havendo ou não riscos ambientais? Emergiu um consenso, *a minima*,

²² *Op. cit.*, p. 7. Segundo o artigo 174 3 TUE: "*Na elaboração da sua política no setor do ambiente, a Comunidade tem em conta: os dados científicos e técnicos disponíveis... os benefícios e as despesas que podem resultar da ação ou da falta de ação...*"

²³ K. Sanchez, *op. cit.*, p. 5.

²⁴ Segundo um inventário "à la Prévert", redigido por S. Q. Wood e R. A. Wood, as causas podem ser: "*poluição do ar, do mar, dos solos, resíduos perigosos, produtos químicos, inseticidas e pesticidas, mudança climática, energia especialmente nuclear ou eletricidade em alta tensão, telefonia móvel e fenômenos de onda, pesca, agricultura, organismos geneticamente modificados, defesa dos consumidores, medicamentos, alimentos, direitos humanos, defesa global, terrorismo, turismo, seguros, tecnologia!*" (Relatório americano no Congrès de la Netherlands Comparative Law Association, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3, Dez. 2007).

na área: uma lei de incidência ao mesmo tempo ambiental e sanitária surge de uma revisão do Conselho Constitucional. Na verdade é artificial a separação entre risco sanitário e risco ambiental em nome de um aparente propósito legislativo cuja incidência é realmente mais ampla. A lei de OGM, como submetida à decisão citada, estabelece um Conselho superior de biotecnologias encarregado, de acordo com o artigo L. 531-2-1 do Código Ambiental, de implementar *"uma avaliação prévia independente e transparente dos riscos para o ambiente e a saúde pública... efetuada por um conjunto de peritos."*²⁵ Assim como o ambiente tangencia frequentemente a saúde, a saúde o faz com o ambiente... Da mesma forma que a legislação sobre os OGM pode afetar a saúde humana, as disposições legais com finalidade *prima facie* sanitária, tais como a regulamentação das autorizações de venda de medicamentos, também terão um impacto ambiental, já que os produtos de saúde serão lançados em ambientes aquáticos, na fauna e na flora.

É possível ativar essa abordagem dupla - originada na constatação do extremo entrelaçamento dos desafios - para submeter ao requisito constitucional de precaução as disposições estritamente sanitárias? Pode-se, por exemplo, tratar com igualdade, sob a égide da definição de precaução pela Carta, os OGM, as células estaminais embrionárias e outras áreas de genética humana? As tecnologias em ambiente aberto e na comunidade médica? Tal extensão tem sido consagrada em outros lugares jurisdicionais, como na Corte de Justiça da Comunidade Europeia, CJCE (Corte de Justiça da União Europeia, CJUE). Ao contrário do juiz da OMC, não supranacional, o juiz comunitário não hesitou em sair da rigorosa contenção ambiental ao afirmar que *"o princípio da precaução possui...um campo de aplicação mais vasto; tem vocação para ser aplicado, para assegurar um alto nível de proteção da saúde, da segurança dos consumidores e do ambiente, em todos os domínios de ação da comunidade"*²⁶. Como sustenta Maryse Deguerge²⁷, o princípio da

²⁵ Ver também o artigo 1 da Carta que consagra o direito que cada um tem de viver "em um ambiente...que respeite a saúde".

²⁶ CJCE, decreto Artedogan e.a C/commission, 26/11/2002, T74/00. Sobre isso : A. Trouche, Le principe de précaution entre unité et diversité : étude comparative des systèmes communautaire et OMC.

precaução pode então se tornar um "*paradigma hegemônico da ação pública*", se a radicalização *de raiz* abrir logo caminho para a radicação *tirânica*...

No entanto, várias razões incentivam o ceticismo em relação a tal expansão. Além disso, não há contrapartida ao artigo 174 § 1 do Tratado da CE, que faz da proteção da saúde das pessoas um objetivo da política comunitária. O único prejuízo visado pela Carta é ambiental e a intenção do constituinte é desprovida de ambiguidade, ao afirmar que "*uma violação direta e exclusiva à saúde humana não entra no campo de aplicação do artigo 5*"²⁸. No máximo, mas com a insegurança própria de uma forma de raciocínio indireto, poder-se-ia sugerir tornar a precaução sanitária um objetivo com valor constitucional, extrapolado a partir da Carta e de outras disposições do bloco de constitucionalidade como o artigo 11 da Constituição²⁹, em cujos termos a nação "*garante a todos, em especial à criança, à mãe e aos trabalhadores mais velhos, a proteção da saúde, a segurança material, o descanso e o lazer*". Nessa expectativa, ou nesse temor, uma intervenção do legislador impondo medidas de precaução sanitária *motu próprio*, na ausência de qualquer risco ambiental (ver ondas eletromagnéticas) é naturalmente possível, mas com o custo de um rebaixamento do padrão e de sua setorização³⁰.

Em qualquer caso, a aplicação vertical do princípio da precaução, como uma norma superior imposta a todos os tomadores de decisões públicas, poderia ver seu alcance diminuído se fosse

²⁷ M. Deguerge, relatório francês no Congrès de la Netherlands Comparative Law Association, anterior.

²⁸ Relatório Parlamentar n° 1595, anterior à reforma constitucional, p. 99.

²⁹ A decisão do CC de 4/7/2001, chamada de lei IVG (supra), tinha afastado a noção de OVC, mas numa época em que o princípio da precaução ainda não tinha atingido o patamar da constitucionalidade. Para obter um exemplo de controle *via* OVC em matéria de habitação decente: CC n° 94-359 DC, 19/1/1995, Lei sobre a diversidade de habitat. "A possibilidade de que toda pessoa tenha uma habitação decente é um objetivo de valor constitucional".

³⁰ R. Hanicotte, Le principe de précaution à l'aune du contrôle de constitutionnalité : les sages et le risque, Politeia 2009, n° 16, p. 39. O Conselho de Estado, que tinha se inclinado, a nível normativo, à exigência de precaução da saúde, reconheceu-lhe a eficácia (Ver not. CE 21/4/1997, n. ° 180274, Sra. Barbeiro) Mas o alto tribunal administrativo, por decisão de 2/9/2009 (n° 318584) recusou a uma associação que tirasse proveito do artigo 5 da Carta contra uma decisão que não afetava o ambiente (equipamento das forças da ordem por "tisers").

consagrada a forma horizontal, desta vez na esfera das relações interindividuais.

II. Uma radicalização lateral?

A radicalidade é aqui sinônimo de rigidez, cuja perspectiva implica tomar uma nova questão (A) e confrontá-la com um direito positivo pelo menos matizado (B).

A. Uma problemática

A hipótese de uma lateralização da precaução pode ser formulada em duas etapas: uma aplicação direta entre atores privados é possível e se sim, qual seria sua tradução jurídica?

Aplicabilidade direta entre atores privados?

Trata-se da chamada questão da invocabilidade dos princípios contidos na Carta Ambiental. Tomado como norma jurídica – e sob a reserva de discussões anteriores sobre seu âmbito de aplicação – o princípio da difusão pode ser invocado em qualquer tipo de litígio, inclusive no judicial e não apenas como líder de um controle de constitucionalidade das leis ou da legalidade dos atos administrativos? A doutrina é muito dividida, tendendo tanto para a letra da Carta, que procura as "autoridades públicas"³¹, entendidas como o Estado, como para as coletividades territoriais e outros titulares de prerrogativas de poder público. Aqui se trata de um dever de "dar conta" da contrapartida de tais prerrogativas, das quais são desprovidos os atores privados, pessoas físicas e empresas. Por outro lado, a natureza técnica do enunciado do princípio - sujeito a condições e critérios específicos (ver *supra*) - o afasta do simples objetivo de política pública e o "jurisdiciza" para todos os níveis normativos. Além disso, vale lembrar (ver *supra*), a título de

³¹ Bertrand MATHIEU, « *Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement* », in *Etudes et doctrine*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15. No sentido oposto, Pierre Lascoumes, Laurence Boy... Morgan RIGAL (BALISES n°14, 7/2005). Yves JEGOUZO, « *Réflexions sur le projet de Charte de l'environnement* », in *Etudes et doctrine*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15 (?)

radicalismo normativo, que a precaução é estabelecida na Carta sem a necessidade de uma ação legislativa para sua implementação. Um indivíduo poderia, portanto, solicitar reparação à administração pelas consequências do desconhecimento do princípio na sua ação, ou mesmo designar outra pessoa privada perante o juiz por causa dessa mesma ignorância. Tudo isso desde o primeiro nível jurisdicional, sem se envolver na Questão Prioritária da Constitucionalidade³² de finalidade diferente da indenização, pois é projetada para permitir a abrogação de uma disposição inconstitucional em um litígio civil ou administrativo³³.

Que implicações jurídicas?

Nesta segunda lógica, a aclimação do princípio da precaução significaria num plano civil (indenizatório) uma inversão do ônus da prova, em detrimento dos responsáveis por uma atividade cujos adversários, e/ou vítimas, apoiariam os atuais ou potenciais efeitos nocivos. Isso significaria demonstrar a perfeita inocuidade de um produto, de um serviço, de um benefício, se não em termos absolutos, no mínimo, em relação a qualquer suspeita que pese sobre ele. A inversão cairia na prova da culpa, sendo que a violação do princípio da precaução tornar-se-ia meramente alegada mediante conduta de risco³⁴ – mesmo que suspeitado e não ainda estabelecido – relativa à causalidade entre tal culpa e o risco incorrido e a seu

³² Constituição Francesa, art. 61-1: "Quando, por ocasião de um processo pendente perante um órgão jurisdicional, argumenta-se que uma disposição legal viola os direitos e liberdades garantidos pela Constituição, o Conselho Constitucional pode enviar a questão ao Conselho do Estado ou ao Tribunal de Cassação para a pronúncia em prazo determinado".

³³ A primeira reunião do ambiente e do Conselho Constitucional surgiu como uma "oportunidade perdida" (Ver Rebeyrol, D. 2011, p. 1258), pois a decisão de 8 de abril de 2011, considerou, após a QPC sobre a isenção de responsabilidade por danos ambientais do primeiro ocupante das instalações (C.C.H., art. L. 112-16), que o texto foi consistente com a Carta Ambiental (artigos 2, 3, 4) por não excluir a responsabilidade por culpa.

³⁴De acordo com G. Viney, o fato gerador da responsabilidade por violação à precaução poderia misturar-se com a responsabilidade pelos riscos (C. Civ., Art. ° 1384 al. 1: se é responsável... pelas coisas sobre as que se que tem custódia) tal como consagrada pela jurisprudência desde longa data. Mas é preciso, neste caso, analisar mais o comportamento do que o fato da coisa.

impacto nocivo. Parafrazeando o famoso artigo 1382 do C. Civ.³⁵: "*qualquer fato humano suscetível de risco para outrem o obriga pela culpa de não o ter prevenido...*". No caso de não fornecerem a prova invertida, os responsáveis seriam forçados a, na melhor das hipóteses, executar in natura certas obrigações de proteção ou a submeter seus projetos a uma moratória, a cessar as ações já tomadas ou até mesmo a indenizar terceiros com um interesse legítimo (cessação do ilícito).

Certamente, tal configuração é uma forma de *probatio diabolica*, pois cumprir tais requisitos significa, *primo*, apresentar provas de um fato negativo, a ausência de perigo, o que é muito mais delicado que a demonstração de um fato positivo, como a execução de uma medida da qual o adversário alega deficiência. *Secundo*, a evidência de inocuidade não pode ser satisfeita pelo respeito aos procedimentos de segurança comuns, que postulam *a minima* um risco identificado e se localizam numa lógica de prevenção e não de precaução. Essa prova diabólica alteraria tanto a demonstração da ausência de culpa como a de ausência denexo de causalidade entre o comportamento criticado e o risco, uma vez que caberia ao defensor estabelecer – face à presunção do nexo de causalidade inferido pela suspeita – que sua atividade não pode ser fonte de risco, mesmo quando a abordagem de precaução postula que não se pode nem estabelecer nem excluir, a ocorrência de tal risco³⁶! Finalmente, destacamos que a exigência comum de dano sofrido pela vítima, que compõe a ação de responsabilidade civil, não se curva muito em busca das violações à precaução e que "*difícilmente pode ser considerada uma responsabilidade sem vítimas, sem prejuízo e sem indenização*"³⁷

Eis a razão por que, diante de tais contorções da responsabilidade tradicional, alguns autores têm apoiado uma posição ainda mais radical, abandonando considerações ordinárias da responsabilidade para construir um regime de responsabilidade

³⁵ "*Qualquer fato humano suscetível de risco para outrem o obriga pela culpa de não o ter prevenido...*"

³⁶ Ph. Pierre, Les présomptions de causalité en droit de la responsabilité, RLDC juil. août. 2007, n° especial do colóquio « Les distorsions du lien de causalité »

³⁷ Ph. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, Lexis-Nexis 2009, n° 15.

diretamente fundado no princípio da precaução³⁸. Em substância, em caso de risco de danos graves e irreversíveis para o ambiente ou para a saúde, havendo suspeita grave de tais riscos, seria possível obter *ipso facto* do responsável (empresa...) que ele cesse sua atividade e/ou repare in natura (destruindo as fontes de perigo...) suas consequências potenciais. Por outro lado, não seria questão de entrar em um processo de indenização, pois tal responsabilidade "para o futuro", voltada para a proteção das gerações futuras³⁹, diferencia-se radicalmente dos cânones habituais. Em suma, seria uma forma de extensão da atividade privada das obrigações que pesam hoje em dia sobre os tomadores de decisões públicas. (*supra*, I)

No plano penal (repressivo) a invocabilidade do princípio da precaução poderia produzir resultados contrários: seria suscetível de aparecer tanto como o fato justificativo de uma ação ilícita, como, por simetria com o direito civil, impugnando a presunção de inocência, na presença de infrações que admitem agora sanção por colocar em perigo outra pessoa, como espancamentos e ferimentos tradicionalmente reprimidos (C. Penal, Art. 121-3)⁴⁰.

B. Uma recepção ambígua por parte do direito positivo

1) Em matéria penal, o espectro de uma radicalização que debilite a presunção de inocência, que tem valor constitucional porque baseada na Declaração francesa dos direitos do homem e do cidadão de 1789 (Art. 9), parece ter pouca credibilidade no momento. A crescente consideração dos danos potenciais – por “colocar outros em perigo” (*supra*) – deveria, a fim de reprimir o alcance à precaução, assimilar “perigo” e “risco de risco”, de acordo com as definições mais aceitas (*supra*). Parece improvável que a presunção de inocência, princípio cardinal do direito e do processo penal francês, possa sofrer uma restrição de tal magnitude, o que

³⁸ M. Boutonnet, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, Th. Orléans 2003, LGDJ 2005, préf. C. Thibierge.

³⁹ C. Thibierge, Libres propos sur l'évolution de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile, RTDciv. 1999, p. 561).

⁴⁰ "Não há crime ou delito sem intenção de cometê-lo. No entanto, sempre que a lei o preveja, há delito no caso em que deliberadamente se coloque outra pessoa em perigo".

também estaria em contradição com o fato de que a dúvida deve beneficiar o acusado, regra constantemente verificada quando, por exemplo, uma dúvida sobre a certeza do nexo de causalidade proíbe punir criminalmente a perda de uma chance. Por outro lado, o princípio da precaução, desta vez concebido para justificar uma infração pelo estado de necessidade (C. Penal, Art. 122-7) pôde receber a unção judicial: o caso dos "ceifeiros de OGM" terminou em absolvição nos tribunais correcionais de Chartres (5/6/2008) e Orléans (9/12/2005) ⁴¹, pelo motivo de que a degradação voluntária de plantas de milho transgênicas se devia "*ao estado de necessidade resultante dessa situação de perigo*". Outros tribunais, mesmo admitindo a constituição de uma infração que evoluiu na distinção entre culturas abertas e em ambiente confinado, apenas pronunciam sanções simbólicas, como o Tribunal Correcional de Marmande, em 16/11/2010⁴². Tudo isso, analisa Maurice Tubiana⁴³, "*revela por parte dos juízes uma profunda desconfiança para com a ciência e os cientistas e por sua vez uma grande confiança nos grupos hostis à ciência... A verdade é que a luta contra os OGM é um caso político*". Se a premissa dessas afirmações ainda é questão de opinião, sua conclusão se tornou agora verificável: mediante uma medida de precaução, cuja metodologia de custos e benefícios pode novamente ser discutida, a França ativou, desde janeiro de 2008, a cláusula de salvaguarda e impôs a suspensão do plantio de milho Mon 810, cereal desenvolvido pelo agroquímico americano Monsanto.

2) Em matéria civil, poucos textos estão realmente disponíveis. Como os textos do Código Napoleão são – e com razão! – insensíveis ao conceito de precaução, é preciso que nos voltemos para regimes especiais contemporâneos de responsabilidade para detectar as disposições exploráveis. A lei de 19/5/1998, que rege a responsabilidade por produtos defeituosos, trata do "*risco de desenvolvimento*" como causa de exoneração do produtor (C. Civ.,

⁴¹ Les Petites Affiches 2006, n° 83, p. 17, nota A. Capitani.

⁴² Os réus foram processados por destruição de propriedade conjunta, os fatos foram requalificados como destruição de parcela OGM autorizada, ao abrigo de uma lei de 2008, específica para ceifas, que prevê uma pena máxima de até três anos de prisão e multa de 150.000 euros. Um acórdão do TC de Poitiers, de 28/6/2011, utilizou-se da ambiguidade do texto para promulgar uma nova absolvição dos acusados.

⁴³ *Op. cit.*, p. 20.

Art. 1386-11). Mas tal atenuação da responsabilidade, em qualquer caso inaplicável aos produtos oriundos do corpo humano – tais como produtos de sangue (Art. 1386-12) – não ilude ao ser confrontada com a radicalidade da precaução. A isenção é de fato possível apenas desde que "*o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que (o produtor) colocou o produto em circulação, não permita detectar a existência do defeito*". A mais leve suspeita que paire sobre o produto impugnado será suficiente para excluir a irresponsabilidade, sendo observado também que a falha de um produto é definida como a ausência de "segurança que se pode legitimamente esperar" (Art. 1386-4 al. 1), conceito tão difuso que acolhe sem dificuldade, nos parece, um nível de segurança intolerante à menor suspeita. Aqui, como alhures, a fortuna da precaução é realmente um assunto pretoriano.

Especificamente, a revisão da jurisprudência permite tanto detectar a influência, indireta embora certa, da exigência de precaução, como constatar a máxima prudência quando o princípio é invocado diretamente nas jurisdições civis.

– Indiretamente, o princípio da precaução – espada de Dâmocles ou bom espírito do Direito - incutiu-se, sem dúvida, no Direito comum da responsabilidade civil. É a esta influência, oculta, porém real, que convém ligar as decisões que, em matéria de produtos de saúde, admitem que o nexos de causalidade entre sua administração e a deterioração da condição do paciente pode ser estabelecida a partir de um conjunto de presunções "precisas, graves e concordantes", baseadas em elementos positivos - curto espaço de tempo entre a injeção e a afecção - e negativos - ausência de fatores predisponentes por parte da vítima, como histórico familiar, sem qualquer outra causa explicativa. Essa foi a solução adotada no caso emblemático da vacina contra a hepatite B, quando as reivindicações das vítimas que contraíram esclerose múltipla foram admitidas pelo Tribunal de Cassação, depois de longa hesitação, pois significava reconhecer uma causalidade jurídica - alegada - na falta de certeza quanto ao nexos de causalidade científica. Essa jurisprudência contraria as regras de administração da prova que, tanto no Direito comum (C. Civ., Art. 1382 e 1147), como no especial (C. Civ., Art. 1386-9) imputam a carga para a vítima, a menos que se considere que o objeto da demonstração está acabado quando os indícios se

sustentam apoiados em presunções antejudiciais. Tal inversão do ônus da prova é observada similarmente na fase do fato gerador, quando, no chamado caso "do Distilbène", os tribunais aumentaram as obrigações dos laboratórios farmacêuticos atribuindo-lhes um "dever de vigilância", que deveria, na dúvida sobre a inocuidade absoluta da droga no momento da gestação da requerente, ter ordenado a sua retirada do mercado. A dúvida, que certamente prevalecia cientificamente, não foi concedida ao requerido. Será possível objetar, claro, que a influência do princípio da precaução tropeça na finalidade das ações tomadas, que não são nem de antecipação, nem mesmo de prevenção, e que não perseguem – *ex ante* – a cessação de uma atividade possivelmente prejudicial, mas – *ex post* – o ressarcimento de danos reais. No entanto, esta terceira exigência tradicional do direito da responsabilidade civil sofreu recentemente um desenvolvimento que complica as linhas do dano. O Tribunal de Cassação não acaba de consagrar no contencioso das vítimas de amianto, uma nova forma de dano, *o prejuízo específico de ansiedade*, admitido em relação a "*uma situação de preocupação permanente diante do risco do surgimento, a qualquer momento, de uma doença relacionada ao amianto*" que obriga os empregados "*a controles e exames de saúde regulares que reativam essa angústia?*"⁴⁴ A angústia dos riscos potenciais que levariam a chamar – na maioria das vezes em situações de emergência – um juiz para que ordenasse uma medida de precaução, não poderia por extensão, ser objeto de uma indenização, nem que fosse simbólica?

– A invocação direta do princípio da precaução perante o juiz tem a mesma sorte? A dúvida é permitida atualmente quando se aprecia o direito de invocá-la ou o resultado de tal reivindicação. É inegável que vários tribunais sucumbiram às sereias desse princípio, seja assumindo sua competência para apreciá-lo, seja fundamentando-se exclusivamente nele. Um tribunal afirmou que "convém admitir a existência de um princípio geral da precaução em matéria de saúde" para impor, nos recorrentes contenciosos sobre antenas de telefonia móvel, que a empresa processada melhore

⁴⁴ Cass. soc., 11/5/2010, n° 09-42241, RTDCiv. 2010, p. 564, obs. P. Jourdain ; C. Corgas-Bernard, Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir ? Resp. civ. et assur. 2010, Etude, 4.

tecnicamente sua instalação a fim de torná-la aceitável pela população local ou, se não for possível, que mude a instalação da antena para outro lugar menos sensível⁴⁵. A jurisprudência é, no entanto, muito controvertida, na medida das dúvidas que afetam a comunidade científica sobre o assunto. Outras decisões apoiam o estudo do princípio em mecanismos mais balizados, tais como a teoria das perturbações da vizinhança⁴⁶, enquanto que outras ainda se recusam a julgar a exposição ao risco fora da referida teoria, nem que seja para chegar ao mesmo resultado⁴⁷. Finalmente, vamos extrair desse conjunto o acórdão do Tribunal de Apelação de Versalhes, segundo o qual é indenizável a lesão de angústia que cria para os demandantes a instalação de uma antena de retransmissão nas suas proximidades, dano avaliado para um período de três anos em 7000 € por par de vítimas⁴⁸.

Diante dessa situação controvertida, até mesmo confusa, esperava-se uma intervenção reguladora do Tribunal de Cassação. É preciso reconhecer que, até à data, as duas decisões disponíveis não permitem acabar com a disputa! A primeira decisão, de 3/3/2010, provocou esperanças nos defensores da precaução: a Corte Suprema, agindo a pedido de uma empresa de água mineral, que tinha processado o proprietário vizinho para que fosse fechada a perfuração que ele tinha praticado, causadora de riscos de poluição, enunciou, sob o artigo L. 110-1 do C. Ambiental, que o princípio da precaução não poderia ser aplicado nesse caso já que a perícia descartara qualquer risco de poluição⁴⁹. A solução do Tribunal de

⁴⁵ TGI Nevers, 22/4/2010, Resp. civ. e seg., 2010, com. 274, nota C. Sintez

⁴⁶Not.: TGI Grasse, 17/6/2003, Resp. civ. e seg. 2003, c. n° 29, por S. Kowohvith visando claramente, no entanto, ao “princípio da precaução reforçada”.

⁴⁷ CA Aix-en-Provence, 8/6/2004, D. 2004, p. 2678, nota M. Boutonnet. O mesmo tribunal, em 15 de setembro de 2008, se recusou a condenar o operador com base no princípio da precaução (JCP G 2009, I, 123, n° 4, Obs. Ph. Stoffel-Munck). Nesse sentido também, mas depois de ter reconhecido sua competência sobre esse fundamento: CA Bordeaux, 26 de outubro de 2004. Resp. civ. e seg. 2005, com. 3, nota C. Radé; CA Chambéry, 4 Fev. 2010, JCP G 2010, 531, nota B. Parance.

⁴⁸ CA Versailles, 4 Fev. 2009, Resp. civ e seg. 2010, com. 75, nota G. Courtieu. A base é a teoria das perturbações anormais de vizinhança.

⁴⁹ Cass. 3° Civ., 3/3/2010, n° 08-19108, D. 2010, p. 2183, nota N. Reboul-Maupin. A sociedade invocava o princípio da precaução e o abuso do direito de propriedade: "Considerando que, nos termos do artigo L. 110-1 II 1° do Código Ambiental, o

Justiça, se fosse interpretada *a contrario*, poderia assim augurar a invocabilidade direta do princípio da precaução....

Entretanto, uma segunda decisão muito recente, vem temperar tal interpretação. No caso de um litígio relativo aos perigos das ondas eletromagnéticas perto de uma linha de alta tensão, fonte alegada de problemas de saúde vividos pelo gado vizinho, o Tribunal de Cassação aprovou a apelação *"que definiu corretamente que a Carta Ambiental e o princípio da precaução não contestavam as regras segundo as quais cabe àquele que busca a indenização dos danos contra o titular da servidão o ônus de estabelecer que esse prejuízo foi a consequência direta e determinada dos atos deste e que esta demonstração, sem a necessidade de pareceres científicos, poderia resultar de presunções sérias, precisas, fiáveis e concordantes"*⁵⁰. Nesse caso, a dúvida científica foi tal que o conjunto de presunções foi rejeitado e os pretendentes perderam suas reivindicações. Tal decisão foi interpretada muito diversamente: alguns viram o acantonamento final da precaução nas decisões públicas (ver I)⁵¹, outros tentaram articular a solução com a jurisprudência sobre "antenas", distinguindo as reivindicações de indenização, para as quais – como no caso em pauta – o princípio da precaução é inoperante, daquelas de antecipação, onde se pode aliviar o rigor probatório, provocando a inversão do ônus da prova do nexo de causalidade⁵². Outros, ainda, declararam estar à espera de

princípio da precaução é aquele segundo o qual a ausência de certeza, considerando o conhecimento científico e técnico da época, não deve atrasar a adoção de medidas eficazes e proporcionais para evitar o risco de danos graves e irreversíveis para o ambiente em um custo economicamente aceitável."; tendo verificado, por motivos próprios e adotados, que a perfuração, qualificada de improdutiva pelo perito tinha sido executada por uma empresa especializada respeitando as autoridades administrativas, e tendo o perito concluído que a perfuração se situava na jusante da captação de águas minerais de Saint-Jean Lachaud sem ligação direta, não havendo nenhuma possibilidade de que se poluíssem as águas, mesmo que se derramassem produtos nocivos ou germes prejudiciais, o Tribunal de Apelação considerou, com razão, que o risco de poluição foi formalmente excluído pelo perito, que o princípio da precaução não poderia se aplicar, e foi possível inferir que o casal X... não tinha cometido falhas".

⁵⁰ Cass. 3^o civ., 18/5/2011, Resp. civ. e seg. 2011, estudo 11, por M. Bary ; D. 2011, p. 2089, nota M. Boutonnet

⁵¹ M. Bary, *op. cit.*

⁵² M. Boutonnet, *op. cit.*

decisões mais esclarecedoras⁵³!

Parece-nos que o princípio da precaução não está neste momento formalmente excluído do campo das relações privadas, mas que a perspectiva de seu radicalismo levou o Tribunal de Cassação a limitar tanto quanto possível seu âmbito de aplicação. Além disso, uma falha de vigilância poderá, no futuro, ser mais facilmente caracterizada com base na violação desse princípio, sem inversão completa do ônus probatório, enquanto que o relaxamento da prova do nexo de causalidade ficará restrito aos danos apenas em germe. O direito da responsabilidade, estando pouco acostumado a tal princípio, o risco de paralisia econômica sendo real e os desafios indenizatórios sendo confusos, um caminho de progresso poderia se abrir sob a forma de um fundo de garantia *ad hoc*, "para riscos científicos"⁵⁴ e um fundo para "perigos terapêuticos", forma de partilha de riscos que acompanham inevitavelmente o progresso da ciência. O Direito positivo continua a promover sua eclosão, em situações de emergência social, a ponto de, por vezes, provocar espetaculares inversões de ótica: o altamente divulgado "Fundo mediador" constituiu-se, assim, sobre a base de dados médicos aparentemente indiscutíveis, embora nenhuma segurança jurídica exista até hoje, por ausência de condenação definitiva penal ou civil! Estamos diante do decalque invertido do princípio da precaução, instituído juridicamente em um contexto científico totalmente incerto...

⁵³ B. Parance, RLDC setembro 2011, no prelo.

⁵⁴ Morgan Rigal, *op. cit.*

Anderson O. C. Lobato
Philippe Pierre
(Organizadores)

**DIREITO, JUSTIÇA E AMBIENTE:
perspectivas franco-brasileiras**



Rio Grande
2013

© Anderson O. C. Lobato e Philippe Pierre

2013

Capa: Liane Viegas Domingues

Formatação e diagramação:

João Balansin

Gilmar Torchelsen

D597d Direito, justiça e ambiente : perspectivas
franco-brasileiras / organizadores Anderson
O.C. Lobato e Philippe Pierre.- Rio Grande :
Editora da Furg, 2013.
276p ; 21 cm

ISBN 978-85-7566-262-5

1. Direito ambiental 2. Educação ambiental I.
Lobato, Anderson O. C II. Pierre, Philippe

CDU 349.6

Bibliotecária responsável pela catalogação: Jandira Maria Cardoso Reguffe CRB 10/1354

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho que está sendo oferecido ao público brasileiro é fruto de uma cooperação científica que teve início em 2009 no Ano da França no Brasil. Desde então foram organizadas várias manifestações científicas no Brasil (Pelotas, Rio Grande e Cuiabá) e na França (Rennes e Paris) que permitiram a reunião de trabalhos preocupados em oferecer novas perspectivas ao Direito, tendo como referência a promoção da Justiça e a preocupação com o meio ambiente.

Os trabalhos apresentados fazem parte das pesquisas iniciais de dois Grupos de Pesquisa aos quais se associaram pesquisadores da América latina apontando para a vocação à internacionalização das equipes envolvidas. O *Institut de l'Ouest: Droit et Europe*, Laboratório do CNRS (*Centre National de la Recherche Scientifique*) sediado na Universidade de Rennes 1 assumiu o papel de liderança e estímulo na reunião dos primeiros resultados. Os esforços dos colegas brasileiros na gestão das traduções, bem como na finalização da obra merece igualmente o nosso reconhecimento, notadamente nesses últimos anos em que as Universidades brasileiras, e porque não reconhecer, igualmente as universidades francesas, passam por um período de turbulência em que o trinômio ensino, pesquisa e extensão é permanentemente questionado no momento da distribuição de recursos destinados à educação.

O certo é que a presente cooperação científica está produzindo os seus primeiros frutos do trabalho de investigação científica inaugurando uma linha publicações que permanecerá viva no tempo e nos laços fraternos que unem Europa e América.

Observou-se no momento de reunião dos trabalhos que a relação em Direito e Justiça fortemente presente nas investigações jurídicas confronta-se presentemente com os desafios de um novo modelo de desenvolvimento, econômico, social e ecologicamente sustentável, único capaz de promover a justiça social, respeitando os

direitos humanos, a diversidade cultural na busca de uma real e concreta cidadania planetária.

O trinômio sustentabilidade, solidariedade e judicialização representa para o jurista não somente uma utopia, mas igualmente uma estratégia de transformação das relações sociais através do Direito.

Convidamos os nossos leitores a se envolverem no seu dia-a-dia e nos seus estudos com o compromisso de uma produção científica preocupada com os problemas sociais, e ambientais, que desafiam a sobrevivência da humanidade.

Anderson O. C. Lobato
Philippe Pierre
Organizadores

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	
Anderson O. C. Lobato; Philippe Pierre	5

Primeira Parte **Os desafios da sustentabilidade**

<i>Biotecnologia e propriedade industrial: direito francês e da União Européia</i>	
Maryline Boizard	11
<i>Aplicação dos princípios do Direito Ambiental e o ponto de irreversibilidade das mudanças ambientais</i>	
Luiz Henrique Ronchi	29
<i>A produção de agrocombustíveis no Brasil e os impactos socioambientais</i>	
Maria Claudia Crespo Brauner; Patrícia Maria Schneider	41
<i>O ecoturismo como enfoque orientador de um processo de preservação da natureza</i>	
Magda Maria Colao	63
<i>A poluição atmosférica transfronteiriça</i>	
Bianca Teixeira Bazan Steinmetz; Tizziani Gabriel; Leonardo Xavier da Silva	83

Segunda Parte

Os caminhos da solidariedade

<i>O princípio da precaução, uma radicalização francesa</i> Philippe Pierre	99
<i>O conceito de serviços ecossistêmicos: promotor de novas sinergias entre as estratégias europeias sobre o clima e a biodiversidade?</i> Nathalie Hervé-Fournereau; Alexandra Langlais	121
<i>Economia solidária e empreendimentos populares: as potencialidades da organização do trabalho associado</i> Éder Dion de Paula Costa; Paulo Ricardo Opuszka	151
<i>Ethos ambiental em clave del pensamiento estetico ambiental complejo</i> Ana Patricia Noguera de Echeverri	169

Terceira Parte

O fenômeno da judicialização

<i>A responsabilidade ambiental no contexto Francês e Europeu</i> Marion Bary	197
<i>A judicialização da responsabilidade civil ambiental: a poluição da agricultura irrigada</i> Anderson O. C. Lobato; Thiago Burlani Neves	211
<i>Responsabilidade ambiental e ação coletiva</i> Francis Kernaleguen	233
<i>A cidadania dos povos indígenas e a ressignificação do paradigma liberal.</i> Saulo Tarso Rodrigues.....	245