

PRINCIPIO DE LA PRECAUCIÓN EN EL DERECHO AMBIENTAL BRASILEÑO

Paulo de Bessa Antunes

Doctorado en Derecho por la Universidad del Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
Máster en Derecho por la Pontificia Universidade Católica del Rio de Janeiro (PUC-Rio).
Profesor de la Universidad Federal del Estado del Rio de Janeiro (UNIRIO).
Procurador Regional de la República.
E-mail: paulo.bessa.antunes@gmail.com

RESUMEN

El problema a ser enfrentado por este artículo es relativo al principio de la precaución y su incorporación al derecho brasileño. Como se sabe, tal principio ha sido ampliamente citado por decisiones judiciales y es parte importante de la producción doctrinaria jurídico-ambiental. Sin embargo, se tiene que a su aplicación ha sido hecha de forma bastante aleatoria e, inclusive, no hay una definición clara e instrumental de su contenido. La hipótesis que se pretende examinar es que, desde la Declaración de Rio – en su traducción para el portugués – la legislación ambiental ha denominado como principio jurídico, lo que internacionalmente es un abordaje, una medida de precaución, como se puede constatar por los textos en Inglés y Francés de la Declaración de Rio y de otros instrumentos jurídicos relevantes. La metodología a ser utilizada es el levantamiento de decisiones judiciales y normas legales relevantes, bien como el examen de la producción doctrinaria relativa al tema. Se concluye que hay un súper dimensionamiento de la utilización del principio de la precaución por los tribunales brasileños, en especial por el Superior Tribunal de Justicia y que, en el caso concreto, el Supremo tribunal Federal ha desempeñado papel de moderador en relación a la aplicación del principio de la precaución.

Palabras-clave: Derecho Ambiental; Principios legales; Principio de la Precaución; Política ambiental; Supremo Tribunal Federal; Precedentes Judiciales.

*PRECAUTIONARY PRINCIPLE ON BRAZILIAN
ENVIRONMENTAL LAW*

ABSTRACT

The problem to be addressed by this article is related to the precautionary principle and its incorporation into Brazilian law. As it is known, this principle has been widely cited by Brazilian case law and is an important part of the legal and environmental scholarly production. However, it follows that its application has been made fairly in a random way, and even so there is no clear and operational definition of its content. The hypothesis being examined is that since the Rio Declaration - in its translation into Portuguese - environmental legislation has termed as legal principle, which internationally is an approach, a precautionary measure, as can be seen by both the texts English and French of the Rio Declaration and other relevant legal instruments. The methodology to be used is the research of the case law and relevant legal rules, as well as the examination of the scholarly production on the subject. As a result comes the conclusion that there is a overuse of the precautionary principle by the Brazilian courts, especially the Superior Court of Justice Court and that, in this case, the Supreme Federal Court has played a moderating role in relation to the application of the precautionary principle.

Keywords: *Environmental Law; Legal principles; Precautionary Principle; Environmental policy; Supreme Federal Court; Case Law.*

INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende demostrar de qué manera el principio de la precaución (“PP”) fue incorporado al derecho brasileño, inicialmente por la vía de documentos de derecho internacional público y, posteriormente, por su adopción explícita en leyes nacionales, y, finalmente, como él ha sido interpretado por el Poder Judicial, con énfasis para el Supremo Tribunal Federal (“STF”).

Es interesante observar que, desde la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo (“Rio 92”), el estado brasileño tiene adherido al PP, aunque e, sorprendentemente, el Poder Ejecutivo, por sus agencias de control ambiental y de análisis de riesgo, no ha sido capaz de establecer directivas y orientaciones para su aplicación en casos concretos, como medida de política ambiental. Dada la ausencia de directrices, el PP – en su aplicación real en el Brasil – es un concepto difuso, poco claro y generador de inseguridad e incertezas, inconsistentes con un instrumento que debería ser apto a auxiliar en la toma de decisiones por parte del poder público, eso tiene acareado que el Judicial desenvuelva concepciones sobre el PP que, ni siempre, tiene relaciones con la genes y el entendimiento internacional sobre el tema. Como será demostrado en el artículo, el PP ha sido excesivamente solicitado por decisiones judiciales, pocas veces en cuestiones referentes a la incertidumbre científica, estando em vías de banalización.

Una de las grandes dificultades con relación al PP deriva del hecho de que los principios jurídicos (principios generales del derecho) reflejan una tradición jurídica consolidada que es llamada a ofrecer soluciones a las hipótesis concretas para las cuales la norma puesta sea omisa, habiendo sido utilizados desde la antigua jurisprudencia romana (GUSMÃO, 1997). Así, un “principio nuevo”, poco definido, prematuramente dotado de *status constitucional* – conforme se depende de diferentes decisiones del STF –, se alastra por el ordenamiento jurídico ambiental brasileño, demandando comprensión adecuada por parte de sus intérpretes, bajo pena de transformarse en instrumento de *no política ambiental*, una negativa general para las prácticas de actividades y pesquisas que se encuentren en la frontera del conocimiento. Conforme será examinado, dado el carácter instrumental que el PP tiene, la mejor forma de definirlo ha sido por la negativa, o sea, *estableciendo lo que él no es*. Como se espera poder demostrar, hay necesidad de que sean establecidas directrices administrativas claras de cómo y en qué circunstancias se deberá aplicar

el PP, como instrumento de gestión de riesgos, bajo pena de construcción de un principio excesivamente casuístico, construido judicialmente, y, por lo tanto, incapaz de expresar políticas ambientales más amplias. También aquí se refleja la tendencia del Judiciario a ocupar espacios políticos dada la inacción del Ejecutivo y del Legislativo, acarreado, como consecuencia, la transferencia para el Judiciario de las decisiones relativas a la implementación de las políticas ambientales, notoriamente al que se refiere al licenciamiento de actividades contaminadoras.

El artículo se iniciará con una breve discusión sobre el papel de los principios en el derecho brasileño, llamando la atención para el PP y su aplicación concreta. E Parte del presupuesto de que hay una contradicción entre el principio e innovación, haya vista que principios, como regla, expresan tradiciones jurídicas consolidadas e no novedosas. Por otro lado, como se verá, la invocación del PP tiene como una de sus bases un creciente estado de espíritu social que es preponderantemente influenciado por la llamada crisis ecológica que, prácticamente, identifica la época presente como la antesala del apocalipsis. Se entiende como más adecuado que se recorra a la *prudencia* – concepto aristotélico – como forma de decidir cuestiones que envuelvan riesgos producidos por intervenciones sobre el medio ambiente que tengan historias registradas, hechas por tecnologías y métodos ya conocidos, cuya experiencia pasada indique opciones que tengan que ser tomadas.

En seguida, se pasa al examen del significado del PP en derecho internacional – en el cual el status legal no es el de principio jurídico (obligatorio, convincente), pero el de simple “precautionary approach” o “mesures de précaution”. Conforme será analizado, una traducción equivocada de la Declaración de Rio está atribuyendo un grado de positividad al PP en el derecho brasileño que no tenga equivalencia en ámbito internacional.

Por fin, se verifico que el STF ha buscado establecer un criterio operacional para la aplicación del PP, teniendo evolución en su concepción que, en el primer juzgado mencionado en el artículo, aún estaba fuertemente influenciado por *Zeitgeist* ecológico. El artículo es encerrado con la constatación de que las decisiones del STF deben servir de norte a los tribunales brasileños – ahí incluido el Superior Tribunal de Justicia - que deben restringir la aplicación del PP a los casos que, de hecho, envuelvan incertidumbre científica.

1 LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO BRASILEÑO: PRINCIPIO

DE LA PRECAUCIÓN

La ley de introducción a las normas del derecho brasileño¹ establece en su artículo 4º que delante de omisión legislativa, el juez decidirá el caso de acuerdo con “la analogía, las costumbres y los principios generales del derecho.” El nuevo código de proceso civil², sin embargo, no mencione expresamente los principios generales de derecho, determina en su artículo 140 que “el juez no se exime de decidir bajo la alegación de brecha u oscuridad del ordenamiento jurídico”, de ahí resultando evidente que los principios son partes integrantes del ordenamiento jurídico. Así, los principios generales de derecho forman el último recurso a ser empleado por el aplicador de la norma con vistas a solucionar a un caso concreto. Ha sido reconocido que los principios jurídicos siempre tuvieron desempeñado papel relevante en el orden jurídico, cual sea el de proveer el sistema de unidad y coherencia unidad y armonía, sirviendo de *guía para el intérprete*. Se admite que, modernamente, el constitucionalismo y la nueva hermenéutica tiene reconocido les plena normatividad, equivalente a la de la norma jurídica (PADILHA. 2010, p. 238), conforme admitido en la doctrina jurídico-ambiental.

Hay, todavía, mismo de la doctrina ambiental, quien identifique – en la actual cuadra – una hipertrofia de los principios en “medio ambiental”, como es el caso de SARLET y FENSTERSEIFER (2014, p. 18) que afirman ser la materia inspiradora de cuidados, pues, como lo verificado em otros “campos sensibles” hay excesos de “perfil fundamentalista”, lo que acarrea “una dosis de voluntarismo que busca se legitimar mediante invocación genérica -, y, por veces, mismo *panfletaria* – del discurso de los principios”. Por utilización panfletaria de los principios se entiende la búsqueda de soluciones para casos concretos de manera a inviabilizar la actividad económica o a negar eficacia a actos administrativos emitidos por agencias ambientales. Se podrá decir que el *principesco* es una enfermedad infantil del derecho ambiental, pues buscando siempre la posición más radical como se él fuera por si solo sinónimo de mayor legitimidad y legalidad, o hasta mismo de mayor eficiencia para la protección ambiental.

El PP no es inmune a una “invocación genérica” y hasta mismo “panfletaria” que se reflète, incluso, en decisiones judiciales. Al contrario, un conjunto de circunstancias que serán examinadas adelante, tiende a transformar el PP en un espantapájaros guardando a huerta

1 Decreto ley nº 4.657, de 4 de septiembre de 1942.

2 Ley nº 13.105, de 16 de marzo de 2015.

de “generaciones futuras” (STJ, AgRg no REsp 1356449 / TO) e intentando evitar “catástrofes”, impidiendo su utilización racional como instrumento de política ambiental y gestión de riesgos. En verdad, el Superior Tribunal de Justicia, por ejemplo, se entiende que la existencia de cualquier riesgo, independientemente de su dimensión es suficiente para la aplicación del PP. En reciente decisión, la elevada Corte consideró que competía al acusado demostrar que su actividad no generó riesgo para pescadores, no cualificando la cantidad de riesgo, pues, como se sabe, no hay riesgo cero (STJ, AgRg en el AREsp 183202 / SP).

El PP ha sido saludado como un principio jurídico innovador, prácticamente desconocido hasta la década de 90 del siglo XX que se tornó popular con el episodio de la “vaca loca” (EWALD; GOLLIER; SADELER, 2008), en la Europa con aplicación en cuestiones de salud pública. Modernamente, el PP es invocado en las más diversas cuestiones que van desde las mudanzas climáticas, defensa del consumidor, de la salud pública, atentados terroristas y tantas otras. El campo de amplitud del principio es tan largo que él ya llegó a ser llamado de “inquietante” (BRONNER; GÉHIN, 2010).

A desmedida expansión del principio de la precaución³ y a su indefinición conceptual son elementos desestabilizadores de la orden jurídica, o sea, exactamente el contrario de lo que se espera de un principio jurídico. É desestabilizador porque a su aplicación es aleatoria y, por consiguiente, un instrumento que no se presta para la toma de decisiones cuando el administrador se ve delante de una situación de incertidumbre científica, pero, al contrario – como demuestra a su práctica brasileña - transformo se en mecanismo de parálisis administrativa y obstáculo al desenvolvimiento del conocimiento científico.

Ejemplo de esta aleatoriedad puede ser fácilmente identificado en decisiones que entendió correcta la aplicación del *principio de la precaución*, con la concesión de anticipación de tutela con la finalidad de evitar que “norma con posibilidad de ser declarada inconstitucional” tenga validez y se pueda ser utilizada como instrumento de autorización para construcciones irregulares (TJ-DF, AGI: 20150020141034). ¿Ora, como

3 El sitio eletrônico del Superior Tribunal de Justicia registra 1394 entradas para “principio de la precaución”, conforme búsqueda realizada a los 26/08/2016. Disponible en: <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?acao=pesquisar&novaConsulta=true&i=1&data=&livre=principio+da+precau%E7%E3o&opAjuda=SIM&tipo_visualizacao=null&thesaurus=null&p=true&operador=e&processo=&livreMinistro=&relator=&data_inicial=&data_final=&tipo_data=DTDE&livreOrgaoJulgador=&orgao=&ementa=&ref=&siglajud=&numero_leg=&tipo1=&numero_art1=&tipo2=&numero_art2=&tipo3=&numero_art3=¬a=&b=ACOR&b=SUMU&b=DTXT&b=INFJ&todas=todas>.

puede el principio de la precaución servir para evitar a validad (?) de norma “con posibilidad de ser declarada inconstitucional”?

El miedo – justificable o no – se ha tornado un de los componentes más influyentes de la vida social moderna, con visibles efectos júratenos (SUNSTEIN, 2005). La amplificación mediática de tragedias, de crímenes y dificultades sociales y económicas hacen con que el ciudadano mediano se imagine en un mundo peor del que de los “tiempos dorados del pasado”, un “mundo intolerable” (DUMONT, 1988). A partir de eso, se cría un caldo de cultura esencialmente regresivo, en constante atrito con innovaciones tecnológicas y científicas y que, en el caso específicamente brasileño, ha generado verdaderas perplejidades. No se puede olvidar también que el PP es un “último refugio” de la “lucha anticapitalista”. Se presume, por ejemplo, en el caso de las necesarias obras de infraestructura – tecnologías conocidas y, por lo tanto, sin “incertidumbres científicas”. Cuestiones relativas al descumplimiento de normas – ausencia de estudios ambientales – son resueltas con base en el PP, acarreado su banalización, como es el caso de decisión proferida por el Tribunal Regional Federal de la 1ª Región que mantuvo suspensión de licencia ambiental que había sido concedida para obras portuarias en la Amazonia, teniendo en vista que el puerto era un “visible escurridor de soya transgénica, en la región amazónica, así expuesta al deforestación irresponsable y a la disfrazada colonización alienígena” (TRF1, AC 1626120004013902). Se resalte que la cuestión de fondo discutida en la medida judicial era la exigencia o no de estudio previo de impacto ambiental para la actividad, o sea, la cuestión decidida decía respeto al descumplimiento de norma puesta y no a cualquier incertidumbre científica, mucho menos se discutió cualquier cuestión relativa a la soberanía nacional.

2 LA PRUDENCIA

Lo que actualmente se llama de precaución fue llamado por Aristóteles como prudencia (*phronesis*), cuyo contenido es eminentemente práctico, aún no se resume solamente a eso (AUBENQUE, 2008). La ética aristotélica, como se sabe, está fundada en el principio de la responsabilidad humana y en la libre deliberación tomada a partir de experiencias concretas, de forma que ellas puedan servir de guía para la anticipación de posibles resultados futuros resultantes de esta o de aquella actitud. La prudencia, así, es una previsión de resultados futuros, indicando acciones u omisiones para evítalos, tales resultados futuros son “previsibles”, en la medida en que se

sabe el resultado de acciones pasadas asemilladas. La ética de la prudencia se forma por la repetición, por la socialización, al fin, por el hábito. Luego, hay una contradicción entre prudencia y innovación (VERGNIÉRES, 2008). La primera es una forma de conservación, de seguridad. Luego, la precaución es eminentemente una actitud conservadora.

La prudencia, como advierte Solange Vergnières, solamente es “infalible”, cuando maneja con algo “racionalmente previsible” (VERGNIÉRES, 2008), no habiendo previsibilidad, se entra en el campo del especulativo y del aleatorio. Como afirmado por la autora, la “ética aristotélica no está fundada en la ruptura y si en la continuidad.” (VERGNIÉRES, 2008, p. 135). En el campo jurídico, la jurisprudencia es la repetición de los juzgados en un determinado sentido, correspondiendo a la comprensión pretoriana de un determinado asunto. Es, por lo tanto, la consolidación de entendimientos pasados. El recurso al estudio de la jurisprudencia permite la anticipación de resultados “previsibles” de la futura acción judicial. Los jurisprudentes eran aquellos que decían el derecho a la luz de la experiencia. La mudanza de prudencia para precaución no altera su carácter eminentemente conservador, aunque en vestes “actualizadas”. La prudencia impone conducta cautelosa en relación a las novedades, a la desconfianza en relación a la innovación. Es, por lo tanto, esencialmente conservadora y tiende a mirar el futuro con los ojos del pasado. Umns de las principales dificultades en relación al manejo de la incertidumbre científica (áreas de frontera del conocimiento) es la inexistencia de experiencia previa; la cual solamente se acumula por la acción, por la repetición. No se adquiere certeza científica por la parálisis, siendo extremadamente equivocada la identificación de una adecuada aplicación del PP con la inacción.

3 EL PRINCIPIO DE LA PRECAUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Fue en la década de 70 del siglo XX que el Derecho Alemán estableció la necesidad de evaluación previa de las consecuencias sobre el medio ambiente de los diferentes proyectos y emprendimientos que se encontraban en curso o en vías de implantación. La concepción fue incorporada en el proyecto de ley de protección de la calidad del aire que, finalmente, fue aprobado en 1974 y que establecía controles para una serie de actividades potencialmente dañosas, tales como ruidos, vibraciones y muchas otras relacionadas a la calidad del aire.

En su formulación original, el principio establecía que la *precaución* era desenvolver en todos los sectores de la economía procesos que reduzcan significativamente las cargas ambientales negativas, principalmente aquellas originadas por sustancias peligrosas. Otras formulaciones del PP fueron siendo construidas y, en poco tiempo, el *Vorsorgeprinzip* se expandió para el Derecho Internacional y para diversos derechos internos, inclusive o brasileño.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Rio 92) y otros documentos internacionales como, por ejemplo, el Protocolo de Cartagena y la Convención de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes incluyeron la precaución dentro de sus preocupaciones.

Anteriormente a la Declaración del Rio, la Carta de la Naturaleza, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas estableció un conjunto de medidas a ser adoptadas con vistas a evitar daños irreversibles al ambiente, como definidas en el párrafo 11⁴. Ya el principio 15 de la Declaración del Rio habla sobre medidas de precaución en la versión francesa (*mesures de précaution*) u abordaje de precaución en la versión inglesa (*precautionary approach*). La traducción oficial brasileña de tal documento transformó las medidas de precaución u al abordaje de precaución en *principio* de precaución.

De modo a proteger el medio ambiente, el *principio de la precaución* debe ser ampliamente observado por los Estados, de acuerdo con sus capacidades. Cuando haya amenaza de daños serios o irreversibles, la ausencia de absoluta certeza científica no debe ser utilizada como razón para postergar medidas eficaces y económicamente viables para prevenir la degradación ambiental.

Es importante resaltar que la Declaración de Rio no es un documento legal con fuerza obligatoria, siendo una afirmación política;

4 Actividades que pueden tener un impacto sobre la naturaleza deben ser controlada, y las mejores tecnologías disponibles que minimizan riesgos significativos para la naturaleza u otros efectos adversos deben ser utilizados, en particular: (A) Actividades que puedan causar daños irreversibles a la naturaleza deben ser evitados; (B) las actividades que puedan representar un riesgo significativo para la naturaleza deben ser precedidas de una análisis exhaustiva, sus proponentes deben demostrar que los beneficios esperados superen posibles daños a la naturaleza, y donde los potenciales efectos adversos no son completamente comprendidos, las actividades no deben proseguir; (C) Las actividades susceptibles de perturbar la naturaleza deben ser precedidas de evaluaciones de sus consecuencias, y estudios de impacto ambiental del desenvolvimiento proyectos deben ser realizadas con antecendencia suficiente, y se ellos están por ser asumidas, tales actividades deben ser planeadas y realizadas de modo a minimizar potenciales efectos adversos; (D) Prácticas de Agricultura, pastajes, silvicultura y pesca serán adaptadas a las características naturales y las restricciones de determinadas regiones; (E) áreas degradadas por actividades humanas deben ser rehabilitado para fines de acuerdo con su potencial natural y compatible con el bien-estar de las poblaciones afectadas

así, los “principios” por ella establecidos no son irrefutables, del punto de vista del Derecho Internacional. Como se sabe, los principios jurídicos son ideas – fuerza que estructura un sistema jurídico, independientemente de estar escritos o no y, en tal condición, son obligatorios, pues dotados de positividad, el mismo no ocurre con *medidas* o *abordajes*.

En el cuadro abajo puede ser notada la diferencia entre los textos oficiales en portugués, inglés, francés y español del principio 15 de la Declaración de Río.

Declaración de Río			
Portugués	Inglés	Francés	Español
<p>Princípio 15 Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.</p>	<p>Principle 15 In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation</p>	<p>Principe 15 Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement.</p>	<p>Principio 15 Con el propósito de proteger el medio ambiente, el principio de precaución deberá ser observado, en general, por los Estados, de acuerdo con su capacidad. Cuando haya amenaza de daños graves o irreversibles, la ausencia de seguridad científica no será utilizada como razón para la postergación de medidas economicamente viables para prevenir la degradación ambiental.</p>

El mismo padrón de traducción fue adoptado para convenciones internacionales, transformando los *abordajes* y las *medidas de precaución* en *principios*.

Convención sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes – POPS			
Portugués	Inglés	Francés	Español
Artigo 1º Objetivo Tendo presente o Princípio da Precaução consagrado no Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o objetivo da presente Convenção é proteger a saúde humana e o meio ambiente dos poluentes orgânicos persistentes	Article 1 Objective Mindful of the precautionary approach as set forth in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development, the objective of this Convention is to protect human health and the environment from persistent organic pollutants.	Article premier Objectif Compte tenu de l'approche de précaution énoncée dans le principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, l'objectif de la présente Convention est de protéger la santé humaine et l'environnement des polluants organiques persistants.	Artículo 1º Objetivo Teniendo presente el Principio de Precaución consagrado en el Principio 15 de la Declaración del Rio sobre Medio Ambiente y Desarrollo, el objetivo de la presente Convención es proteger la salud humana y el medio ambiente de contaminantes orgánicos persistentes.

A partir del análisis del principio 15 de la Declaración de Rio, se percibe que la precaución: (i) no es definida por la orden internacional, sino, al contrario, se debe materializar en la orden interna de cada Estado, en la exacta medida de sus capacidades. Luego, su aplicación debe llevar en cuenta el conjunto de recursos disponibles, en cada uno de los Estados, para la protección ambiental, considerando las peculiaridades locales; (ii) la duda sobre la naturaleza nociva de una substancia no debe ser interpretada como se no hubiera riesgo; todavía, la identificación del riesgo debe ser hecha con base en informaciones científicas, con protocolos adecuados. La mera duda – sin elementos de base consistentes – no debe servir de base para la paralización de actividades sin las necesarias justificativas. La duda es un elemento fundamental para el avance de la ciencia.

Todo conocimiento científico es sujeto a la duda; (iii) no se aplica a la amenaza de cualquier daño, mas apenas aquellos graves e irreversibles y (iv) no determina la paralización de toda y cualquier actividad, por el contrario, impone la tomada de medidas de cuidado y monitoreo, hasta mismo para que el conocimiento científico pueda avanzar y la duda venga a ser esclarecida.

Es relevante destacar que el llamado principio de la precaución no es reconocido por la Corte Internacional de Justicia como obligatorio para los Estados, pues es abstracto (CAMERON, 1994, p. 256). Se observa que también en el derecho interno el principio de la precaución viene siendo introducido gradualmente por medio de diversas leyes federales, estatales y municipales que, expresamente, la invocan. En ámbito federal, se puede citar como ejemplo, la Política Nacional da Biodiversidad, la Ley de Bioseguridad, la Política Nacional sobre Mudanza del Clima, la Política Nacional de Residuos Sólidos.

En este punto, importante destacar que el Portal de la Biodiversidad⁵ no presenta ninguna directriz para la aplicación del PP, tampoco el sitio electrónico de la Comisión Técnica Nacional de Bioseguridad. En el que tañe a la Política Nacional de Residuos Sólidos y la Política Nacional sobre Mudanza del Clima, igualmente no se conocen directrices relativas a la aplicación de las medidas de precaución. La inexistencia de directrices operacionales para la aplicación del PP transmuta de instrumento de gestión de riesgos en mera alea.

Lo que más de aproxima de una de una directriz es una definición imprecisa y pobre del PP que encuentra en el sitio electrónico del Ministerio del Medio Ambiente⁶.

4 PRINCIPIO DE LA PRECAUCIÓN Y FUTURO

Uno de los elementos más caros al derecho ambiental y a las políticas ambientales es la llamada ética intergeneracional, que está presente en el capot del artículo 225 de la Constitución Federal. No pocas veces, las actividades económicas actuales son identificadas como potenciales causadores de trastornos al futuro y, por eso, con chances de perjudicar las generaciones futuras. En el particular es relevante rememorar el punto de vista de Ingo Wolfgang Sarlet y Tiago Fensterseifer, en el sentido de que la

5 Disponible em el siguiente sitio electrónico: <<https://portaldabiodiversidade.icmbio.gov.br/portal/>>. Acceso en: 11 mayo. 2016.

6 El principio de la precaución fue formulado por los griegos y significa tener cuidado y estar sient. Precaución se relaciona con la asociación respetuosa y funcional del hombre con la naturaleza. Trata de las acciones anticipatorias para proteger la salud de las personas y de los ecosistemas. Precaución es uno de los principios que guía las actividades humanas e incorpora parte de otros conceptos como justicia, equidad, respeto, censo común y prevención. En era moderna, el Principio de la Precaución fue primeramente desenvuelto y consolidado en Alemania, en los años 70, conocido como Vorsorge Prinzip. Poco más de 20 años después, el Principio de la Precaución estaba establecido en todos los países europeos. Sin embargo inicialmente tenga sido la respuesta a la contaminación industrial, que causaba la lluvia ácida y dermatitis entre otros problemas, el referido principio viene siendo aplicado en todos los sectores de la economía que puedan, de alguna forma, causar efectos adversos a la salud humana y al medio ambiente.” – Disponible en: <<http://www.mma.gov.br/legislacao/item/7512-princ%C3%ADpio-da-precau%C3%A7%C3%A3o>>. Acceso em: 14 mayo. 2016.

dignidad humana es fundamento tanto de la sociedad presente, como de la futura, señalizando deberes y responsabilidades de los contemporáneos en relación al porvenir, no obstante, al pesado legado ambiental dejado para las generaciones actuales por el pasado (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 52):

La preocupación con el futuro – guardar recursos, hoy, para que no falten mañana – es materia sometida a las diversas variables de la naturaleza objetiva. Lo que se busca es actuar en el presente, con los ojos volteados para el futuro. ¿Todavía es necesario que se defina de cual futuro se habla: ¿una, dos, diez generaciones? Se recuerda la observación de Giannetti (GIANNETTI, 2005, p. 149), en el sentido de que las escojas inter-temporales son vías de doble mano, o se ahorra para utilizar en el futuro, o se anticipa el consumo y se pierde en el futuro. Las escojas presentes determinan el futuro, así como el futuro, en alguna medida, refleje las escojas que hechas en el presente.

Ahorrar los recursos ambientales hoy para utilizarlos en el futuro, o sea, legarlos en parte a las generaciones futuras, así como cualquier ahorro, implica en que haya un *excedente* de tales recursos que puedan permanecer reservados. Es necesario observar, sin embargo, que determinados países y comunidades simplemente no poseen recursos para que puedan ser ahorrados para utilización futura, pues necesitan de ellos en el presente. En el Kenya, por ejemplo, la madera y el carbón vegetal representan la más importante fuente de energía para la población sirviendo aún para la creación de empleos formales e informales, generando un nivel elevado de deforestación (UNEP NEWS CENTRE, 2012). Se cuida, por lo tanto, de una posición deudora. Se observa que la deforestación, en el caso citado, tiene por base la pobreza extrema y no a la riqueza. Parece, por lo tanto, razonable que la mejoría del nivel de renda y padrón de vida de las poblaciones extremadamente pobres sea una de las cuestiones relevantes para que se salga de la posición deudora y pasar a acumular recursos para los días que viran.

O cuanto ahorrar para el futuro es, también, función de la concepción del propio futuro, sea basada en datos objetivos, sea basada en suposiciones más o menos optimistas. El justo punto en relación a la preocupación con el mañana no es simple de si llegar, pues dependerá de la situación presente. Un exceso de preocupación puede, e tesis, ser tan nocivo cuanto la negligencia, pues “el miedo de la entrega y una preocupación excesiva con el mañana y con el pasado mañana pueden sofocar la vida y vaciar de sentido el vivir” (GIANNETTI, 2005, p 182).

El envejecimiento de las poblaciones ha generado una externalidad pocas veces observada que es la mayor preocupación con el futuro, y un aumento del recelo con relación al deber, siendo una tendencia natural del conservadorismo que aumenta con la edad, sea por desequilibrios económicos, sea por desequilibrios ambientales, conservadorismo que, del punto de vista social, tiende en aumentar en sociedades más estabilizadas y con mayores recursos económicos.

Como ya se vio arriba, la prudencia parte de la experiencia y, luego, el análisis de un riesgo parte del examen de situaciones asemejadas acontecidas anteriormente; todavía, cuando se trata de tecnología nueva, no hay un histórico de precedentes que pueda indicar posibles resultados futuros. ¿Cómo lidiar con tal cuestión? Ciertamente no se puede partir de la premisa de que las intervenciones humanas sobre el medio ambiente son, en esencia, negativas, motivo por el cual deben ser evitadas a todo costo. Predecir el futuro no es tarea simple y, ni siempre, produce buenos resultados. Celebrando el 46° aniversario del Earth Day, Hannah Waters (WATERS, 2016) informa que muchos científicos hicieron previsiones de un futuro sombrío, con mucha contaminación y destrucción, extinción en masa, fines de las reservas de petróleo y otros minerales. Este sería el escenario del año 2000 y que, felizmente, no ocurrió.

Con relación a previsiones no realizadas, se puede observar que ellas se expandieron y, en el caso brasileño, tiene servido hasta mismo de base para decisiones judiciales, con efecto, el Superior Tribunal de Justicia ha decidido casos utilizándose como razón de argumentación el “malos tratos” a la naturaleza conjugado con la “ganancia de la sociedad de consumo” que tendrían tornado “próxima la amenaza remota” del agotamiento de los recursos naturales, recorriendo inclusive a James Lovelock, “el formulador de la hipótesis Gaia” y Mikhail Gorbachev que “afirmó que la sociedad tendría treinta años para mudar sus hábitos de consumo”, bajo pena de la Tierra continuar existiendo sin la presencia humana (STJ, AgRg no AResp 476067/SP). La Corte se dejó llevar, acriticamente, por datos que podría fácilmente tener verificado que no ocurrieran.

Como recuerda Hannah Waters (WATERS, 2016): “La verdad es más complicada”. La exacta medida da actitud a ser tomada en relación a los posibles daños futuros es tema complejo que no puede ser resuelto en base de la vocalización más alta.

4.1 Definición negativa

Conforme Karl Popper, “[v]vivimos en una época en que, una vez más, el irracionalismo volvió moda” (POPPER, 2008, p. 13). Uno de los puntos en los cuales la “moda” irracionalista más se destaca es en la llamada cuestión ambiental y, en ella, en la aplicación del PP. Tal es el nivel de indefinición y controversia en relación a una definición operacional del PP que, curiosamente, se vuelve más simple definirlo negativamente, o sea, el *que no puede ser entendido* como PP. Este, por ejemplo, fue el criterio adoptado por el Comité de Especialistas de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) que realizó alentado estudio sobre el tema en el cual advierte que para que sean evitadas confusiones sobre el tema del PP, es conveniente que se refleja sobre el que el PP *no es*. Al presentarse algunos casos negativos del PP, inicia afirmando que él no es basado en “riesgo cero”, todavía objetiva alcanzar los riesgos más bajos posibles, más aceptables. El PP también no es una manifestación de emoción o ansiedad, pero, al contrario, una regla de “decisión racional”, basada en la ética y que se busca utilizar de las mejores prácticas científicas y procesos complejos para la tomada de decisiones “más sabia”; todavía, no siendo un algoritmo, no es capaz de garantizar coherencia y consistencia entre todos los casos. De la misma forma que los litigios judiciales, cada caso tendrá una solución propia, conforme los hechos y las circunstancias y el propio tomador de decisiones, no se pudiendo descartar el “elemento de juzgado” (UNESCO, 2005), o sea, una cierta discrecionalidad.

Luego, la precaución no puede ser una cláusula general, abierta e indeterminada. Ella es, antes de más nada, una metodología a ser empleada en la gestión de los riesgos inherentes a las actividades utilizadoras de recursos ambientales, buscando reducirlos a padrones socialmente aceptables. Distarte, parece bastante claro que se haz necesaria una definición previa del que se pretende prevenir y cual el riesgo a ser evitado. Esto, sin embargo, solo puede ser hecho delante del análisis de las diferentes alternativas que se presentan para la implementación o no de determinado emprendimiento o actividad. Gran parte de la doctrina jurídica, como es el ejemplo de Rodrigues (RODRIGUES, 2002, p. 150) que atribuye al PP la función de evitar los *mínimos* riesgos, como se fueran posibles o racional la existencia de actividades con riesgo cero. De ahí la imperiosa necesidad de que existan directrices a ser aplicadas a los casos concretos. Hay, todavía, fuerte resistencia de la doctrina especializada que tiende a considerar “riesgos mínimos”, como aquellos a ser evitados,

o sea, exactamente el contrario del que una adecuada aplicación del PP recomienda.

Se registre que, se puestos del lado los riesgos meramente teóricos y hecha el análisis del riesgo concretamente considerado, se tiene que, ni siempre, las visiones y concepciones de riesgo coinciden, haya vista que ellas son subordinadas al maleficio que se pretende evitar. Se tome el caso del pesticida DDT y el combate a la malaria; pesquisas demuestran que hubo la reaparición de la malaria en las localidades amazónicas que abandonaran el uso del DDT como parte de la estrategia de enfrentamiento de vectores. Todavía, el mismo no aconteció, por ejemplo, en la Venezuela y en el Ecuador, países que no interrumpieron el uso del DDT. Es cierto que hay relevante controversia sobre los efectos del DDT sobre la salud humana, observadas las normas técnicas principalmente para su aplicación. Por otro lado, en muchos países pobres la utilización de los órganoclorados aunque es la forma más económica y eficiente de combatir los vectores, no habiendo substituto que sea, al mismo tiempo, eficiente e de costo razonable (DÀMATO; TORRES; P.M.; MALM, 2002).

La propia Organización Mundial de Salud admite la utilización del DDT como un instrumento válido para el combate a los vectores. En consonancia con la posición adoptada por la Organización Mundial de Salud, merece ser registrada la decisión SC 6/1: DDT adoptada por la Conferencia de las Partes de la Convención de Estocolmo (WHO, 2013) que en su sexto encuentro que reconoció la “necesidad continuada” de DDT para el control de vectores en cuanto no existieren alternativas económica y ambientalmente viables para la substitución del producto. Así siendo, no hay que se hablar en precaución sin que se definan los riesgos a ser evitados.

5 EL PRINCIPIO DE LA PRECAUCIÓN EN EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Delante de la inexistencia de directrices administrativas para la aplicación del PP, el Poder Judiciario tiene ocupado los espacios políticos relativos al tema y establecido un concepto judicial del PP, lo que ni siempre es capaz de servir de guía para políticas ambientales más amplias, haya vista que el Judiciario decide en bases casuísticas y sin visión de conjunto que es propia para la aplicación de políticas públicas. Luego, la Administración que, en tese, debería desempeñar el protagonismo en la materia, resulta relegada a segundo plano, en papel subalterno. La cúpula

del Judiciario Brasileño, el Supremo Tribunal Federal, no obstante, tiene decidido varios casos con base en el PP y, como regla, sus decisiones están mucho más de acuerdo con las concepciones más precisas sobre el real significado del PP del que aquellas proferidas por instancias inferiores, inclusive el Superior Tribunal de Justicia. Fueron escogidas, para la demostración de la tesis, algunas decisiones juzgadas más relevantes: (i) Acción Directa de Inconstitucionalidad - ADI 3.510/DF, en la cual la ley de bioseguridad fue cuestionada; (ii) Argumentación de incumplimiento de Precepto Fundamental 101/DF, en la cual el debate fue sobre la prohibición de importación de llantas usadas y (iii) Acción Directa de Inconstitucionalidad 5447/DF.

5.1 Acción Directa de Inconstitucionalidad 3.510/DF

La primera medida de control abstracto de constitucionalidad que lidió con el PP fue la ADI propuesta por el Procurador General de la República impugnando la constitucionalidad de la utilización de las células tronco para pesquisa científica, autorizada por la Ley nº 11.105, de 24 de marzo de 2005. E la ADI el PP fue ampliamente discutida, sobretudo en el que dice respecto a su aplicación en materia de salud pública. El voto del Relator, Ministro Ayres Britto, parte del presupuesto de que el PP es un principio ampliamente presente cuando se cuida de “preservación de la vida en una escala más amplia”. Entiende el Ministro Ayres de Brito que PP no está explícito en la Constitución brasileña, pero encuentra abrigo en los artículos 196 e 225 de la Ley Fundamental de la República. De acuerdo con el voto, el principio de la precaución fue explicitado, de forma “pionera” en la Conferencia Rio 92 y ampliado en Wingspread, en célebre reunión promovida por la Fundación Johnson en 1998, que contó con la “participación de científicos, juristas, legisladores y ambientalistas”. Observa que la declaración final proferida en Wingspread afirma que cuando una actividad amenaza el medio ambiente o la salud humana deben ser tomadas medidas de prevención misma en el caso en que no se consiga establecer científicamente una relación de causa y efecto. Se nota que el Tribunal no se utilizó del concepto de incertidumbre científica, él simplemente dispensó la existencia de cualquier relación científicamente comprobable.

El análisis de la decisión demuestra que el PP fue concebido independientemente de la existencia de certezas o incertidumbres científicas, siendo integrado por: (i) precaución en relación a cualquier

conocimiento científico, (ii) exploración de alternativas a las acciones potencialmente dañosas, inclusive a de la no realización de la acción, (iii) inversión de la carga de la prueba para el emprendedor, retirándola de las víctimas actuales o potenciales, (iv) empleo del proceso democrático de decisiones, destacándose derecho subjetivo al consentimiento informado.

Sorprendentemente, el PP que es evidentemente anticipatorio, es tratado como un instrumento a ser utilizado para la recomposición de los daños; todavía, en este punto, se cuida de ir más allá de la “antigua óptica y recomposición de eventuales perjuicios”, pues el PP abrigaría también medidas aptas a sancionar, prohibir y punir determinados comportamientos, conforme consta del voto conductor.

Entendió, todavía, el Relator que no se trata de exigirse abstención total de acciones que puedan envolver riesgos, pues eso podría acarrear la “parálisis del desenvolvimiento científico y tecnológico”. Lo que es necesario es, segundo la decisión establecer mecanismos que sean capaces de asegurar la participación en los procesos decisivos, de forma a que los riesgos sean socialmente aceptos. La decisión, por lo tanto, es ampliamente contradictoria y termina por reducir el PP hacia un mero instrumento de participación popular en las tomadas de decisiones, encontrándose en posición *sui generis* en lo que se refiere al tema.

El voto del Ministro Ayres de Britto, además, expresamente, reconoce la influencia de un documento originado en reunión promovida por Organización No Gubernamental (Johnson Foundation), la cual emitió una Declaración sobre el Principio de la Precaución partiendo del presupuesto de que (i) las normas legales de protección al medio ambiente vigentes no protegen el medio ambiente y la salud humana de forma adecuada, (ii) que delante de la gravedad de la amenaza al medio ambiente y a la salud humana nuevos principios son necesarios, (iii) que deben ser adoptados cuidados mayores del que aquellos que hasta entonces vienen siendo adoptados, aunque se reconozca que la actividad humana puede implicar en riesgo (JOHNSON FOUNDATION, 1998).

Es importante resaltar que el voto del Ministro Ayres de Britto atribuye fuerza normativa a la reunión ocurrida en la Johnson Foundation a cual emitió una Declaración firmada por número minúsculo de participantes (31 personas, precisamente) que la firmaron en carácter individual y, por lo tanto, no tiene cualquier posibilidad de ampliar principios establecidos en Declaraciones Internacionales firmadas por más de 100 Jefes de Estado, como fue el caso de la Declaración de Rio, que, como visto, en sus versiones oficiales en francés y en inglés se quiera consideran la precaución

como principio. Debe ser notado que los parámetros adoptados por el voto del Ministro fueron los mismos parámetros presentes en la Declaración de Wingspread, se comparen los textos. Como se puede notar, el decidido en la ADI está muy próximo de las decisiones de las cortes inferiores que fueron presentadas, así como de las decisiones del Superior Tribunal de Justicia, relativas al PP. Desnecesario realzar la fuerte influencia de visiones oriundas de organizaciones no gubernamentales y poca reflexión sobre el PP como instrumento de gestión de riesgos.

5.2 Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental nº 101/DF

En el caso que se pasa a examinar, la materia de fondo indicaba respecto a la prohibición de importación de llantas usadas para reutilización en Brasil. La Argumentación de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) fue ajuiciada por el Presidente de la República, con fundamento en los artículos 102, § 1º, y 103, de la Constitución de la República, y el artículo 2º, inc. I, de la Ley n. 9.882/1999, a la época había una gran cantidad de decisiones judiciales confrontantes sobre el tema y que, en el entender del autor de la acción, violado el artículo 225 de la Constitución de la República. De hecho, las decisiones judiciales mencionadas en la ADPF contractaban Portarías del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior – Decex y de la Secretaria de Comercio Exterior – Secex, Resoluciones del Consejo Nacional del Medio Ambiente – Conama y Decretos Federales que, expresamente, vedaban la importación de bienes de consumo usados, referencia especial – objeto de la presente Argumentación – a las llantas usadas. La decisión proferida por el Supremo Tribunal Federal llevó en consideración (i) la existencia de un contencioso con la Unión Europea en el ámbito de la Organización Mundial de Comercio, (ii) el creciente aumento de la flota de vehículos en el mundo, con el consecuente aumento de llantas nuevas y la necesidad de su substitución en función del uso, (iii) la necesidad de su destinación ecológicamente adecuada, (iv) la imposibilidad de la eliminación completa de los efectos nocivos de la destinación de las llantas usadas, con perjuicios al medio ambiente. El tribunal invocó aun los principios constitucionales (i) del desenvolvimiento sustentable, (ii) de la equidad y responsabilidad intergeneracional. Suscitó, también, el atendimiento al principio de la precaución – “acollido constitucionalmente” – que debe ser armonizado con los demás principios relativos a la orden social y económica.

El Supremo Tribunal Federal, en el caso, se socorrió del

derecho a la salud, argumentando que el depósito de llantas al aire libre, “inexorable con la falta de utilización de las llantas inservibles”, incentivado por la importación se constituye en vector de la proliferación de molestias. La actuación estatal – prohibición de importación – de esa forma estaría legitimada por su razonabilidad, siendo medida “preventiva, prudente y precavida”, consubstanciada en política pública apta a combatir las causas del aumento de enfermedades graves e/u contagiosas.

Como se puede constatar, el Supremo Tribunal Federal, no se socorrió en su argumentación, del leitmotiv de la existencia del PP que es la existencia de incertidumbre científica. Las veces en que el PP fue mencionado en la decisión, como se puede ver del cuerpo del voto de la Ministra Carmem Lúcia, igualmente, no se perciben cualquier relación del caso concreto con la incertidumbre científica. Sin embargo, resta claro que el STF llevó en consideraciones que la Declaración de Rio tiene por finalidad, en el que dice respecto al PP, “privilegiar actos de anticipación de riesgos de daños, antes a actos de reparación”, bajo el argumento de que, en materia ambiental, “ni siempre la reparación es posible o viable”. “Es importante consignar que, en el caso concreto, el STF fijó una directriz fundamental para que se limite al concepto de incertidumbre científica: Ella debe ser construida ‘con argumentos razonables’.

Así, no se constituye en incertidumbre científica, jurídicamente relevante, la mera opinión discordante, el punto de vista contrario. Incertidumbre científica debe ser entendida como las dudas existentes en el conocimiento en el “estado del arte” de la cuestión y debidamente reconocidas por significativa parcela de la comunidad científica.

En la comprensión de la Suprema Corte, conforme decidido en la ADPF nº 101/DF, el PP está directamente vinculado a la (i) necesidad de alejamiento de peligro y de si dotar de seguridad los procedimientos para la garantía de generaciones futuras y “no se hace necesario comprobar riesgo actual, inminente y comprobado de daños que puedan sobrevenir por el desempeño de una actividad para que se imponga la adopción de medidas de precaución”. Observó la Corte, por fin, que “no se resuelve una crisis económica con la creación de otra crisis, esta gravosa a la salud de las personas y al medio ambiente “, o sea, estableció un elemento de ponderación que coloca la salud y la vida humana en posición de destaque.

Lamentablemente, el STF no fijo una directriz para que pueda mensurar el riesgo aceptable y distinguillo del inaceptable. Se destaca la cuestión, pues el nombrado riesgo cero es incompatible con el PP.

5.3 Acción Directa de Inconstitucionalidad 5447/DF

La ADI nº 5.447/DF aunque pendiente de juzgamiento y en la cual consta apenas la medida liminar concedida por el Ministro Roberto Barroso es, hasta aquí, aquella que dio mejor tratamiento a la crucial cuestión de la incertidumbre científica, partiendo del que fuera previamente asentado por la ADI 3510/DF. El objeto de la ADI es la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo nº 293/2015, que suspendió los efectos de la Portaria Interministerial nº 192/2015, bajo la fundamentación de que el Ejecutivo exorbitara de su poder reglamentar.

En la ADI se afirmó que el art. 3º, IV, de la Ley 11.959/2009 establece la competencia del Ejecutivo para determinar, casuísticamente, los períodos de defeso, conforme el grado de vulnerabilidad de las especies y de la exploración de la pesca. De esa forma, basándose en dicha competencia y, teniendo en vista “necesidad de revisión” la Portaria Interministerial nº 192/2015 suspendió el defeso. De acuerdo con el informe del Ministro Barroso, argumentó la Unión que tal suspensión estaría justificada, pues (i) los datos disponibles sobre algunas especies son precarios, no constituyendo evidencia suficiente de la necesidad actual de su protección, (ii) la manutención de los períodos de defeso suspensos por la portaría enajenaría el pago de beneficio de “seguro defeso”, estimado alrededor de R\$ 1.615.119.288,09 (un billón seiscientos e quince millones, ciento y diecinueve mil, doscientos ochenta y ocho reales y nueve centavos), acrecido de un costo operacional de R\$ 3.000.000,00 (tres millones) para implementación del beneficio por el INSS, dada la necesidad de dislocamiento de servidores para locales remotos, (iii) hay indicios de fraude en el pago del seguro defeso, en virtud del aumento desproporcional del número de beneficiarios, (iv) el decreto legislativo en cuestión, a pretexto de suspender acto del Ejecutivo que tenía exorbitado de su poder reglamentar, violó el principio constitucional de la separación de los poderes, una vez que compite al Ejecutivo, con exclusividad, por expresa disposición legal, el juicio de oportunidad y conveniencia cuanto a la definición del período de defeso y, por lo tanto, también cuanto a su suspenso.

El Supremo Tribunal Federal comprendió que, en el caso, hubo inobservancia del PP, acarreado riesgo al medio ambiente equilibrado, a la fauna brasileña, a la seguridad alimentar de la población y a la preservación de grupos vulnerables, que se dedican a la pesca artesanal. El motivo alegado

para la edición de la Portaria Interministerial fue la existencia de vultuoso fraude ligada al pago del seguro defeso, lo que obligaba la suspensión de la medida de protección a la fauna, en función de los perjuicios económicos causados a la Hacienda Pública. En la concepción de la Corte, el Ejecutivo no fundamentó la Portaria Interministerial en “indicios objetivos mínimos que indiquen la probabilidad de la ocurrencia de fraude en proporciones tal que justifique la medida extrema.” Así, resta claro que, en línea de continuidad como que fuera decidido por la ADI 3540/DF, hay la necesidad de si presenten argumentos científicos “razonables”, no se buscando hacer de meras alegaciones inconsistentes, una incertidumbre científica.

La medida liminar concedida fue en el sentido de que hubo “violación al principio constitucional de la precaución”, con base en las siguientes razones, (i) la pieza exordio no apuntó cualquier dato objetivo – técnico-ambiental – que demuestre la des-necesidad de manutención de los períodos de defeso que fueron suspensos, circunscribiendo a afirmar que el nivel de conocimiento sobre los recursos pesqueros es “incipiente para la mayoría de las especies en Brasil”, (ii) que la suspensión del defeso era importante para la revisión de las normas aplicables, (iii) inexistencia de evidencias suficientes de que del defeso suspensos fosen necesarios para la preservación de las especies envueltas. La argumentación de la Unión es, a todas las luces, la aplicación del PP à l'envers.

El Ministro Barroso rebatió la argumentación de la Unión, haciendo notar que “la suspensión de los períodos de defeso tuvo por base la mera sospecha o posibilidad de que, en algunos de tales casos, la suspensión de la pesca no fuera más necesaria. “Esto es, en la duda, delante de la incertidumbre científica, se suspende la medida de protección, independientemente de cualquier estandarización concreta cuanto a su efectiva des-necesidad o cuanto a las consecuencias sobre el volumen de peces de las localidades y sobre la seguridad alimentar de la población.”

La única conclusión jurídicamente posible, por tanto, era en el sentido de que delante de la inconsistencia de datos relativos a la necesidad o des-necesidad del defeso, la autoridad pública debería mantenerlo en cuanto realizaba los estudios necesarios para hacer la revisión del tema, se fuesen necesario.

CONSIDERACIONES FINALES

Delante de todo el expuesto en el presente artículo, se verificó la inexistencia de directrices legales o administrativas expresas que disciplinen la aplicación del principio de la precaución como instrumento de gerenciamiento de riesgos relacionados a la incertidumbre científica en Brasil. Esa situación haz con que a aplicación del PP se torne aleatoria y hasta mismo “panfletaria”, dado que se tiene constatado una hipertrofia en la utilización de los principios en el derecho brasileño, con el establecimiento de un ambiente regulatorio mucho inseguro y, por lo tanto, imprevisible.

La Administración Pública, por la vía de la omisión, permitió que el Judiciario se pasa a ocupar una función típicamente administrativa que es la definición de políticas públicas, en el caso de gestión de riesgos. La corte de justicia tiene actuado en relación a la aplicación del PP de forma enteramente aleatoria y, en descompaso, con la tendencia internacional de interpretación del PP. Tal tipo de interpretación encuentra guarida en producción doctrinaria que podría ser denominada como principista, a la cual tiende a banalizar el concepto de precaución, confundiendo con el de inacción.

El STF está construyendo una interpretación evolutiva del PP, que, partiendo de una concepción no es muy diferente de aquellas que fueron criticadas en este artículo, encamino en el sentido de establecer un concepto operacional de incertidumbre científica – fundamental para la aplicación del PP. Se observó la jurisprudencia del STF – diferentemente de lo que ocurre con otras Cortes de Justicia - una tendencia a la utilización de la prudencia basada en la experiencia previa y no se impresionando con meras alegaciones de posibles riesgos futuros, como fue el caso que se verificó en las otras decisiones examinadas en este artículo. De esa forma, el STF tiene desempeñado un papel moderador en la aplicación del Principio de la Precaución, evacuando aplicaciones “panfletarias” que, muchas veces, tiene caracterizado a su aplicación por el Judiciario, fruto de un activismo sin base científica consistente.

Así, es de mayor relevancia que las decisiones proferidas por el STF, mayoritariamente, basadas en racionalidad y ponderación, sean seguidas por los demás tribunales nacionales, hasta mismo porque tomadas en el ámbito de acciones cuyas deliberaciones tienen eficacia erga omnes.

REFERENCIAS

- AUBENQUE, Pierre. *A Prudência em Aristóteles* (Tradução de Marisa Lopes). 2ª ed. São Paulo: Discurso Editorial/Paulus, 2008.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AResp 476067/SP*. 2a Turma, Ministro Humberto Martins. Dje 28/05/2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 183202 / SP. AgRg no AREsp 133241 SP*. 2011/0295940-0, DJe :07/12/2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101/DF*.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF*.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5447/DF*.
- BRASIL. Tribunal Federal Regional da 1ª Região. *AC 1626120004013902*. DJU: 18/10/2007.
- BRONNER, Gérald e GÉHIN, Étienne. *L'inquiétant principe de précaution*, Paris: PUF, 2010.
- CAMERON, James. The Status of the Precautionary Principle in International Law, In: *Interpreting the Precautionary Principle*, London: Earthscan, 1994.
- D'AMATO, Claudio; TORRES, P. M., João; MALM, Olaf. DDT (dicloro difenil tricloroetano): toxicidade e contaminação ambiental - uma revisão. *Quím. Nova [online]*, vol. 25, n. 6, p. 995-1002, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-40422002000600017&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 19 mai. 2016.
- DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. *AGI: 20150020141034*. Relator: Sandoval Oliveira, Publicado no DJe: 12/08/2015.
- DUMONT, René. *Un monde intolérable: le libéralisme en question*. Paris: Éditions du Seuil, Coll. L'histoire immédiate , 1988.
- EWALD, François; GOLLIER, Christian ; SADELER, Nicolas de. *Le Principe de Précaution*. 2ª ed. Paris: PUF, 2008.

GIANNETTI, Eduardo. *O valor do Amanhã (ensaio sobre a natureza dos juros)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JOHNSON FOUNDATION. *Declaração de Wingspread*. 1998. Disponível em: <<http://www.fgaia.org.br/texts/t-precau.html>>. Acesso em: 11 mai. 2016.

PADILHA, Norma Sueli. *Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

POPPER, Karl R. *Em busca de um mundo melhor*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Martins, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de Direito Ambiental*. Vol. I (parte geral). São Paulo: Max Limonad, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER. *Direito Constitucional Ambiental (Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente)*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do Direito Ambiental*, São Paulo: Saraiva, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. *Laws of Fear – Beyond the Precautionary Principle*. Chicago: Chicago University Press, 2005.

UNEP NEWS CENTRE. *Deforestation Costing Kenyan Economy Millions of Dollars Each Year and Increasing Water Shortage Risk*, 2012. Disponível em: <<http://www.unep.org/newscentre/Default.aspx?DocumentID=2698&ArticleID=9316&l=en>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

UNESCO. *The Precautionary Principle*, 2005. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001395/139578e.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2016.

UNITED NATIONS. *Convenção de Estocolmo*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_seguranca/_publicacao/143_publicacao16092009113044.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2016.

UNITED NATIONS. *Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2016.

UNITED NATIONS. *Déclaration de Rio sur L'environnement and Développement*. Disponível em : <<http://www.unep.org/Documents.multilingual/Default.asp?DocumentID=78&ArticleID=1163&l=fr>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

UNITED NATIONS. *POPS*. Disponível em: <http://chm.pops.int/Portals/0/Repository/convention_text/UNEP-POPS-COP-CONVTEXT-FULL.English.PDF>. Acesso em: 25 mar. 2016.

UNITED NATIONS. *Rio Declaration on Environment and Development*. Disponível em: <<http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=78&articleid=1163>>. Acesso em 25 mar. 2016.

VERGNIÉRES, Solange. *Ética e Política em Aristóteles (physis, ethos, nomos.)* Tradução de Constança Marcondes César. 3ª ed. São Paulo: Paulus, 2008.

WATERS, Hannah. *Why Didn't the First Earth Day's Predictions Come True? It's Complicated*. Disponível em: <<http://www.smithsonianmag.com/science-nature/why-didnt-first-earth-days-predictions-come-true-its-complicated-180958820/?no-ist>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

WORLD HEALTH ORGANIZATION -WHO. *Decision adopted by the Conference of the Parties to the Stockholm Convention at its sixth meeting*. Disponível em: <http://www.who.int/malaria/publications/atoz/stockolm_convention_decision_COP6_on_DDT_june13.pdf?ua=1>. Acesso em: 28 mar. 2016.

Artículo recibido en: 01/08/2016.

Artículo acepto en: 16/11/2016.

Como citar este artículo (ABNT):

ANTUES, Paulo de Bessa. Precautionary Principle on Brazilian Environmental Law. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 63-88 , set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/877>>. Acesso em: dia mês. ano.