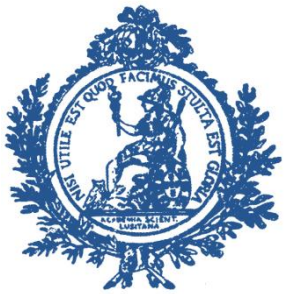
Maria da Glória Garcia

PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: LEI DO MEDO OU RAZÃO DE ESPERANÇA



ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA

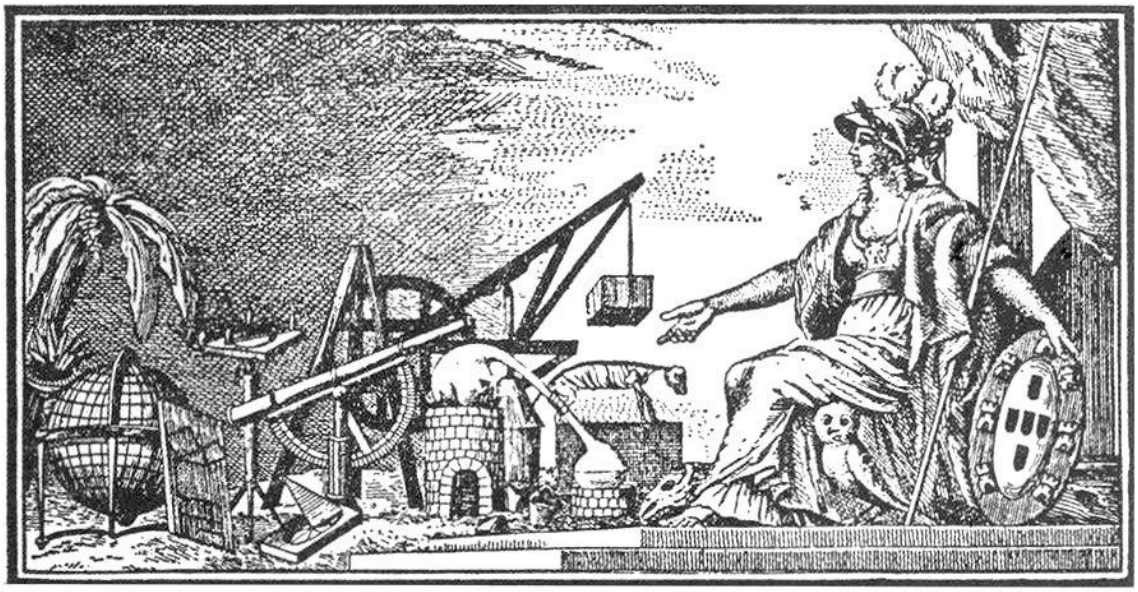
CLASSE DE LETRAS

Maria da Glória Garcia

PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: LEI DO MEDO OU RAZÃO DE ESPERANÇA

ACADEMIA DAS CIÊNCIAS DE LISBOA

CLASSE DE LETRAS



PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO:
LEI DO MEDO OU RAZÃO DE ESPERANÇA

Maria da Glória Garcia

«*Tememos as coisas na medida em que as ignoramos*»

TITO LÍVIO (historiador romano)

«*Não é por as coisas serem difíceis que não temos ousadia. É por não termos ousadia que as coisas são difíceis*»

SÉNECA (escritor romano)

«O discurso está ligado ao tempo e alimenta-se do tempo»

FRANZ ROSENZWEIG(filósofo e teólogo -1886-1929)

I

A responsabilidade pelo futuro ou a necessidade de uma ética nova

1. Partindo de um perspectiva ontológica, fundada na amplitude do ser e na preeminência do Ser sobre o Nada, HANS JONAS (1903-1993) procurou uma nova ética para a civilização tecnológica e legou-nos, ao longo dos anos setenta do século passado, uma importante e polémica reflexão filosófica escrita em inglês, reunida em 1979 no livro que entendeu publicar em alemão, a sua língua natal, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die Technologische Zivilisation*[1].

Analisando em profundidade a alteração fundamental do agir humano, potenciado exponencialmente pelas invenções tecnológicas, um agir que está a ameaçar a sobrevivência do Homem na Terra, HANS JONAS conclui que a ética tradicional, acessível, de proximidade, de base kantiana, não consegue dar resposta à ameaça criada. E coloca a interrogação a que o homem, em face desta nova realidade, deve responder: «*Tenho o direito de pôr em risco a integralidade dos interesses dos outros?*» Ou, noutra formulação: «*Tenho o direito de agir pondo em risco a humanidade?*»

Aprender a viver com o risco para *«que a humanidade seja!»* vai conduzir HANS JONAS à defesa do que é conhecido como a *«heurística do medo»*, à modelação de uma nova ética - *ética do futuro* - e à reinvenção do dever de responsabilidade - *responsabilidade pelo futuro*. *«Aprende a moderar-te!»* é o imperativo ético que defende e que contrapõe ao imperativo ético de Kant, que menospreza as consequências futuras da acção humana e por isso é incapaz de suster a destruição do Ser para que o homem caminha através da civilização tecnológica a que deu vida.

Conhecedor do pensamento de ERNST BLOCH (1885-1977) e, em especial, da obra publicada entre 1955 e 1959 cujo título - *Das Prinzip Hoffnung* (O princípio esperança)[2] - pretendeu que fosse o contraponto do título que deu ao seu livro - *Das Prinzip Verantwortung* (O princípio responsabilidade) -, HANS JONAS provoca o diálogo intelectual para o superar (um diálogo distanciado já dos

[1] *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Suhrkamp, 1984. A obra foi traduzida para o português no Brasil, pela Editora Vozes, e está publicada com o título *O princípio da responsabilidade*, 2005.

[2] Consultou-se o texto na tradução francesa da Editora Gallimard, *Le principe espérance*, 3 vol., (1976-1991).

ideais marxistas de que ambos haviam partido) - e não o diálogo pessoal, uma vez que ERNST BLOCH falecera dois anos antes.

É um diálogo interessante já que ERNST BLOCH, nessa obra monumental *Das Prinzip Hoffnung,* se interroga e nos interroga *«para onde vamos, o que esperamos, o que nos espera?»,* desenvolvendo uma resposta a partir do sonho e do desejo de um mundo melhor. Não admira que defenda a esperança como princípio de acção, uma ideia apelativa e galvanizadora que afasta o medo, inibidor da acção.

E HANS JONAS cita ERNST BLOCH quando este afirma que o medo corresponde à «*ausência de sonhos em relação ao futuro, quando se não está preparado para as coisas que virão*», querendo com isso significar que, quando não há sonhos, o medo toma o lugar da esperança e apropria-se do futuro, aniquilando-o. «*O medo anula o homem»,* diz ERNST BLOCH pela voz de JEAN PAUL SARTRE (1905-1980) para vincar a sua posição, diferentemente do que acontece com a esperança, que lhe dá força e o anima. Por isso a sua proposta para a acção consiste em o homem aprender a viver com a esperança. A vida deve ser uma aprendizagem da esperança.

Mas HANS JONAS ultrapassa esta: *«Ao princípio esperança contrapomos o princípio responsabilidade, não o do medo. Mas o medo pertence à responsabilidade tanto quanto a esperança».* E continua: *«o medo é uma das condições da acção responsável»* e, sendo-o, não se detém perante a incerteza. «*Assume-se como uma responsabilidade perante o desconhecido*», como um *«convite»* a ter «*a coragem para assumir a responsabilidade*».

Em suma, «*a responsabilidade é o cuidado reconhecido como obrigação em relação a um outro ser que se torna 'preocupação' quando há uma ameaça à sua vulnerabilidade»*. É, neste sentido, um dever de cuidado. E, quanto mais longínquo estiver aquilo que se receia, quanto mais distante estiver do nosso bem-estar ou do nosso mal-estar, quanto menos familiar for o seu género, «*mais necessitam ser diligentemente mobilizadas a lucidez da imaginação e a sensibilidade dos sentidos*».

E conclui: «*Medo, mas não covardia, talvez mesmo angústia, mas não ansiedade...*» Guardar intacto o património humano «*contra os perigos do tempo e contra a própria acção dos homens»*, é nisso que se traduz a responsabilidade pelo futuro, a nova ética cuja porta HANS JONAS abre. Uma responsabilidade por isso mesmo fundada numa aprendizagem de vida através

do medo e na sua assunção como esperança de preservar a herança humana na sua intenção, protegendo-a, consequentemente, da degradação.

Sempre nos poderíamos agora interrogar sobre a resposta que ERNST BLOCH daria a HANS JONAS, ele que fez do diálogo com CERVANTES e o seu D. Quixote, o diálogo com GOETHE e o seu Fausto, o diálogo com NIETZSCHE e o seu Zaratrusta, o diálogo com MOZART e o seu D. Giovanni, o diálogo com SANTO AGOSTINHO e as suas «*Confissões*» a argamassa da monumental obra *Das Prinzip Hoffnung*. Sentiria o apelo da resposta ou aceitaria a crítica, reconhecendo a sua justeza? Tenderia a reivindicar a força do sonho, menosprezando as ameaças de destruição do Ser ou compreenderia a importância dos riscos desencadeados pela civilização tecnológica e interrogar-se-ia, como CAIM, «*tenho de ser o guarda do meu irmão?*»

Por muito interessante que seja especular sobre a resposta de ERNST BLOCH a Hans JONAS, a verdade é que outros, mais apetrechados do que eu, poderão ensaiá-la e seguramente com melhores resultados. Como jurista, não me posso deter nestas divagações.

Impõe-se-me que avance. E avance lembrando ULRICH BECK (1944-...) e a sua *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (publicada em 1986, ano tristemente célebre pelo desastre de Chernobyl)[3], também ele preocupado com o futuro, desde logo pelas consequências da acção humana. Com efeito, nesta obra emblemática, o Autor acentua a generalização da insegurança da vida em sociedade e a necessidade de reflectir sobre essa insegurança. Em particular, detém-se sobre a liberdade de cada um e confronta-a com o aludido aumento da insegurança para concluir que o direito de cada um gozar a sua liberdade termina quando, pelas consequências, põe em causa a vida, a saúde, os bens dos outros.

Nesta ordem de ideias, acrescenta que a sociedade de risco em que vivemos tende a desencadear um conjunto de novos deveres para consigo própria e a enraizar uma cultura de «*dúvida sistemática*» sobre as consequências da acção, já que é da ignorância que brota o risco que a caracteriza (*Risikogesellschaft)*.

Ao enfatizar a reflexão sobre a liberdade individual e o delinear de novos deveres do homem perante a sociedade de risco, que criou, ULRICH BECK abre espaço de debate sobre a necessidade de uma outra modernidade. Uma coisa parece, porém, segura. A partir de ULRICH BECK deixa de ser possível falar em

[3] *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere moderne*, edition suhrkamp, 1986.

novos riscos e em insegurança na sociedade sem falar de imediato em ignorância, nos múltiplos saberes que se desconhecem e na consequente dúvida que deve acompanhar a decisão do agir humano, desde logo pelos resultados imprevisíveis ou inesperados, que pode provocar.

E os anos noventa chegam e, com eles, o contributo da vasta obra do sociólogo polaco ZYGMUNT BAUMAN (1923-...), com a teorização do que apelida «*idade da incerteza*», «*sociedade líquida*», também «*sociedade individualizada*» pela incerteza, ou ainda uma sua *«afirmação arquipelágica»* que isola o presente dos dois lados da história, o passado e o futuro[4]. O lapso entre a vida e a morte correspondeu, desde sempre, à nossa possibilidade de transcendência, à nossa possibilidade de pôr o pé na eternidade, afirma. E, pela primeira vez na história, em virtude do nosso agir, arriscamo-nos a passar sem a eternidade e parece que não nos estamos a importar com isso..., conclui.

É perante este cenário de crise, traçado de modo impressivo, que ZYGMUNT BAUMAN medita sobre o papel do homem na actual sociedade para afirmar que a crise não lhe retirou a essência de sujeito ético, de alguém que se preocupa com o outro e é por ele responsável. Não admira que, seguindo uma via de análise diferente, venha a confluir no que ULRICH BECK havia dito: *«somos livres de gozar a liberdade mas não de evitar as consequências desse gozo»* e retome a linha de força que HANS JONAS trilhara, a da responsabilidade. Porque o homem é um ser ético e reconhece a dependência dos outros relativamente à sua acção, torna-se necessário renovar os deveres e a ética que os sustenta, afirma.

Mais recentemente, ZYGMUNT BAUMAN retoma o tema numa formulação que, por lembrar o título que dei a este trabalho, trago à análise: «*City of fears, city of hopes*»[5]. Corria o ano de 2003 quando foi publicado e, na caracterização do que designa ser o nosso «*estar aqui*», vivenciando o medo na cidade economicamente globalizada e co-habitada por estranhos, a cidade segregada e cheia de constrangimentos irracionais, que gera uma ambivalência de mixofilia e mixofobia, é nas capacidades do homem como sujeito ético e, logo, responsável, sujeito de direitos mas também de deveres, que ZYGMUNT BAUMAN vislumbra a cidade da esperança, que procura sair do círculo vicioso em que a sociedade actual se deixou enredar. A capacidade de mudança, de fusão de horizontes, está na natureza ética do agir humano, cuja intenção procura fazer da cidade local de reconquista da memória e de continuidade futura.

---

[4] Ver, em especial, *La società individualizzata*, il Mulino, 2002

[5] *City of fears, city of hope*, Goldsmith College, University of London, 2003.

Neste contexto, não posso deixar de aludir à análise profunda do filósofo e matemático belga da Universidade de Louvain, JEAN LADRIÈRE (1921-...), também ele dedicando às perplexidades do nosso tempo o melhor do seu esforço - «*L'éthique dans l'univers de la rationalité*» (1997)[6].

O que da sua obra gostaria de recordar prende-se com a distinção clara que faz entre a responsabilidade pela acção já realizada e a responsabilidade pela acção a realizar no futuro, para concluir que enquanto a primeira se estabelece através de uma causalidade e tende a gerar sentimentos de remorso, a responsabilidade pelo futuro toma a forma de uma procura e é assumida como uma missão. A responsabilidade pelo futuro é, para JEAN LADRIÈRE, uma resposta ética, formulada num contexto situacional, uma resposta feita de descoberta e de invenção, na medida em que as situações que convidam à resposta, melhor, as situações que exigem respostas, levam a que nestas a universalidade dos princípios passe a coincidir com a singularidade dos actos que os cumprem.

Mas, sendo assim, isto é, se a responsabilidade pelo futuro tende a fazer coincidir os princípios da acção com os actos que os realizam, então a responsabilidade pelo futuro irá implicar, se e quando transportada para o direito, a reflexão sobre o sentido de validade da acção, aquele sentido que dá substância ao direito e o alimenta.

A estreita ligação que acabamos de estabelecer entre princípios e acção, encontrada em JEAN LADRIÈRE, havia sido já detectada por PAUL RICOEUR, na obra «*Le juste*» (1995)[7].

Depois de demonstrar que o desejo de uma vida boa se realiza numa sociedade justa e de considerar a justiça como fazendo parte integrante do desejo de viver bem, PAUL RICOEUR, perante o risco da vida em sociedade, particularmente o que decorre da degradação ambiental e ameaça a vida e a liberdade das gerações futuras, parte para a análise da responsabilidade pelo futuro, delineada por HANS JONAS. E chega à conclusão de que a responsabilidade pelo futuro vai muito para além da tradicional, a responsabilidade inscrita no plano da acção/punição, já que, diferentemente desta, na responsabilidade pelo futuro o sujeito não é responsável por danos mas pela preocupação em os evitar.

---

[6] *L'éthique dans l'univers de la rationnalité,* ed. catalyses, Québec, 1997.
[7] *Le juste*, editions Esprit, série Philosophie, 1995.

Vale isto por dizer ter PAUL RICOEUR posicionado, a nosso ver correctamente, a responsabilidade pelo futuro no quadro de intersecção da ética com o direito, tornando claro que a responsabilidade pelo futuro só no plano dos princípios se pode compreender integralmente. Porque é na intersecção do direito com a ética que se equilibram os três factores decisivos desta nova responsabilidade - o risco da acção, a imputação da acção ao sujeito que age e a solidariedade perante quem pode sofrer com a acção. Trata-se, assim, de uma responsabilidade que se evidencia, de um lado, no plano do princípio jurídico da precaução a ter em conta no momento da decisão e, de outro, no plano da «*prudentia*» enquanto julgamento ético que permite distinguir, nos efeitos da acção, os legítimos dos ilegítimos.

E uma pausa agora para sintetizar dizendo que, desde os anos setenta do século passado que os filósofos e sociólogos, sob diferentes perspectivas e seguindo caminhos os mais diversos, têm vindo a dar conta de um generalizado desconforto do homem perante as ameaças à humanidade, desde logo as criadas pela civilização tecnológica, ao mesmo tempo que têm vindo a lançar à terra a semente de um dever de agir precaucional modelado numa nova ética, a ética do futuro.

A generalização deste desconforto, que contém no âmago um «*sentimento de injustiça*», é o sinal para juristas e políticos intervirem. É que esse desconforto generalizado tem subjacente a ideia de que o sistema de justiça está em ruptura e, consequentemente, é necessário alterar comportamentos para o reequilibrar.

II

A transformação da precaução em princípio geral de direito

É nesta confluência dos diferentes saberes científicos que enfatizam as consequências negativas, a médio e longo prazo, da civilização deste dealbar do século XXI e, simultaneamente, alertam para a necessidade de um novo comportamento ético que o princípio jurídico da precaução se gera.

São três, em nosso entender, os momentos que conduzem à jurisdicização do princípio. Em primeiro lugar, o entrelaçamento do agir precaucional com uma justiça renovada, entendida numa intencionalidade mais profunda e alargada do que a tradicional, na medida em que se trata de uma justiça intergeracional. Em segundo lugar, a procura de apaziguamento para o generalizado

desconforto da comunidade em face das potenciais consequências futuras da sua acção presente. Em terceiro lugar, a necessidade de recriar os pilares de confiança em que a comunidade política deve assentar.

O princípio da precaução impõe-se, pois, como uma garantia de justiça e paz intertemporal, o que o coloca nos alicerces do próprio direito. E impõe-se ainda como intenção de manutenção da vida, aumento da segurança e redução do risco em comunidade, o que o coloca no âmago da decisão política, entrelaçado na assunção de um novo fim do Estado, o da sustentabilidade do desenvolvimento, que assim acrescente aos tradicionais justiça, segurança, bem-estar.

Não admira que os ordenamentos jurídicos o tenham acolhido. Nos anos setenta, a Alemanha Federal deu-lhe guarida na Lei Federal de Protecção contra Emissões, com o objectivo de, por seu intermédio, incutir cuidado e preocupação no agir comunitário[8]. Por isso o designou *Vorsorge Prinzip.* A elaboração doutrinária e jurisprudencial do seu conteúdo e limites não se fez esperar.

No plano internacional, é na Carta Mundial da Natureza, de 1982, aprovada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, que a referência ao princípio da precaução é pela primeira vez feita, mas é nos anos 90, com a Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, no âmbito da Cimeira das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, que o princípio da precaução, para além de expressão escrita (princípio 15), ganha visibilidade e começa a criar raízes, no âmbito da protecção ambiental. É também nesse ano que entra no quadro normativo europeu, concretamente no Tratado de Maastricht (1992).

A partir daqui, o princípio da precaução rapidamente ganha força e passa a estar presente em outras áreas jurídicas, como a da saúde pública e da protecção dos consumidores, ligado, além do mais, aos organismos geneticamente modificados e aos aditivos alimentares à base de hormonas, mas, também, à área da segurança em casos de terrorismo[9], continuando pelo direito de família, em que é invocado pelos tribunais a propósito da regulação do poder paternal

[8] CASS SUNSTEIN fala numa lei sueca, de 1969, como tendo sido a primeira a consagrar o princípio da precaução, *Laws of Fear. Beyond the precautionary principle*, ed. Cambridge University Press, 2009, p.16.

[9] CASS SUNSTEIN, *Laws of Fear. Beyond the precautionary principle*, ed. Cambridge University Press, 2009, p.16.

e, mais recentemente, no direito orçamental, tendo-se imposto e funcionado no cálculo das receitas[10].

Decisivo para a difusão do princípio na Europa foi, porém, o ano 2000[11]. Em particular em razão de uma Comunicação da Comissão Europeia que contém linhas de orientação sobre o modo de funcionamento do princípio da precaução - COM (2000) 1 final, Bruxelas, de 2 de Fevereiro - e de uma Resolução do Conselho Europeu, que convida os Estados-Membros a reforçar o conhecimento do princípio e a promover a sua clarificação[12].

No ordenamento jurídico português, o princípio da precaução está presente em três importantes leis: a *Lei da Água*, aprovada pela Lei nº 58/2005, de 29 de Dezembro[13], a *Lei de Bases da Protecção Civil*, aprovada pela Lei nº 27/2006, de 3 de Julho[14], e a *Lei da Conservação da Natureza e da Biodiversidade,* aprovada pelo Decreto-Lei nº 142/2008, de 24 de Julho[15].

A peregrinação, necessariamente sintética, pelos caminhos calcorreados pelo princípio da precaução, no sentido do seu reconhecimento jurídico, mostra que ele se disseminou com uma enorme velocidade, que essa disseminação o levou muito para além da área ambiental onde nasceu e, ainda, que a referida disseminação está fundamentalmente localizada na Europa.

III

Princípio da precaução: lei do medo?

[10] Dever de subestimar as receitas para que se não corra o risco de desequilíbrio financeiro. Ver ALEXANDRA ARAGÃO, «O princípio da precaução: Manual de instruções» in *Revista do Centro de Direito do Ordenamento, do Urbanismoe do Ambiente (CEDOUA)*, Coimbra, nº 22.

[11] Este é também o ano do Protocolo de Cartagena sobre bio-segurança, aprovado pelo Decreto nº 7/2004, de 17 de Abril, cujos artigos 10º, nº 6 e 11º nº 8, contêm amplos desenvolvimentos sobre o princípio da precaução.

[12] Ver ponto nº 25 da Resolução do Conselho Europeu de Nice de 9 de Dezembro

[13] Artigo 3º, nº 1, al. e) *«Princípio da precaução, nos termos do qual as medidas destinadas a evitar o impacte negativo de uma acção sobre o ambiente devem ser adoptadas, mesmo na ausência de certeza científica da existência de uma relação causa-efeito entre eles».*

[14] Artigo 5º, al. c) *«O princípio da precaução, de acordo com o qual devem ser adoptadas as medidas de diminuição do risco de acidente grave ou catástrofe inerente a cada actividade, associando a presunção de imputação de eventuais danos à mera violação daquele dever de cuidado».*

[15] Artigo 4º, al. e) «*Princípio da precaução, nos termos do qual as medidas destinadas a evitar o impacte negativo de uma acção sobre a conservação da natureza e a biodiversidade devem ser adoptadas mesmo na ausência de certeza científica da existência de uma relação causa-efeito entre eles».*

Com efeito, se nos situarmos nos Estados Unidos da América, veremos que há relutância em aceitar o princípio da precaução.

Um dos Autores norte-americanos mais citados da actualidade, CASS SUNSTEIN, num livro que sugestivamente intitulou «*Laws of Fear. Behond the precautionary principle*»[16], defende a tese segundo a qual este princípio não deve ser acolhido no direito porque é ambíguo, incoerente e paralisante, para além de não conferir linhas de orientação para a acção. Interessante se torna, porém, verificar que este Autor, depois de enterrar o princípio, não deixa vago o espaço por ele ocupado. Pelo contrário. Propõe, em sua substituição, três instrumentos jurídicos. Em primeiro lugar, o *princípio anti-catástrofe* destinado a funcionar em situações extremas, em que o risco da acção é reconhecidamente grande. Trata-se de um princípio que impõe uma ponderação balanceada das eventuais consequências negativas para a comunidade, o uso dos meios mais eficientes para as evitar e uma atenção especial às camadas mais vulneráveis da sociedade. Em segundo lugar, o Autor apela ao *princípio do custo-benefício*, e recomenda o seu uso em situações de risco não catastrófico e em que não há conhecimentos científicos sobre os efeitos da acção. O princípio do custo-benefício impõe a elaboração de cálculos matemáticos sobre quanto cada um está disposto a pagar pelas consequências negativas da acção arriscada que se pondera tomar e impõe ainda uma ponderação sobre a possibilidade de partilha do risco quando quem age não tem condições de cobrir o custo dos potenciais efeitos negativos. A terceira proposta de CASS SUNSTEIN consiste, de um lado, naquilo a que chama *paternalismo libertário* (*libertarian paternalism*) e, de outro, no *alargamento das competências do Parlamento*. O paternalismo libertário traduz o reconhecimento a instituições, públicas ou privadas, do poder de orientar as escolhas dos cidadãos no sentido que favoreça as suas vidas, uma vez que a avaliação incorrecta de situações motivada por medos excessivos os conduz a más opções. Quanto ao alargamento das competências do Parlamento, trata-se de uma medida para funcionar em caso de terrorismo e de ameaça à defesa nacional, e tem por objectivo atribuir a este órgão representativo colegial um papel decisivo na determinação das medidas a adoptar contra acções terroristas ou de ameaça à segurança nacional, impedindo que o medo irracional possa conduzir a restrições injustas da liberdade.

[16] Este livro vem na linha de um anterior, do mesmo Autor, intitulado *Risk and reason. Safety, law and environment,* Cambridge University Press, 2002.

É interessante verificar que o afastamento do princípio da precaução do mundo do direito, defendido por CASS SUNSTEIN, se fica em grande medida a dever aos estudos da psicologia cognitiva, em especial aos resultados a que chegaram AMOS TVERSKY e DANIEL KAHNEMAN, na sua «*prospect theory*» ou teoria da previsão sobre a compreensão do agir prospectivo, cuja repercussão na economia conduziu à atribuição, em 2002, de um prémio Nobel da Economia[17].

Abundantemente citada na obra de CASS SUNSTEIN, a teoria da previsão, ao pôr em causa a racionalidade do agir humano quando a incerteza rodeia o julgamento e a tomada de decisão, umas vezes com aversão ao risco outras procurando-o, e determinando-se pela frequência com que os eventos são chamados à memória, o que exacerba riscos mínimos e negligencia riscos graves de probabilidades baixas ou desconhecidas, CASS SUNSTEIN conclui que, em caso de incerteza, o agir precaucional não introduz racionalidade e segurança na decisão porque não indica a quem decide que caminho específico trilhar. Impor o agir precaucional em caso de incerteza conduz, por isso, em seu entender, a que se repercuta na decisão as irracionalidades do julgamento previsional a que aludem os autores da psicologia cognitiva. Irracionalidades fundadas no medo das consequências, reflectido em cascata, um medo que tanto paralisa a acção, como tende a acontecer sempre que uma investigação científica em áreas de ponta se confronte com efeitos desconhecidos potencialmente danosos, como determina o exagero da acção, como aconteceu com a guerra do Iraque, na sequência do ataque às Torres Gémeas em Nova Iorque.

Que dizer desta concepção, largamente aceite na doutrina jurídica e política americanas?

São várias as considerações que ela nos merece e que procuraremos sintetizar. A primeira respeita à falta de uma tentativa séria de compreensão do princípio da precaução, em especial das suas virtualidades no plano da concretização. E isto apesar do conhecimento que o Autor demonstra possuir da legislação e jurisprudência europeias. Basta-se pela história do aparecimento do princípio nas ordens jurídicas europeias e fundamentalmente pela análise semântica da precaução, dela retirando uma generalizada e vaga ideia de cuidado, não se preocupando com a busca do valor ou valores que justificam o reconhecimento jurídico da precaução como princípio. Vale isto dizer, sem procurar demonstrar

[17] Sobre esta teoria da previsão, DANIEL KAHNEMANN, PAUL SLOVIC, AMOS TVERSKY, *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge University Press, 1999.

a exigência ou o apelo do direito à actuação de um novo princípio no seu âmbito sistemático.

A segunda consideração, decorrente da primeira - falta de preocupação em perscrutar a essência do princípio -, respeita ao vazio que o Autor encontra no princípio da precaução, um princípio que considera inoperante porque não orienta a acção. O comentário que gostaria de aqui deixar reside no facto de, não tendo sido antes clarificado o valor ou valores que se pretendem alcançar com o princípio, se torna impossível falar na sua inoperância. Como impossível se torna justificar a necessidade de o substituir por outro ou outros como paradoxalmente CASS SUNSTEIN faz. Tudo porque antes de procurar preencher uma lacuna na ordem jurídica, era necessário reconhecer a sua existência.

E uma terceira consideração nos merece a concepção de CASS SUNSTEIN. Parte ela da ideia de que, apesar da argumentação expendida se fundar em inúmeras situações vividas, fenómenos da vida comunitária, nacional ou internacional, a todas está subjacente a sobrevalorização do presente relativamente ao futuro. Mesmo quando o Autor chama a atenção para situações de risco catastrófico e lembra a desigualdade com que o risco, nestes casos, se distribui na comunidade, atingindo de modo mais intenso os mais vulneráveis, a verdade é que não tem perante si as vulnerabilidades das gerações futuras, que desde logo não podem intervir para se defenderem. Antes os mais frágeis economicamente, os que não têm voz que se faça ouvir facilmente nos centros de comunicação, os nacionais de países com fraco desempenho na cena internacional.., por outras palavras, aqueles que uma nova noção do espaço aproxima, no tempo de vida que é o nosso. E o mesmo se diga da análise do funcionamento do princípio custo-benefício. Aqui também, na previsão dos custos, CASS SUNSTEIN não se esforça por encontrar os limites dessa previsão, colocando fora do princípio a contabilização dos custos do impacte dos fenómenos no *continuum* de vida ou na dignidade com que se deve viver amanhã, a dignidade de vida que se exige para hoje.

Uma quarta consideração encontra fundamento nos resultados a que a moderna psicologia cognitiva chegou e que serviram de base ao raciocínio de CASS SUNSTEIN. Com efeito, não há dúvida de que esta ciência justifica as situações de medo irracional ou em cascata gerado, em especial, a partir de fenómenos cujo desenrolar é de probabilidade baixa ou desconhecida. Mas os resultados da psicologia cognitiva, quando cruzados com os resultados mais recentes das ciências médicas, particularmente das neurociências, permitem antever não um

cenário de medo que é preciso combater mas um cenário de esperança que é preciso difundir e impulsionar.

Na verdade, decorre do aludido cruzamento de saberes que a análise previsional tem sido pouco desenvolvida pelo homem ao longo do seu percurso histórico, diferentemente do que acontece com a análise dos fenómenos do passado, que desde sempre tem feito, e com a construção de experiências deles resultantes. É por isso que a parte do cérebro que lida com os acontecimentos passados e os selecciona, armazena e argamassa está muito desenvolvida, ao passo que a parte do cérebro que lida com o futuro e as prognoses do agir humano está atrofiada, pouco desenvolvida. Menosprezar este conhecimento das ciências médicas, disponível na comunidade científica especializada, significa abrir espaço a que se acentuem as deformações de julgamento e de tomadas de decisão em caso de incerteza, se explorem os fenómenos de medo irracional quanto ao futuro, com laivos de hobbesianismo, e não se reconheça que a correcção das prognoses e julgamentos de situações arriscadas está ao alcance do agir humano. Ter esperança no aperfeiçoamento humano dos julgamentos e tomadas de decisão em relação ao futuro não é, assim, uma questão de fé. É, antes, uma resposta humana obtida através do constante e porfiado adestramento de uma capacidade do cérebro cujas potencialidades são imensas e se encontram ainda inexploradas.

Um quinto e último comentário, desta feita em relação à proposta do «*paternalismo libertário*». E para dizer ter esta proposta a origem numa ideia que era importante demonstrar e que não foi demonstrada: a de que o medo irracional em face de situações arriscadas corresponde ao perímetro de actuação dos cidadãos em geral, encontrando-se as elites do saber fora desse perímetro. Só depois se poderia defender que os peritos (que, no entender do Autor, tanto podem pertencer a instituições públicas como privadas) devem recomendar ou aconselhar os cidadãos em geral a agir em caso de risco, criando a segurança e espalhando a racionalidade onde ela não existe.

Reconhecemos a habilidade de CASS SUNSTEIN em fugir do conceito de «*ditador benévolo*» que as doutrinas económicas apresentam para explicar a obrigatoriedade de medidas político-jurídicas pontuais[18].

Mas se lhe reconhecemos essa habilidade [19] de, através do conceito de paternalismo libertário, manter intacta a liberdade de quem decide, reprovamos

[18] É o caso da vacinação obrigatória, imposta por lei.

o facto de CASS SUNSTEIN se não ter confrontado com o problema da avaliação das situações em que o saber dos peritos se forma.
É que a psicologia cognitiva não se cansa de enfatizar que a avaliação dos riscos por peritos está também sujeita à contaminação do medo em cascata, o que significa não estarem estes isentos de juízos irracionais. Conclusão que, aliás, as recentes conclusões das investigações das neurociências comprovam, como se disse.

Por tudo, pois, importava alertar para que, no «*paternalismo libertário*», as recomendações das elites, públicas ou privadas, não estão isentas dos vícios de avaliação que estas procuram eliminar [20] e, logo, pela própria natureza das coisas, o pai pode revelar-se padrasto e quem se tem por livre pode agir como escravo.

Em suma, o combate feroz ao princípio da precaução empreendido na obra «*Laws of fear*» não só não o afecta como não encontra substituto à altura.

IV

Princípio jurídico da precaução: razão de esperança?

Retomamos o discurso que deixámos em suspenso quando nos propusemos analisar o pensamento de CASS SUNSTEIN, um dos bastiões da actual cultura jurídica e política norte-americana. E retomamos no exacto ponto em que o deixámos, isto é, depois de verificar a rápida difusão do princípio da precaução na ordem jurídica internacional e europeia e depois de concluir pela sua disseminação por áreas jurídicas muito diferentes daquela que o viu nascer, concretamente a área da protecção ambiental.

As perguntas a que urge responder agora são, em nosso entender, as seguintes: O que leva o princípio da precaução a ser acolhido e a expandir-se tão rapidamente em ordens jurídicas tão diferentes como a internacional, a europeia e as nacionais, e em tão distintos domínios jurídicos como os do ambiente, da saúde pública, da segurança nacional, da protecção dos consumidores? E, mais especificamente, qual o conteúdo deste princípio?

---

[19] O paradoxo resulta de um libertário defender a liberdade de decisão e se opor a todo e qualquer paternalismo e alguém que defende o paternalismo se opor firmemente a quem use integralmente a sua liberdade. Ver CASS R. SUNSTEIN, *Laws of fear -- behond the precautionary principle,* Cambridge University Press, 2005, pp. 175 e ss..
[20] Além de que o «*paternalismo libertário*» esquece que o pai pode revelar-se padrasto e quem se tem por livre vai comportar-se como escravo.

A razão da recepção e veloz implantação do princípio encontramo-la no facto de este se inserir modelarmente na cultura ética, filosófica e política orientadora do actual discurso jurídico, em busca de renovação.

É no âmbito dessa cultura ética, filosófica, política que o discurso do direito procura reequilibrar-se, respondendo ao esgarçar do sistema de justiça tradicional, incapaz de absorver o tempo longo, inter-geracional, e difundindo confiança à vida em comunidade, nas incertezas em que é obrigada a viver e na sua sustentabilidade futura.

O princípio da precaução é gerado nesta cultura e, por isso, não surpreende que nele se contenha o sentido capaz de ultrapassar a crise do sistema de justiça. Mais. Na medida em que transporta uma outra mundividência perante os novos riscos que afectam a comunidade, o princípio da precaução participa da essência do direito, da sua justiça intrínseca, uma justiça que o princípio alarga e aprofunda, num quadro de sustentabilidade. Em suma, entendemos o princípio da precaução como uma razão de esperança de um reinventado sistema de justiça.

Ao que vem de dizer-se acresce uma outra ideia não menos importante. Diz ela respeito à inserção do princípio da precaução no caminho da modificação da existência humana para melhor, um caminho ampliado pelo sentido de *continuum* de vida, que pertence à própria condição de ser homem.

«*Melhorar a sua existência*» pertence, diz ANTÓNIO DAMÁSIO, à condição humana[21], num processo de permanente ultrapassagem de si, de contínuo aperfeiçoamento interior, de que ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES não se cansa de falar[22]. Em termos sociais, perante os novos riscos, melhorar a existência, contribuir para o bem-estar da comunidade é, hoje, porventura essencialmente, preservá-la em termos de futuro. Pelo que o princípio da precaução absorve este sentido que pertence à condição humana e nessa intencionalidade pode permanentemente refrescar o impulso para formas criativas de actuação.

Longe de inibir a acção ou forçar à inacção, estimula-a e promove-a. E, mesmo aqui, não qualquer acção, antes a que busca inovadoramente o conhecimento e é capaz de trazer, através de novos saberes, a melhoria ambicionada.

---

[21] *O sentimento de si. O corpo, a emoção e a neurobiologia da consciência,* Publicações Europa-América, 4ª edição, 2000, p. 359.

[22] Por todos, ver *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, ed. Instituto Piaget, 2002.

Um passo mais para acrescentar que o princípio da precaução reforça e rejuvenesce a forma como o direito lida com a incerteza.

Recorde-se que desde sempre o direito se assume como uma resposta a situações de incerteza. Quem se dirige a um tribunal clamando por justiça não pode dele sair com um «*non liquet*», porque o direito a uma resposta e, logo, a uma sentença, integra o sistema de justiça. A sentença que põe termo à incerteza quanto à existência mesma do direito, assume, a partir daí, o que deve ter-se por justo, o que deve ter-se por certo. Não, porém, o que, na sua essência, é justo ou o que é certo.

Analisemos agora o funcionamento do princípio jurídico da precaução.

Pois bem, o princípio funciona perante os novos riscos, globais, retardados, irreversíveis, e funciona em situação de incerteza científica quanto aos efeitos que a acção desencadeia. A partir daqui, a intencionalidade que move o princípio a conhecer mais e melhor e, logo, a reduzir o espaço de ignorância, funciona dentro de um certo prazo. O prazo de resposta da decisão precaucional. Tudo sabendo que o princípio da precaução *não autoriza a construção de um direito a viver sem riscos* e que, logo, a decisão precaucional tem riscos. Riscos porque se desconhece o que é o melhor que se pretende, riscos porque se ignora o resultado de cada acção nas sinergias que provoca, riscos porque é incerta a coincidência entre a intencionalidade da acção e o resultado que efectivamente alcança.

Significa isto que a actuação que, em apelo a uma situação que clama a obediência ao princípio da precaução, o cumpra, nos seus exactos termos, isto é, a actuação jurídica que seja a resposta precaucional à situação de risco assume o que deve ter-se por justo, o que deve ter-se por certo. Não, porém, o que, na essência, é certo ou o que é justo.

Dito isto, fica claro que, também por esta via, o princípio jurídico da precaução se apresenta como razão de esperança. Por seu intermédio, a comunidade recria confiança na acção e pacifica-se no dever ser da justiça[23].

E uma nota final.

[23] E afasta-se do que já foi chamado pelo psiquiatra americano Robert Jay Lifton «*síndrome da super força*», em que a luta contra a insegurança leva ao terror e gera um estado patológico de incessante procura da certeza absoluta. EHRARD DENNINGER, *Recht in globaler Unordnung*, Berliner Wissenschafts Verlag, 2005, p. 230.

Ao permitir, através do sistema de justiça, respostas em situação de ignorância ou incerteza científica, o princípio da precaução toca no problema ontológico do direito, no seu sentido de validade, renovando-o pertinentemente, num discurso sem prazo.

Na verdade, exigindo a quem decide a ponderação dos efeitos da acção, o princípio da precaução introduz dramaticidade no discurso do direito, confrontando-o directamente com a radicalidade da pessoa.

Ordem de validade que emana e se entrelaça com a justiça, o direito encontra o seu lugar no tempo longo na radicalidade da pessoa. E porque a pessoa é a imagem mesma da axiologia de que a comunidade se alimenta e onde estrutura a sua ordem, esta não vive dissociada da pessoa nem do respeito que merece. Respeito em si, na existência concreta, simultaneamente presença, e respeito também por quem só é em potência e, nesse ser que há-de vir se reflecte em imagem merecedora de respeito. O sentido do direito constrói-se nesta axiologia, e renova-se na durabilidade intercomunicativa do discurso, pelo que é aí que igualmente se reconstrói o seu sentido de validade.

Em síntese, também no plano da validade do direito, na sua continuidade futura, o princípio da precaução introduz razão de esperança. Porque não tendo futuro a pessoa, tão-pouco terá futuro o direito.

Termino com HANNAH ARENDT que me acompanhou ao longo deste estudo: «*Nesta fenda entre o passado e o futuro, encontramos o nosso lugar no mundo quando pensamos*».

(Comunicação apresentada à Classe de Letras
na sessão de 14 de Outubro de 2010)