O risco de dano como elemento integrante do princípio da precaução

O risco de dano é um dos elementos do princípio da precaução. Ost, em *O Tempo e o Direito*, traça a história do risco em três etapas[1]. Em um "primeiro tempo", o da sociedade liberal do século 19, o risco assume a forma de acidente: acontecimento exterior e imprevisto, álea, golpe da sorte, ele é simultaneamente individual e repentino. Nos melhores dos casos, pode-se prevenir deles. Diante desse risco-acidente, a noção é retroativa curativa (indenização posterior ao dano), ou prudentemente prospectiva (segurança individual e previdência). A noção que interessa ao presente artigo é a prudentemente prospectiva.

Em um "segundo tempo" da história do risco, ocorre a emergência da noção de prevenção. Esta é entendida como uma atitude coletiva, racional e voluntarista, que se propõe a reduzir a probabilidade da chegada e da gravidade do risco — um risco doravante objetivo e mensurável. Situa o autor esse segundo tempo do risco no início do século 20, quando são lançadas as bases do Estado Social e da sociedade previdenciária marcada pela prevenção de doenças (com a descoberta pasteuriana)[2], a prevenção de crimes (com a política de defesa social), prevenção de acidentes (com as ciências da seguridade), prevenção da miséria e da insegurança social (com as previdências sociais).

A esse domínio científico do risco, Ost acrescenta o domínio jurídico marcado por um direito generalizado à segurança. Marco desse segundo tempo é a evolução da teoria da responsabilidade objetiva, consubstanciada na máxima de que a vítima seja indenizada por um prejuízo causado por um ator econômico ainda que não exista a prova da culpa.

O "terceiro tempo" do risco, a fase atual em que vivemos, é marcada pelo risco enorme e catastrófico, irreversível, mais ou menos previsível, que frustra nossas capacidades de prevenção e de domínio, levando desta vez, a incerteza para o centro de nossos saberes e poderes. Ost cita casos emblemáticos nessa nova fase do risco como o risco sanitário do sangue contaminado, o risco alimentar causado pela "doença da vaca louca" e, também, os riscos tecnológicos causados por centrais nucleares, pelo aquecimento global e pelo buraco na camada de ozônio[3]. A esses riscos Luhmann acrescenta os

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

indesejáveis efeitos colaterais causados pelos modernos medicamentos4.

Em relação a esse "terceiro tempo" marcado pelo risco enorme e catastrófico, Sunstein propõe, alternativamente ao princípio da precaução, o princípio anticatástrofe direcionado a autoridades que atuam causando alguma forma de risco5. O princípio substitutivo proposto por Sunstein em Laws of Fears está embasado em uma análise de custo-benefício em face de riscos mais sérios proporcionados por condições de incerteza.

Sunstein, em Worst-Case Scenarios, apresenta uma nova versão, segundo ele mais usual, do princípio da precaução intitulada de *Catastrophic Harm Precautionary Principle*6. Nessa versão, o princípio da precaução deve ser aplicado apenas nos casos da possibilidade de danos catastróficos, após a análise da sua magnitude e da sua probabilidade, em uma expectativa de valor, que pode ser entendida pela necessária análise do custo-benefício.

Em relação ao princípio anticatástrofe, observa-se que o professor da Universidade Harvard aborda com mais ênfase no novel *Catastrophic Harm Precautionary Principle* a magnitude e a probabilidade do dano, mantendo a ênfase na análise do custo-benefício da medida precautória a ser tomada.

Todavia, as versões do princípio da precaução propostas por Sunstein não oferecem elementos consistentes e bem definidos, tornando-se insuficientes. Não define o que seja o risco de uma catástrofe com exatidão, não formula parâmetros de aplicação e não refere exatamente qual a "incerteza" que determinaria a sua implementação. Parece que, no fundo, Sunstein pretende apenas aplicar o princípio da precaução, com outro nome, em situações extremas.

Além disso, observa-se que o risco de uma catástrofe não pode ser identificado com facilidade como na proposição de Sunstein, que neste ponto é ingênua. Exemplo disso é o furacão Katrina, que passou como uma mera tempestade tropical categoria 1 quando atingiu a Flórida, na manhã de 26 de agosto de 2005, passou então pelas águas do Golfo do México, que estavam excepcionalmente quentes, e transformou-se rapidamente em uma tempestade gigantesca que atingiu New Orleans, matando milhares de pessoas7 em poucas horas.

A abordagem do princípio da precaução deve ser feita no sentido de que é um instrumento de gestão de riscos tendente a evitar o dano. Todavia, em determinados casos, o princípio pode ser aplicado para evitar que o dano já ocorrido continue a gerar consequências. Felizmente, Sunstein, nos últimos anos, alterou, com a humildade característica dos grandes juristas, a sua posição inicial e tem defendido a humanização do Estado regulatório e do procedimento da análise do custo-benefício.

Pode-se observar que o dano sempre ocorrerá posteriormente à análise equivocada acerca do cabimento da aplicação do princípio, ou, ainda, na ausência de análise do risco potencial. Este último, por sinal, é um típico caso de omissão do gestor dos riscos. Leme Machado assinala que, em caso de dúvida ou de incerteza, "também se deve agir prevenindo. Esta é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção"8.

De fato, um dos principais objetivos de um sistema de proteção ao ambiente ou à saúde pública eficiente é a obtenção de mais informações sobre riscos potenciais — informação que inclui uma compreensão sobre a probabilidade de dano. Em algumas circunstâncias, adquirir informação é muito melhor do que

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

responder à pior das hipóteses, ao menos quando a resposta cria, por si mesma, perigos tanto no domínio da incerteza quanto do risco9.

A partir da análise de precedentes da Justiça australiana, Giraud delimita a noção de risco, irreversibilidade-gravidade do dano e incerteza científica, assim como a ligação entre esses elementos na aferição da aplicação do princípio da precaução. No que concerne ao risco de dano irreversível, a constatação paradoxal quanto à certeza de irreversibilidade e incerteza de irreversibilidade atribui uma feição subjetiva à apreciação da irreversibilidade. O mesmo ocorre em relação à noção de gravidade do dano. No que tange ao Direito Ambiental, existem precedentes no Direito Internacional associando, por exemplo, o cálculo do grau de gravidade aos diferentes níveis de proteção das espécies ameaçadas de extinção, ou diferentes níveis de regulamentação para rejeitar o descarte de substâncias tóxicas na água10 .

A definição de risco, por sua vez, faz com que a aplicação do princípio da precaução trabalhe com um futuro quantificado por probabilidades calculadas. O risco sobressai da combinação entre a incerteza científica e a probabilidade de superveniência de um evento de consequências graves, ou a plausibilidade da ocorrência de dano. Contra a argumentação acerca da necessidade de delimitação dos contornos das condições de aplicação do princípio da precaução pela administração, não se pode olvidar a existência de uma margem de discricionariedade deixada aos administradores ou juízes11.

Essa margem de discricionariedade é necessária à administração e deve ser compreendida pelo Judiciário, sob pena de ineficiência. Por vezes, e justamente é da essência do princípio da precaução, a adoção de medidas imediatas para evitar risco de dano12. Tal, contudo, não se traduz em ameaça à segurança jurídica nem constitui retorno ao casuísmo e subjetivismo daqueles possuidores do poder de decisão, pois toda tomada de posição deve ser necessariamente fundamentada.

Dessa fundamentação se pode extrair os diferentes pesos atribuídos a cada circunstância levada em conta no processo de argumentação jurídica. Logo, faz-se necessário que esteja clara a motivação da decisão, notadamente quanto aos parâmetros de medida do impacto de determinada ação potencialmente lesiva, assim como dos riscos e níveis aceitáveis de probabilidade de superveniência de eventos suscetíveis de gerar consequências nefastas sobre o meio ambiente.

Acerca dos riscos de dano, pode-se observar a problemática entre a divergência que ocorre comumente entre os técnicos, com conhecimento científico, e as pessoas comuns13. Margoulis refere que os especialistas discordam das pessoas comuns na análise dos riscos porque os analisam juntamente com os benefícios associados, enquanto as pessoas comuns tendem a prestar atenção apenas nos riscos14.

Existem riscos menores que são negligenciados pelas pessoas em detrimento de outros mais significativos15. Observa-se que o aquecimento global para muitos é menos temido do que simples viagens aéreas, quando se sabe que o risco de acidentes aéreos é notoriamente mais reduzido do que os riscos do aquecimento global.

De outra banda, o gerenciamento de riscos envolve também questões culturais e locais. Dentre as questões culturais, temos o exemplo das nações europeias que têm adotado o princípio da precaução em relação aos alimentos geneticamente modificados, enquanto os Estados Unidos, praticamente ignorando esse risco, preocupam-se mais em regular os riscos de produtos cancerígenos adicionados aos alimentos 16

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

.

Segundo Beck, o mero risco pode se converter em um dano irreversível, e os riscos causados pela modernização se instalam por causas sistemáticas que coincidem com o progresso e a ganância17. É de se concordar parcialmente com a referida assertiva tendo em vista que é intuitivo que toda a atividade proposta causadora de risco visa ao lucro na maioria das vezes ou é mera consequência do progresso. Por outro lado, não se pode confundir toda e qualquer atividade da livre-iniciativa como atividade motivada pela ganância, pelo simples fato de que o lucro e a mais valia fazem parte do sistema capitalista em que estamos inseridos.

O risco de dano, como elemento integrante do princípio da precaução, deve ser avaliado pelos governos e particulares, mediante uma prudente análise de gestão de riscos, sempre na perspectiva de se evitarem prejuízos à saúde pública e ao meio ambiente. Por consequência, o princípio da precaução apenas pode ser aplicado por meio de uma racional avaliação do risco de dano sem desconsiderar o cotejo entre o risco e o benefício da medida a ser adotada.

---

1 OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 324-5.
2 EWALD, François. *Philosophie de la précaution.* L'Année sociologique, Paris, n. 2, v. 46, p. 42, 1996.
3 OST, François. *Le temps du droit.* Paris: Editions Odile Jacob, 1999, p. 324-5.
4 LUHMANN, Niklas. *Risk: a Sociological Theory*. Berlin: Suhrkamp, 1993, p. 25.
5 SUNSTEIN, Cass. *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. New York: Cambridge Press, 2005, p. 109.
6 Para Sunstein, "A Catastrophic Harm Precautionary Principle is far more useful. In its mos modest form, that principle calls for close attention to both the magnitude and the probability of harm and hence to expected value". SUNSTEIN, Cass. *Worst-Case Scenarios.* Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 279.
7 GORE, Albert. *An Inconvenient Truth*. Emmaus: Rodale Books, 2006, p. 94.
8 MACHADO, Paulo Afonso Leme. *O princípio da precaução e o Direito Ambiental. Revista de Direitos Difusos*. Organismos Geneticamente Modificados, São Paulo, v. 8, p. 1081-4, ago. 2001.
9 SUNSTEIN, Cass. *Para além do princípio da precaução. Interesse Público, Sapucaia do Sul:* Notadez, v. 8, n. 37, p. 119-71, maio/jun. 2006.
10 GIRAUD, Catherine. *Le Droit et le príncipe de précaution*: Leçons d'Australie. Revue juridique de l'environnement, n. 01 ano 1997, p. 15-6.
11 SADELEER, Nicolas de. *O estatuto do princípio da precaução no Direito Internacional*. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (orgs). Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.67.
12 Ver: SANTILLO, David; JOHNSTON, Paul; STRINGER, Ruth. *The Precautionary Principle in Practice: A Mandate for Anticipatory Preventive Action*. In: RAFFENSPERGER Carolyn; TICKNER, Joel. *Protecting public health and the environment: implementing the precautionary principle*. WASHINGTON: Island Press, 1999, p. 36-50.
13 SLOVIC. Paul. *Perception of Risk*. London: Earthscan, 2000, p. 219-23.
14 MARGOULIS, Howard. *Dealing With Risk*. Chicago: Chicago University Press, 1996, p. 99-119.
15 Sobre o equívoco da consideração de riscos menores e a desconsideração de riscos maiores v., SUNSTEIN, Cass. *Worst-Case Scenarios*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

. Cambridge: Harvard University Press, 2007, p. 279.
16 GILLAND, Tony. *Precaution. GM Crops and Farmland Birds*. In: MORRIS, Julian. *Rething Risk and the Precautionary Principle*. Oxford: Butterworth-Heinemann, 2000, p. 60-3.
17 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Surcos, 2006, p. 57.

Date Created
10/02/2018

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.