



Governo dos Riscos



Rede Latino-Americana – Européia sobre Governo dos Riscos

Christian Guy Caubet - Cristine Noiville - Heber Arbuét-Vignali
Jacqueline Morand-Deviller - Luis Barrios
M.A. Hermitte - Marcelo Dias Varella (*coordenador*)
Sandrine Maljean-Dubois - Teresa Fajardo del Castillo

Brasil, 2005



Rede Latino-Americana – Européia sobre Governo dos Riscos

Governo dos Riscos

Brasil, 2005

Capa: Roberto Vieira.

Editoração Eletrônica: Rodrigo Varella

R314g	Rede Latino - Americana - Européia sobre Governo dos Riscos
	Governo dos Riscos / Rede Latino - Americana - Européia sobre Governo dos Riscos, organizador Marcelo Dias Varella, Brasília, 2005. 157p.
	1.Sociedade de riscos 1. Varella, Marcelo Dias II. Título
	CDU 316.42

Elaborada por Eunice de Oliveira, CRB 10/1491

“Este documento foi realizado com assistência financeira da União Européia e com apoio do Instituto das Nações Unidas para Treinamento e Pesquisa (UNITAR). Todavia, o seu conteúdo é da responsabilidade exclusiva de cada um dos autores, não se podendo considerar, de modo algum, que reflete a posição da União Européia, da UNITAR ou de quaisquer de um de seus estados-membros.”

SUMÁRIO

Apresentação

A Rede Latino-Americana – Européia sobre Governo dos Riscos integra oito instituições de ensino de seis países: na América Latina: Centro Universitário de Brasília, Universidade Federal de Santa Catarina (ambas no Brasil), Universidad de la Republica (Uruguai), Universidad del Litoral (Argentina), e na Europa, a Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne (França), Universidade de Granada e Jaén (ambas na Espanha) e a Università de Lecce (Itália). Trata-se de um projeto de cooperação internacional, financiado pela Comissão Européia, que funciona desde 2003.

A sociedade do riscos, em que vivemos, consiste na sociedade pós-industrial, onde as divisões sociais não se fazem apenas por distribuição de acesso a gerações de direito, mas de exposição a maiores ou menores níveis de risco. Trata-se de uma sociedade reflexiva, com um alto poder de alto-destruição. As formas de análise sociais marxistas ou liberais não são mais suficientes para identificar as tensões predominantes. As construções jurídicas tradicionais se mostram ineficazes para solucionar os conflitos presentes. Este livro pretende estudar um pouco deste tema.

Cada universidade contribui com diferentes grupos integrados de pesquisa que trabalham com o tema “Riscos” sobre diferentes aspectos. A reunião dos diferentes avanços na pesquisa jurídica sobre o tema estão refletidas nesta obra, a primeira da rede. O livro busca portanto resumir as discussões jurídicas, políticas e sociológicas sobre o “governo dos riscos”.

Neste sentido, o presente livro é dividido em três partes distintas, cada uma com um conjunto de artigos sobre o tema. Na primeira parte, há uma introdução sobre a “Sociedade do Risco”, com artigos escritos por Marie-Angèle Hermitte, Christian Caubet. Procura-se apresentar os conceitos gerais sobre a teoria do governo dos riscos, do ponto de vista de Ullrich Beck e das diferenças entre a teoria e a realidade sobre a gestão de riscos.

Na segunda parte, inicia-se com a aplicação dos novos conceitos jurídicos nascidos da sociedade do riscos sobre situações concretas. Christine Noiville discute o uso do princípio da precaução no direito. Hebe Arbuét Vignali apresenta o como esta nova realidade tem interferência no direito internacional. De forma mais específica, Sandrine Maljean-Dubois e Marcelo Dias Varela trazem implicações concretas sobre como as noções de governo de riscos se aplicam ao direito internacional econômico.

Na terceira e última parte, Maria Teresa Fajardo, Hebe Arbuét e Luis Barrios discutem duas situações concretas de risco, com o caso dos vazamentos de petróleo e da contaminação de chumbo, na Espanha e no Uruguai respectivamente.

Espera-se assim contribuir para a discussão nacional e internacional sobre o tema.

Brasília, 04 de julho de 2005

Prof. Dr. Marcelo Dias Varela

Coordenador da Rede Latino-Americana – Européia sobre Governo dos Riscos



Governo dos Riscos

CAPÍTULO 1

**Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco
Uma análise de U. Beck**

M-A. Hermitte

Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco

Uma análise de U. Beck

M-A. Hermitte¹

Todas as sociedades temem a morte, a doença, os incêndios, as inundações, a fome, os temporais e a guerra; todas as sociedades conhecem os riscos que as ameaçam; todas as sociedades procuram evitar danos. Todavia, o fato de incluir a luta contra os riscos num programa político, transformá-lo em desafio no intuito de reforçar a democracia são fenômenos recentes que se restringem a algumas sociedades. Pois, se todas elas mantêm, desde sempre, uma “relação com os riscos”, quer dizer, uma forma peculiar de enfrentá-los, que transparece em um plano cultural, essa relação de risco muda conforme as épocas e os lugares – o que foi brilhantemente demonstrado pela antropóloga Mary Douglas. Com relação ao assunto, se estudarmos as mudanças que aconteceram no Ocidente entre o século XVIII e o início do século XIX, constata-se que sua origem deve ser analisada no âmbito da transformação do sistema de explicação dos danos. Tudo decorre disto : os objetivos políticos colocam em primeiro lugar a prevenção e a indenização; a técnica está a serviço da esquivas ou do controle dos riscos; o fato da democracia buscar uma participação dos cidadãos no que concerne à escolha dos riscos que querem ou não querem correr é muito mais recente ainda e longe de ser consensual.

A forma mais simples de exemplificar tais afirmações é histórica: trata-se, no século XVIII, da evolução da luta contra os incêndios nas grandes metrópoles europeias. De fato, nessa época, as cidades herdadas da Idade Média eram apertadas, os telhados quase que contíguos, a madeira onipresente na construção, a água rara ou de difícil uso por falta de canalização e pressão, o que impedia o acesso aos andares ; a presença dos cavalos na cidade implicava enormes quantidades de palha; por fim, o fogo estava por todos os lugares: fumava-se, cozinhava-se e aquecia-se com madeira em chaminés abertas. O incêndio era constante e propagava-se. Aqui, trata-se de simples reflexões sobre as causas dos incêndios, de fácil entendimento, sem conhecimento científico específico. Entretanto, ninguém identificava esses fatos em termos de causalidade, o que impedia toda e qualquer possibilidade de progresso pois o incêndio era visto como um castigo divino. Conseqüentemente, não havia nenhuma incitação para que os costumes ou as construções mudassem: lutava-se derrubando casas de forma a cortar o avanço das chamas, faziam-se procissões, padre na frente, para pedir que Deus mandasse a chuva; uma vez o incêndio apagado, o padre organizava a caridade para socorrer os mais necessitados. Foi somente no final do século XVII que, com o pensamento científico começando a aparecer, descobriram-se as causas dos incêndios. Então, tornou-se pertinente impor normas de construção e urbanismo, estabelecer pontos de água com intervalos regulares; inventaram-se bombas de pressão, organizaram-se

1 Diretora de Pesquisa do CNRS. Diretora de Estudos do EHESS. UMR 8056. Universidade de Paris I. Regulações econômicas e sociais.

vigias, racionalizaram-se os armazéns de palha, criou-se um corpo de bombeiros e, não se trata apenas de um acaso, no mesmo momento a caridade deixou o lugar para o seguro². Quem aceitou a causalidade racional pôde entrar na era da prevenção e do direito da responsabilidade.

À medida que a sociedade industrial, baseada na ciência, tecnologia e investimento financeiro, desenvolveu-se, novos riscos apareceram. A partir daí, procurar-se-ão as causas de forma incansável, assim como, de acordo com essa metodologia de agora em diante perfeitamente dominada, preveni-la

s, desde que a relação entre uma causa e um efeito for entendida. Os desenvolvimentos da prevenção, da responsabilidade e dos seguros são sinais fortes de uma modernidade fundada sobre uma análise científica das causas dos danos.

A evolução recente é menos radical pois se baseia, mais do que nunca, sobre o sistema de explicação científica do mundo. Isto torna o conceito de “sociedade do risco”, moderno³. Assim, muito pelo contrário, as vigorosas críticas contra os movimentos anticência ou o princípio da precaução não valem a pena. No entanto, o modelo moderno inicial demonstrou ser muito simples quando confrontado à realidade e ao progresso dos conhecimentos científicos que, além de trazer respostas, dão da biosfera imagens cada vez mais complexas em que o aumento dos conhecimentos científicos parece levar a mais perplexidade em vez de diminuí-la. O modelo pós-moderno provém de duas percepções ligadas entre elas. A experiência mostrou que os progressos técnicos não são isentos de efeitos negativos, que só aparecem a médio ou longo prazo; a partir daí, a análise retrospectiva das causas dos danos leva à prevenção somente depois que os danos apareceram: o sentimento da irreversibilidade atinge o otimismo do modelo inicial e implica um esforço para antecipar danos que ainda não aconteceram, que ainda não são observáveis ou que nunca acontecerão – acrescenta-se ao objetivo da prevenção um objetivo chamado da precaução. Além do mais, o desenvolvimento tecnológico, conforme foi conduzido até agora, encontra-se num impasse – esgotamento ou tensão em torno dos recursos naturais, excesso da carga de poluição, etc. Se for compartilhado por todos, tal como o defende a economia da globalização e do livre-comércio, o modelo do progresso técnico contemporâneo é insustentável: o sentimento de suas limitações, o caráter injusto da partilha das vantagens e os inconvenientes ligados a ele trazem de forma lenta novos objetivos ao projeto liberal.

Os “riscos”, cuja separação entre riscos naturais, tecnológicos e sociais tornou-se permeável, são, de agora em diante, desafios políticos no sentido aristotélico do termo, no sentido do *suum cuique tribuere*. Não se trata mais de preveni-los tecnicamente e de indenizá-los ; ainda é preciso decidir de forma democrática e assegurar uma distribuição justa, o que foi demonstrado em 1986 por U. Beck, como o mostra o prefácio de Bruno Latour na tradução de forma clara: estamos trocando bens mas também mazelas. A escolha do lugar de instalação de um incinerador, de uma central nuclear, de um espaço sem OGM, etc. terá conseqüências no que se refere aos

2 J.Sanson : Les effets des grands incendies involontaires à Paris au XVIIIème siècle. Dissertação de mestrado, Paris I – Sorbonne, julho de 1996.

3 Achamos mais simples usar o termo *moderno* para designar o período que se estende entre o século XVII e o final do século XX e o termo *pós-moderno* para designar as atuais reorganizações, porém para maior proveito é necessário consultar os trabalhos de B. Latour.

empregos, à esperança de vida, à paisagem, à distribuição das riquezas, etc. Então, a luta contra as desigualdades, motor da mudança política no mundo moderno, está atuando na distribuição dos riscos : o risco, objeto técnico é também objeto político e, conseqüentemente, jurídico. É o esforço aceito por uma sociedade, com o intuito de levar à evolução de seu sistema político, de tal forma que este inclua todas as dimensões do risco do Estado de direito, em vez de rejeitá-lo à margem do direito da responsabilidade e da regulamentação técnica, que a torna “sociedade do risco”. Essa inovação do risco do objeto técnico em objeto político é o resultado de uma mudança cultural : a percepção dos riscos e do momento de seu possível controle mudou (I); a recusa de seu caráter inelutável renova as relações entre a ciência e a política (II) e se inscreve num contexto mais amplo da irrupção dos governados nos campos do poder, reservados, a princípio, aos governantes (III).

I. As transformações da cultura do risco

A experiência, resultado do modelo moderno, convenceu as pessoas de que uma técnica que funciona não está necessariamente dominada ; as disfunções a longo prazo são freqüentes, a exemplo da vaca louca ou da mudança do clima. Por outra parte, e sobretudo por causa disso, o aumento dos conhecimentos científicos não coincide com a diminuição das incertezas. A ignorância não é limitada no tempo pois todo e qualquer conhecimento novo traz novas incertezas. Ter uma racionalidade peculiar à perenidade dessa mistura ignorância/conhecimento encontra-se no centro da nova cultura do risco, mesmo se muitos outros elementos a estruturam. Consoante U. Beck, é preciso lembrar os pontos que, quase todos, são consensuais :

O perigo tem natureza híbrida – em parte natural, em parte causado pelo homem, o que U. Beck chama de criação “da civilização” do perigo, ao lado da criação divina (p. 341) : o medo da natureza se afasta, está aparecendo uma nova forma de solidariedade entre os vivos, humanos e não-humanos, submetidos às mesmas ameaças (p.135)⁴. Tornou-se impossível apreender a natureza independentemente da sociedade e vice-versa. A natureza não é mais um dado, um “outro do homem”, mas é um produto histórico, (p.146)⁵. Da mesma forma, a natureza que os cientistas observam é objeto político, econômico, etc., o que aumenta ainda mais a dificuldade de seu estudo (p. 150).

É impossível escapar de uma nuvem tóxica, radioativa, etc. Isto leva U.Beck a dizer que o indivíduo é pouco “soberano” (p. 96, 98). Não insiste muito sobre esse ponto; ora, sem dúvida

4 P. 135. Notar que a afirmação de um destino comum do homem e da natureza estruturava o livro *L’homme, la nature et le droit*, sob a direção de B.Edelman e M-A.Hermitte, Editions Christian Bourgois, 1988. De forma concreta, as múltiplas *vigilâncias* contemporâneas organizadas em torno do estado das populações animais e vegetais, qualidade do ar e da água, são apenas uma implementação da idéia segundo a qual o desaparecimento de uma espécie é um sinal negativo para a espécie humana. A idéia de um destino comum foi retomada na exposição dos motivos e no art. 2 do projeto da Carta para o Meio Ambiente, em que é questão de laço “indissolúvel entre os meios naturais e o surgimento, a existência e o futuro da humanidade”; os “recursos e os equilíbrios naturais condicionaram o surgimento da humanidade”, “o futuro e a própria existência da humanidade são indissociáveis de seu meio natural”.

5 Produto histórico, o que não impede de ser um dado para aqueles que se deparam com isto !

é essencial em uma sociedade que, por outro lado, favorece em todos os níveis a soberania do indivíduo no que concerne a sua própria pessoa e, sobretudo, quanto a seu corpo (autonomia). Ele não pode escapar dos efeitos enquanto não participa da decisão⁶. A participação na decisão, proclamada como princípio geral do direito do meio ambiente não tem grande positividade; porém, sua implementação seria a única possibilidade de diminuir o sentimento do arbitrário⁷.

As causas dos perigos não são muito perceptíveis pelos sentidos. U. Beck observa que isto trouxe à tona um “reino das sombras”, onde as substâncias tóxicas invisíveis substituíram os espíritos escondidos das coisas, o que tem um significado antropológico forte (p.132). Essas observações contribuem para mostrar a perenidade de certas percepções arcaicas, que podem aplicar-se a objetos peculiares. É o que tentou T. De Putter quando explicou o caráter irracional da recusa em se enterrar o lixo nuclear que lembraria uma violação da Terra-Mãe, assim como representações de divindades da terra muito arcaicas, que representariam um dos elementos da radiofobia demonstrada por G. Greenhalgh⁸. Seguindo essas análises, as descobertas científicas contemporâneas, que ocorrem em torno de elementos inalcançáveis pelos sentidos, como nas biotecnologias ou nanotecnologias, só podem levar ao rechaço.

A análise retrospectiva das causas dos danos, que permitia uma decisão política fundamentada racionalmente sobre provas averiguadas, levava a aceitar a realização dos perigos. Tratava-se de um modelo sacrificial. O valor crescente dado à vida de cada indivíduo é um estorvo a sua legitimidade política. De fato, a observação permite constatar que a vida dos pobres tem menos valor que aquela dos ricos (ações pouco voluntárias no que se refere à luta contra o saturnismo, por exemplo); porém, o sacrifício consciente de vidas humanas, no intuito de proteger o equilíbrio econômico da pecuária na Grã-Bretanha, por exemplo, parece ser inaceitável. À medida que os objetivos, inicialmente econômicos, de proteção à saúde e ao meio ambiente foram incorporados ao direito europeu, a Corte de Justiça das Comunidades europeias revisou a hierarquia de seus valores. Assim, no caso da vaca louca, decidiu que “o prejuízo econômico e social decorrente do embargo não poderia sobrepor-se aos graves danos em termos de saúde pública das populações. Nenhuma hesitação é permitida em razão do caráter mortífero da doença”.

Varias catástrofes enraizaram-se no núcleo das novas tecnologias, num contexto de crescimento acelerado dos conhecimentos científicos. Então, o desenvolvimento da ciência não traz, de forma linear, um aumento da segurança, mas, de modo aleatório, uma solução a certos problemas e a criação de outras dificuldades. Da mesma forma, mais as tecnologias são potentes, maior seu potencial de destruição. O argumento do “balanço globalmente positivo” não está mais convencendo o público que, freqüentemente, toma o lugar da potencial vítima. Logo, toda e qualquer nova técnica pode justificar um princípio de vigilância. É o principal ponto de dissensão entre aqueles que querem assegurar uma liberdade maior para a criação de novas técnicas e aqueles que querem um controle maior.

6 Este ponto foi mais trabalhado por C. Noiville : Du bon gouvernement des risques. PUF, 2002, p.94.

7 C.Noiville p.105.

8 G. Greenhalgh : The future of nuclear power, London, Boston, Graham e Trotman, 1988 e Interview de T. de Putter por A. Pivot, Natures, sciences, sociétés, n° 2 – 2004 197-202.

O ponto de origem do dano pode estar longe do lugar de sua realização, o que acentua o sentimento de vulnerabilidade e a falta de soberania, tanto dos indivíduos quanto dos Estados⁹. As soluções passam por um direito globalizado, cujas modalidades de elaboração e de implementação permanecem inacessíveis, por enquanto.

A complexidade das causas leva à discussão do universo das causas. Uma mulher que quer amamentar seu filho e descobre que não pode fazê-lo por causa da concentração de nitratos em seu leite, vai questionar o conjunto do sistema agroindustrial, do qual ela não pode escapar. A partir daí, U. Beck considera que os riscos da modernidade “por causa de suas próprias estruturas, não podem ser interpretados de forma satisfatória por meio do princípio da causalidade” (p. 115). De fato, trata-se de uma simples versão da causalidade que estruturava a relação entre o próprio risco e a modernidade : a pluralidade das possíveis causas e ainda mais suas interações, a forma com a qual produzem efeitos que se juntam a outras causas para produzir novos efeitos provocam um certo desânimo. O exemplo mais contundente vem dos 10.000 produtos químicos presentes no mercado. Como avaliar o interesse da indústria química, com seus empregos, seus valores agregados, seus benefícios em termos de saúde, etc., quando comparado a seus efeitos negativos, tanto no que concerne à saúde, ao meio ambiente ou ao uso de produtos químicos como precursores de drogas ou explosivos terroristas, sabendo que somente 3000 produtos foram avaliados até hoje ?

Essa vulnerabilidade que se afasta da complexidade das causas é complementada pela vulnerabilidade social e econômica. Quando a tecnicidade das granjas brasileiras, somada à refrigeração e ao transporte aéreo, permite uma globalização da oferta em condições desreguladas de concorrência, os países africanos são incapazes de começar uma criação, pois o preço do grão está acima do preço do frango, e a região da Bretanha perde rapidamente postos de trabalho.

Essas observações são amplamente compartilhadas, o que não é o caso das conseqüências decorrentes delas. Para alguns, basta continuar no mesmo caminho, os progressos técnicos permitirão resolver as dificuldades que provocaram; é o ponto de vista majoritário no que concerne à mudança do clima. Para outros, há que se mudar radicalmente o sistema econômico e o modo de vida. O que pode ser observado, na evolução do sistema jurídico, é um posicionamento mediano que recusa a transformação dos modos de vida e dos objetivos do sistema de produção, mas controla cada vez mais a liberdade dos operadores científicos e econômicos. Visto que as ciências nos estão governando, deve-se colocar a questão quase que institucional da organização jurídica desse governo.

9 O projeto de Carta fala da “dimensão universal da proteção do meio ambiente, patrimônio comum dos seres humanos”.

A inscrição do desenvolvimento científico no Estado de direito

Hoje, a forma do Estado de direito é condição de legitimidade política; e se a relação entre o público e a ciência encontra-se abalada, isto não se deve a um sentimento anticência, mas, ao contrário, ao fato de o público considerar as ciências como elemento importante da vida política ; então, não se admite mais que elas possam desenvolver-se seguindo a livre inspiração dos cientistas e ou de acordo com iniciativas estatais que o público não autorizou. Para terem legitimidade, as escolhas científicas devem atender, como todas as outras escolhas coletivas, as regras do Estado de direito, – não pertencem a uma esfera metajurídica ou metapolítica¹⁰.

Quero lembrar que o Estado de direito é a forma peculiar de organização política em que cada decisão implicando a coletividade deve ser tomada por instituições claramente identificadas, dotadas de competências e procedimentos de decisão precisos que permitam a expressão de todos os pontos de vista, uma deliberação livre, assim como o recurso a um juiz imparcial. Originalmente concebido para o único poder político, hoje esse modelo estende-se ao poder científico e técnico, o que requer uma adaptação das definições próprias ao Estado de direito, no que se refere à questão das ciências e técnicas. O fenômeno é observado na hierarquia das normas e direitos fundamentais (A), no reconhecimento de princípios gerais do direito próprios à matéria (B), na criação de instituições particulares (C) e talvez na reorganização da economia liberal (D).

A. Hierarquia das normas e direitos fundamentais

Em sua forma contemporânea, o Estado de direito articula a constituição e os direitos fundamentais. Se as constituições do século XVIII não ignoraram definitivamente as ciências e as tecnologias, reconhecendo a liberdade de expressão e pensamento das idéias, criando as bases das propriedades intelectuais, deixaram de lado seus riscos. As constituições mais recentes adaptaram-se, formulando o princípio da liberdade de pesquisa, limitado pela dignidade humana e o reconhecimento dos direitos do homem à saúde e ao meio ambiente. Assim, a França, muito atrasada nesse campo, visto que a constituição não fazia nenhuma referência ao meio ambiente, recuperou seu atraso assim como deveria dispor num futuro próximo, de um dos textos mais avançados nesse campo¹¹. De fato, apresenta a particularidade, diferentemente dos outros textos conhecidos, de assinalar a ausência de controle, da parte das ciências e técnicas, como uma das causas da degradação do meio ambiente e dos prejuízos à saúde humana.

10 M-A.Hermitte (dir.) : La liberté de la recherche scientifique et ses limites juridiques. Editions Romillat, Paris, 2001.

11 Projeto de lei constitucional relativo à Carta do Meio Ambiente, ver Assemblée nationale n°992, no que concerne à exposição de motivos e Projeto n°102 do Senado, adotado em 24 de junho de 2004. De agora em diante, o texto definitivo só requer uma aprovação, por via de referendun ou reunião do Parlamento em Congresso.

1) Ciências, técnicas e direito à saúde e ao meio ambiente

Sob o ponto de vista histórico, o direito à saúde apareceu primeiramente na história constitucional. O direito ao meio ambiente veio depois, embora cada vez mais ligado ao direito à saúde, como testemunham vários textos europeus¹² ou o projeto francês de Carta – “cada um tem o direito de viver em um meio ambiente equilibrado e favorável a sua saúde”¹³. A originalidade do texto francês é causada por vários fatores.

Em primeiro lugar, baseia-se na idéia de que há um destino comum para o homem e a natureza : “considerando que os recursos e equilíbrios naturais condicionaram o surgimento da humanidade ; que o futuro e a própria existência da humanidade não podem ser separados de seu meio natural”.

Em segundo lugar, o texto afirma que “a diversidade biológica, o amadurecimento da pessoa e o progresso das sociedades humanas são atingidos por certos modos de produção ou de consumo e pela exploração excessiva dos recursos naturais”, apontando para a responsabilidade dos modos de produção e de consumo. A exposição dos motivos fornece precisões úteis : “no século XIX, o homem adquiriu um poder sobre a natureza que nunca havia exercido até o presente momento e que questiona a relação tradicional que existe entre a humanidade e seu meio natural. *Progressos* tecnológicos excepcionais aliados a um crescimento demográfico sem precedente trouxeram *riscos* de exploração excessiva dos recursos e destruições irreversíveis ao patrimônio natural. As conseqüências sobre o bem-estar e a saúde das gerações presentes e futuras podem ser muito graves”. Então, o risco nasce do progresso técnico e do poder sobre a natureza, assim como é o risco que justifica a evolução do pacto republicano. O texto insiste : “o homem exerce uma influência crescente sobre as condições de vida e, conseqüentemente, sobre sua própria evolução”. Esta constatação do “efeito nefasto de certos modos de produção e de consumo sobre o meio ambiente, sobre o amadurecimento do homem e sobre o desenvolvimento qualitativo das sociedades humanas” cria um princípio de responsabilidade definido nos artigos 3 e 4.

Em terceiro lugar, o texto define que “ a preservação do meio ambiente deve-se buscar tanto quanto os outros interesses fundamentais da Nação”, o que é importante em termos da hierarquia dos valores a serem protegidos. Assim, a exposição de motivos constata que os diferentes campos da atividade humana já se beneficiam com uma proteção constitucional (liberdade de empresa,

12 CJCE 1998 « La protection de la santé des personnes relève des objectifs de la politique de la Communauté dans le domaine de l’environnement » interpretação do artigo 130 R.

13 U. Beck critica muito a falta de ambição das políticas de saúde e meio ambiente. Denuncia o fato de a ciência administrar uma **sociedade de produção da poluição** mantida dentro de limites toleráveis, sem objetivo de eliminá-la. De fato, a vontade de suprimir a poluição equivaleria a criticar globalmente a civilização técnica, em suas próprias bases. A vontade de reduzi-la continuando no mesmo sistema econômico traz “**denegações contínuas**”, que denunciam mais do que ilustram (p. 106). Consoante este autor, a conscientização em relação ao risco se deu em resposta a essas denegações (p. 127). De fato, aqueles que têm por objetivo uma eliminação do risco são raros. Assim, o sistema ALARA, que consiste em uma redução máxima das emissões suspeitas ou perigosas, compatível com a produção e custos econômicos aceitáveis, demonstra uma vontade de gestão, não de transformação dos objetivos da sociedade.

direito de propriedade, etc.), enquanto não existem “verdadeiros princípios constitucionais de direito do meio ambiente”. Então, eles serão a “terceira etapa do Pacto republicano”, depois dos direitos civis e políticos e os princípios econômicos e sociais, há de se inscrever uma “ecologia humanista” em uma Carta, “componente de um bloco de constitucionalidade, tanto por seus considerandos quanto por seus artigos, que será para o legislador uma nova referência. O respeito da Carta será garantido pelo Conselho constitucional e as jurisdições das duas ordens”.

Conseqüentemente, o texto constitucional foi adaptado à “sociedade do risco”, na qual as ciências e as técnicas produzem riscos específicos que implicam novos direitos fundamentais e sobretudo uma nova hierarquia dos valores. Ao contrário, a questão das limitações no que concerne à liberdade de pesquisa, embora de atualidade, não foi abordada.

2) Das limitações jurídicas à liberdade de pesquisa

Para dominar os efeitos negativos dos desenvolvimentos científicos e técnicos, há de se intervir muito antes. Ora, as primeiras constituições datam de uma época em que a filosofia iluminista, que libertou a ciência do controle da religião, não proclamou nem o princípio da liberdade da pesquisa, nem limitou essa liberdade. Foi depois da participação dos cientistas aos crimes da segunda guerra mundial que constituições, entre as quais a Lei fundamental alemã é o modelo, enunciam um princípio de liberdade da pesquisa e o limitam, referindo-se à dignidade humana.

Essa inscrição à ordem jurídica só se tornará um verdadeiro desafio no momento do desenvolvimento das biotecnologias e o surgimento de resistências em relação a certas escolhas científicas. Assim, de acordo com a exposição dos motivos do Projeto de Carta, o sexto considerando do Projeto “Que a preservação do meio ambiente deve-se buscar tanto quanto a outros interesses fundamentais da Nação” tem por objetivo conciliar os interesses do meio ambiente com outros valores já protegidos, entre os quais o “potencial científico”. A necessidade de conciliação mostra de forma implícita que os interesses podem ser divergentes, o que vai contra a idéia de neutralidade científica. Conseqüentemente, as escolhas científicas poderiam, de forma rápida, ser feitas em relação com um objetivo de proteção do meio ambiente¹⁴.

B. Dos princípios gerais do direito relativos ao direito do risco

Nascidos no âmbito do direito do meio ambiente, vários princípios específicos podem finalmente aplicar-se também no campo do direito da saúde. Ora, o denominador comum dessas

14 “O relatório dos resultados científicos quanto a suas aplicações práticas, até aqui negligenciadas no campo da filosofia das ciências, tem uma importância central e participa da formulação das hipóteses”, daí a importância do que é socialmente aceitável na definição dos objetivos de pesquisa, U. Beck p. 364.

duas vertentes do direito é o conceito do risco. Desta forma, esses princípios hão, de forma mais ampla, de ser ligados à vontade de limitar os riscos graças a suas avaliações e gestões. Mencionaremos quatro deles, sem que isto seja exaustivo.

1) O princípio da vigilância

Nos embasamentos da sociedade do risco encontra-se a necessidade de uma vigilância cuja natureza jurídica ainda é incerta. Pois se os sistemas de vigilância são numerosos, impondo-se tanto às instituições públicas quanto aos operadores privados, a vigilância não chega à altura de um princípio geral do direito positivo. Existem inúmeras obrigações a apresentar, frente à comunidade internacional, tais como relatórios sobre o estado da diversidade biológica, sobre o estado das populações de uma ou outra espécie animal, sobre a quantidade de emissão de gás de efeito estufa, etc. Frequentemente, essas obrigações implicam uma cooperação entre os Estados e os operadores privados, os emissores de gás, por exemplo. Elas têm funções jurídicas importantes. De um lado, a legalidade das atividades e implantações será avaliada em relação a um dado estado do meio ambiente; por outro, a evolução desses sinais poderá assinalar um potencial perigo.

2) O princípio da precaução

A sociedade do risco introduziu, entre os dois pólos da previsibilidade e da imprevisibilidade, características da simples causalidade dos modernos, aquelas da incerteza científica e da perplexidade. Esse terceiro pólo, marcado pela existência de controvérsias encontra-se, em direito, no domínio do princípio da precaução e, consoante U. Beck¹⁵, é a marca da pós-modernidade. No direito europeu, a questão Alparma permitiu a definição desse tipo de risco controvertido, que seria o próprio do princípio da precaução ... Trata-se do que, “sem ser fundamentado sobre simples hipóteses não verificadas cientificamente, não foi totalmente demonstrado”. Então, neste contexto, a noção de risco corresponde a uma “probabilidade dos efeitos adversos... a avaliação dos riscos tem como objeto a avaliação do grau de probabilidade dos efeitos adversos ... e da gravidade dos potenciais efeitos”. Em sua versão moderna, a sociedade do risco espera que as provas científicas da periculosidade sejam conseguidas graças à experiência, o que leva Beck a dizer que todos nós somos cobaias, objetos de experimentação do coquetel de produtos que se encontram no mercado (p. 126).

O princípio da precaução procura instituir procedimentos que permitem elaborar uma decisão racional na fase de incertezas e controvérsias, de forma a diminuir os custos sanitários dessa experimentação geral. A racionalidade da decisão vai depender da resposta satisfatória a um conjunto de exigências precisas, trabalhadas na jurisprudência. A mais forte é a exigência de uma *avaliação científica dos riscos*¹⁶ que antecede toda e qualquer decisão política, elemento de sua

15 O modelo iluminista em que a ciência duvida de si mesma dentro de sua própria esfera, enquanto é autoritária por fora, está abalado, p. 342.

16 A avaliação é definida como “o processo científico que consiste em identificar e caracterizar um peri-

legalidade. Por sua vez, essa avaliação deve atender exigências precisas : os dados sobre os quais ela se baseia não de ser os “melhores dados científicos disponíveis” (Alpharma), ou os “mais recentes resultados da pesquisa internacional”; as opiniões devem basear-se nos “princípios de excelência, de independência, de transparência e de objetividade” (Alpharma). Essa fase é essencial, conforme o mostra a jurisprudência europeia que exerce seu controle sobre a regularidade do funcionamento dos comitês científicos de avaliação, a coerência interna das motivações das opiniões e, sobretudo, a ligação entre as constatações científicas e as conclusões feitas (Artedogan). Conseqüentemente, a comissão de avaliação deve indicar as fontes sobre as quais ela se baseia e precisar, em caso de divergência significativa¹⁷, as razões de suas divergências conclusivas com os relatórios periciais produzidos pelas empresas (Artedogan). Assim, a sociedade do risco está produzindo procedimentos precisos, típicos da fase de perícia que precede a decisão política.

Essa fase científica, que permite diferenciar o certo do incerto, é acompanhada por uma decisão política que depende do poder discricionário das autoridades públicas : o poder público há de escolher o nível de risco e as conseqüências decorrentes das avaliações científicas, exceto se no momento dessa operação um erro manifesto de apreciação acontecer. Caso isso ocorra, deve desprender-se da parte puramente científica da apreciação para realizar uma análise dos interesses em causa e recolocar a decisão em seu contexto geral¹⁸. No momento dessa mesma decisão, ele não poderia acompanhar sistematicamente as opiniões das comissões científicas, para poder respeitar outros princípios, por exemplo, o princípio da proporcionalidade que permite uma medição da reação à ameaça, conforme sua identificação num dado momento¹⁹, o princípio da coerência que permite tratar situações similares de forma similar.

A importância do princípio da precaução não está ligada somente ao conteúdo do princípio, independentemente de sua importância, mas também a sua capacidade de levar, de forma lógica, a outras regras. Assim, junto com o princípio da precaução, jurisdições incluíram uma obrigação de acompanhamento dos produtos potencialmente perigosos. De forma mais indireta, o princípio da precaução²⁰ conforta avanços políticos, elaborados fora do direito do risco. É o caso dos princípios de informação e de transparência.

go, avaliar a exposição e caracterizar o risco”, Alpharma pt.169.

17 A encenação das controvérsias encontra-se no centro do sistema, tratando-se da legalidade das avaliações de riscos que o conjunto das hipóteses deve apresentar (Artedogan) ou da apresentação para o público. Assim, o TGI de Carcassone pode caracterizar o delito de engano quanto às qualidades substanciais de uma mercadoria e de publicidade enganosa sobre sementes contendo uma taxa mínima de OGM, enquanto suas purzas genéticas eram elogiadas nas propagandas : “considerando a acuidade do debate sobre as características genéticas da soja, seria ridículo achar que uma empresa especializada não tenha percebido a importância e o sentido que a conjunção das palavras pureza e genética teria na decisão de compra de seus clientes”, estando na propaganda.

18 C.Noiville, *Du bon gouvernement des risques*, op.cit.

19 Por exemplo, no momento dos primeiros sinais de alerta sobre um produto, a reação proporcionada pode limitar-se à implementação de uma vigilância científica, assim como um programa de pesquisa e de acompanhamento da questão.

20 Por exemplo, o seguimento dos bovinos foi uma condição imperativa do fim do embargo sobre a carne inglesa ou portuguesa, assim como a retomada de livre circulação das mercadorias.

3) Os princípios de informação e de transparência

Distinguiremos a informação e a transparência, embora sejam freqüentemente confundidas. A informação é um conceito claro pois designa a transmissão de um dado. De forma geral, o direito à informação entra em choque com o direito ao segredo, independentemente da natureza da informação e da pessoa que a possui. A constante extensão do direito de informação passa por um aumento do número de informações que, em virtude da lei ou da jurisprudência, não de ser disponibilizadas para as pessoas interessadas : ao contrário, o confronto entre informação e segredo continua relativamente estável. Entretanto, em campos mais particularmente sensíveis, informações que outrora poderiam ter sido encobertas pelo segredo dos negócios são, de agora em diante, divulgadas, o que pode criar problemas. Por exemplo, a divulgação obrigatória da localização dos campos experimentais de plantas geneticamente modificadas facilita certamente sua destruição.

Tradicionalmente, os cidadãos têm acesso aos documentos administrativos e, como co-contratantes, beneficiam-se com múltiplas obrigações de informação que se tornaram clássicas no direito das obrigações. Além do mais, as obrigações legais de informação que pesam sobre as empresas privadas desenvolveram-se de forma considerável, nos mais diversos campos. Por exemplo, a medida francesa que organiza o mercado das quotas de gás de efeito estufa prevê a divulgação do plano nacional de alocação das quotas entre as empresas, assim como o nome das empresas que ultrapassam suas quotas, o que permite tanto recursos na justiça, como também ações de boicote.

Conseqüentemente, a divulgação de informações persegue múltiplas funções: trata-se de uma ferramenta de gestão dos riscos, seja de forma individual (etiquetagem dos produtos alergênicos, por exemplo) ou coletiva (ações de boicote) e particularmente de escolha em correr ou não um risco (etiquetagem dos OGM, divulgação dos locais de aterramento de lixo, etc.).

A transparência designa mais a característica geral de um sistema que organiza o acesso a algumas informações para fins políticos. A transparência parece ser uma condição necessária, cujo intuito é de tornar os riscos aceitáveis, visto que ela permite a discussão e, enfim, a participação do público no momento da decisão. Informação, transparência e participação do público constituem, nos casos mais avançados, um tríptico que muda o conteúdo do direito. É o que se constata com o tratamento da questão dos OGM na Europa. Após um período em que as biotecnologias tentaram impor-se pela força, de agora em diante, as autoridades comunitárias procuram estabelecer o novo princípio da coexistência das culturas. Se o projeto for levado até seu fim, será, sem dúvida, a primeira vez que uma desconfiança do público em relação a um modo de produção técnica acabará em confinamento voluntário, o que permitiria, pelo menos num primeiro tempo, abrir um espaço para cada modo de produção.

C. A criação de instituições próprias para o direito do risco, uma reforma do Estado

A preocupação em limitar a extensão dos danos, que só aparecem a longo prazo, assim como a vontade de melhor escolher os caminhos científicos e técnicos que estruturaram as formas de viver, forçam a implementar instituições que avaliam o tempo todo o estado da natureza (vigilâncias) e o estado dos conhecimentos e das técnicas. As múltiplas comissões e institutos especializados são encarregados dessa tarefa. É preciso ter essas ferramentas técnicas, mas também encontrar uma boa articulação entre suas competências e aquelas das instituições encarregadas da decisão política: a partir das avaliações científicas, devem conservar uma total autonomia de escolha para hierarquizar os interesses.

Duas funções surgem dessas inovações institucionais. A primeira é sobretudo científica ; trata-se de avaliar riscos e vantagens, separando claramente o certo do incerto. Ligada à segurança das pessoas e dos bens, essa função que não pára de crescer estava originalmente sob a responsabilidade dos serviços do Estado. Isto teve como resultado um aumento considerável do tamanho do Estado. Ora, se o público deseja a independência do pessoal encarregado dessa função, sua implementação pelos serviços centrais não convenceu. Criticou-se tanto uma falta de eficiência, competência quanto uma falta de independência, o Estado sendo acusado de ser sensível demais aos interesses econômicos das empresas.

Atualmente, a tendência é de separar essas tarefas das administrações centrais para confiá-las a Agências que, embora sendo estabelecimentos públicos sob a tutela de vários ministérios, são independentes, a princípio, tanto do Estado quanto das empresas. Na realidade, a independência da avaliação científica tornou-se um princípio geral do direito, como o demonstrou a decisão Alpharma que estabeleceu que um comitê como o comitê permanente da alimentação animal, composto por representantes dos Estados-Membros votando de acordo com a maioria qualificada : “qualquer que seja a qualificação profissional dos seus membros, o comitê permanente há de ser considerado como um órgão político representando os Estados e não como formando uma opinião científica segundo os princípios de excelência, de transparência²¹ e de independência” (pt.232 e seguintes). Entretanto, a independência dos peritos, ponto crucial, está fora de alcance. Uma primeira dificuldade pode ser facilmente resolvida, – trata-se da escolha da tutela: uma agência da alimentação submetida à tutela única do Ministério da Agricultura continuará sob pressões dos lobbies agrícolas, mesmo se o seu diretor não for revogável pelo ministro. A mesma agência, submetida à tripla tutela da agricultura, da saúde e dos consumidores terá mais chance de trilhar seu próprio caminho. Entretanto, isto não é suficiente. Ainda é preciso saber como as pessoas são nomeadas, como suas carreiras são decididas, quais são os laços dos peritos com a indústria, etc.

As oficinas parlamentares e os comitês de ética assumem funções diferentes. Se, as vezes, avaliam algumas técnicas ou pesquisas, agem sobretudo como transmissores entre três mundos,

21 Entre outros, porque a análise dos elementos científicos sobre os quais fundamenta sua análise não foram publicados.

o dos poderes científicos e econômicos, o do poder político e o dos cidadãos. Seus relatórios dão explicações para que os governos entendam as escolhas possíveis, assim como dão os argumentos que vão apoiar esta ou aquela solução.

No momento da fase de decisão, a organização política tradicional recupera suas características clássicas : é o poder político que decide, escolhendo o “nível de risco aceitável para a sociedade que terá de suportar esse risco”, decisão discricionária tomada por uma instância distinta daquela que avaliou o risco, o que cria uma espécie de separação dos poderes, típica do direito do risco.

O conjunto dessas evoluções está desenhando um Estado cujos poderes de vigilância sanitária e ambiental estão expandindo-se. Trata-se de um Estado profissional e técnico, tendo que viver permanentemente em situação de vigilância e de reação rápida, um tipo de estado de exceção permanente que se tornou o modo de ser dos sistemas políticos contemporâneos. O resultado disto são transformações importantes do direito da responsabilidade administrativa, os Estados sendo responsáveis pelos erros cometidos no âmbito dessa atividade regulamentar²² e também penal, os responsáveis políticos podendo ser acusados, em alguns sistemas jurídicos, de homicídios involuntários se não agiram apesar de possuírem informações científicas suficientes para fazê-lo²³.

A inesperada irrupção dos governados

Quaisquer que sejam as precauções, há um momento em que é preciso decidir correr o risco ou não. Então, quem decide e segundo qual procedimento? A princípio o esquema que acaba de ser descrito precisa os procedimentos que os poderes públicos e os operadores privados hão de seguir, embora não mude a natureza da decisão. Os operadores privados gozam de uma liberdade de lançamento no mercado, baseada no princípio do livre empreendimento e os poderes públicos tomam as decisões de enquadrar essa liberdade. Em seguida, os consumidores escolhem de forma mais ou menos livre e mais ou menos consciente o que eles vão consumir. À prova das incertezas, das controvérsias, dos danos posteriores e dos riscos coletivos dos quais os indivíduos não têm como escapar, este sistema, no qual o lugar dos governados é mínimo, emperrou. Se as coisas forem incertas e controvertidas de forma duradoura, a ciência não pode mais desempenhar o papel da verdade, baseando de forma unívoca a decisão política racional, diferentes disciplinas científicas vão fornecer argumentos, podendo trazer interpretações e controvérsias²⁴. Se houver

22 C.Noiville, op.cit.

23 M-A.Hermitte : La responsabilité pénale des hommes politiques dans la conduite des affaires techniques, Numéro spécial des Petites Affiches, novembro 2000, in La responsabilité des professionnels.

24 A.Roy :

necessidade de correr riscos²⁵, então, sem dúvida, as potenciais vítimas podem opinar. Governar a técnica e os riscos induzidos por ela equivale a definir honestamente os termos do debate como é conhecido, os desafios, as opções, quem ganha, quem perde, para poder escolher o ponto de conciliação entre os interesses presentes. A questão é saber se o esquema político da conciliação dos interesses, a princípio reservado aos governantes, pode, na lógica do direito da informação e da participação, aceitar os governados. A primeira possibilidade de resposta vem precisamente da qualidade de vítima.

A) As associações de vítimas

De fato, U. Beck queria saber se as *vítimas*, atuais ou potenciais, poderiam ser o novo sujeito político. Ele ficou duvidando disso, constatando que, se “as ameaças crescem, elas não são objeto de uma *reformulação política*”, e “é difícil estabelecer o tipo de política e instituição política capaz de fazê-lo” (p.88). Ele afirmava que a **natureza do sujeito político** da sociedade do risco permanece escondida: a sociedade de classes e a luta das classes, consoante ele, não poderiam ser substituídas por uma sociedade civil organizada sob a forma de uma sociedade de vítimas. Conseqüentemente, a iniciativa política se encontraria nas mãos de todo o mundo e de ninguém, pois a implicação de cada um seria parcial. Ora, parece que um sujeito político há de ser determinado, pelo menos estável em seu conceito, como foi o caso das classes sociais. Então, “todo o mundo”, como vítima potencial, não poderia tornar-se sujeito político, pelo simples fato que esse potencial tem caráter aleatório.

Entretanto, é o que parece acontecer sob a forma de sujeitos políticos volúveis, no tempo e no espaço, constituídos *ad hoc*, no intuito de responder a um problema preciso, mas capazes de perenizar-se. No que concerne a um número de casos significativos, as associações obtiveram modificações importantes do direito, seja pelo viés do juiz, seja pelo viés do legislador. Assim, elas não participam no sentido de estar decidindo no lugar dos governantes, mas exercem uma importante influência em relação ao conteúdo da decisão a ser tomada. Essa influência é o sinal de seu surgimento como sujeito político.

Certamente, as associações de vítimas agem *a posteriori*, após o estrago; o mecanismo é defensivo, voltado para a indenização, que os deixa, na maioria dos casos, em situação de governados. Elas saem dessa posição somente nas hipóteses em que elas pedem ao juiz o reconhecimento de um direito que o direito positivo não reconhece. Foi o caso das vítimas do amianto em vários países ou dos primeiros fumantes a terem sido indenizados nos Estados Unidos.

Todavia, mesmo depois de ter conseguido a indenização, uma parte dos associados permanece ativa para obter uma modificação do direito ; progressivamente, as vítimas do amianto obtiveram a supressão do amianto em vários países, supressão que a Organização Mundial do Comércio reconheceu como legítima e em relação à qual ela fiscaliza as condições de retirada. Frequentemente, observa-se que as associações começam por lutar contra um Estado, pelo menos para obter sua condenação, para depois associarem-se com ele no intuito de realizar um tipo de

25 C.Noiville, op.cit. p.38

co-gerenciamento do risco ; na França, pode-se citar a Liga contra a violência nas estradas que tem por tarefa a realização de uma pressão sobre a segurança dos automóveis (tanto no que concerne aos equipamentos quanto às limitações de velocidade).

O governado, preso entre o defensor e o lobista, permanece à margem do sistema, visto que sempre precisa ser reconhecido pelo governante. Isto não acontece mais em figuras novas, que vão de participações organizadas por lei a conferências de cidadãos.

B) O desenvolvimento das Conferências de cidadãos

Quaisquer que sejam as limitações do exercício democrático, só se pode constatar a multiplicação das formas associativas entre governantes e governados. Pesquisas de “democracia sanitária”, “democracia de proximidade” e formas diversas de consulta ao público tentam transpor o afastamento do governado, por parte do sistema representativo²⁶. A maneira mais bem acabada parece ser a Conferência dos Cidadãos, inventada na Dinamarca. Essas conferências, a princípio reunidas após iniciativa dos poderes públicos nacionais, poderiam muito bem ser locais ou internacionais (acontecendo ao mesmo tempo em vários países de acordo com uma metodologia única, para permitir comparações).

O procedimento, que pode variar de um país para outro, deve ser fixado com grande precisão para evitar manipulações. Isto implica a implementação de um grupo de controle que possa decidir o tipo de informação e o conteúdo da formação que serão dados aos cidadãos, assim como sua duração (a princípio vários finais de semana, pois a duração, a seriedade e a serenidade da formação são elementos fundamentais para o êxito). O painel de cidadãos há de ser escolhido ao acaso, para evitar que indivíduos particularmente motivados se candidatem, mas respeitando o equilíbrio das categorias representadas (sexo, raça, idade, simpatias políticas, níveis socioeducativos, etc.). Após o período de formação, o painel de cidadãos escolhe a trama dos assuntos que parecem precisar de um debate contraditório e convidam peritos, políticos, ONG, industriais, para debater e trocar argumentos com o público. Depois dessa fase de debates, o painel de cidadãos redige suas recomendações e as leva para o conhecimento do político.

Chamadas de conferências de consenso, de cidadãos, *publiforuns* ou *public comments*, essas tentativas perseguem o mesmo objetivo: chamar a atenção do poder público sobre o que pensam cidadãos quando são informados corretamente e quando colocados em situação de se questionarem quanto ao interesse geral.

Outras fórmulas, mais discutíveis, estão para surgir. Não se trata mais de uma iniciativa dos poderes públicos, mas, ao contrário, de iniciativa privada, geralmente vinda de um grupo de pressão descontente depois de uma decisão do poder público. Na França, uma experiência desse tipo foi conduzida quanto à utilização dos embriões humanos como fontes de células-tronco, organizada por

26 P.Rosanvallon : La démocratie introuvable,

uma associação de doentes, preocupados em defender seus “direitos de pesquisa”. Obviamente, o resultado foi favorável à utilização dos embriões. Iniciativa semelhante foi lançada nos Estados Unidos por grupos de luta contra o diabetes, no intuito de conter a decisão do Presidente Bush que queria limitar o financiamento público nas pesquisas sobre as células-tronco de embriões. Um abaixo-assinado circulou na Califórnia – conforme permitido pela lei – afim de submeter aos eleitores o voto de uma medida visando a um financiamento, pelo Estado, dos projetos nesse campo, num valor de 295 milhões de dólares, durante 10 anos. Isto é uma novidade nos Estados Unidos. Essas experiências que levam ao conhecimento do ponto de vista das partes implicadas, obviamente nada têm a ver com as conferências de cidadãos, estes sendo escolhidos justamente por causa de uma ausência total de interesses ou de ligações com o assunto em debate.

Conclusão

Assim, é possível, a partir de um trabalho de sociologia política um tanto antigo, avaliar a pertinência do conceito de “sociedade do risco” frente às transformações que nossa sociedade, como sociedade científica e técnica, provocou na ordem jurídica. Nesta análise há de se mencionar a ausência de um importante componente, aquele que afeta a transformação jurídica do sistema do livre empreendimento. Acostumados a opor os sistemas de planificação com o livre empreendimento, nós não estamos conseguindo enxergar a dimensão da transformação que está acontecendo. De fato, o poder de segurança sanitária e ambiental, que inclui a regulamentação das matérias-primas que se tornaram raras, transformou de maneira profunda o quadro jurídico da produção. Obviamente, não se trata de planificação, mas de regulação dos recursos raros, desde a atmosfera até as ondas hertzianas. Evidentemente, o sistema é capitalista, mas as tentativas de regulação dos mercados pelo sistemas de quotas são numerosas, como também os mecanismos de regulação do acesso aos mercados pelas autorizações de comercialização, e a normalização técnica está por toda parte.



Governo dos Riscos



CAPÍTULO 2

O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico

Christian Guy Caubet

O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico

Christian Guy Caubet¹

O objetivo desta apresentação é de esboçar algumas dimensões político-ideológico-jurídicas da abstração chamada *sociedade de risco*. Essa terminologia recente não é fruto de geração espontânea. Nas ciências humanas e sociais, nada é fruto de geração espontânea. Tudo resulta de relações sociais, de percepções de problemas socialmente determinadas, às quais o Direito pode atribuir ou não conseqüências específicas.

A referência *sociedade de risco* é obra de Ulrich Beck, sociólogo alemão contemporâneo que deixa explícito, em sua obra-marco sobre o tema, que não faz um trabalho de sociologia: “Esses desenvolvimentos não possuem o caráter representativo ordinariamente imposto pelas regras da pesquisa sociológica empírica. Mas o objetivo é outro: trata-se de eliminar do campo de visão o passado que *ainda* impera e de substituí-lo pelo *futuro* que, já hoje, *começa a tomar forma*”².

À diferença dele, esta exposição tratará de evocar fenômenos concretos, fatos e comportamentos de natureza sociológica, para esboçar alguns traços característicos do risco, no mundo real e no mundo jurídico.

I. Era uma vez uma sociedade sem risco?

Era uma vez uma sociedade sem risco e com responsabilidade. O princípio da responsabilidade civil é (era...) o corolário do fato de que a vida humana se processa em sociedade(s) e que um contrato social produz diversas conseqüências. A exigência de um mínimo de relações sociais garantidas conduziu a proclamar nos textos básicos da lei e a implementar nas decisões de jurisprudência, o princípio da responsabilidade civil. Todo fato humano, por ação ou omissão, que causa um prejuízo a outrem, obriga o responsável a reparar, indenizar, substituir, compensar, restabelecer o *statu quo ante*. A responsabilidade, primeiro concebida como sanção de uma falha pessoal, dava-se por culpa ou por dolo. A intenção do culpado devia ser considerada. A evolução da natureza das atividades incrimináveis e dos prejuízos efetivos levou a admitir a responsabilidade sem culpa, dita objetiva. Nesse caso, não há mais necessidade de comprovar a culpa do responsável, desde que estabelecidos o prejuízo e o nexo de causalidade entre ele e o agente que o provocou.

1 Professor Titular do Departamento de Direito da UFSC. Pesquisador I.A. do CNPQ.

2 BECK, Ulrich. *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*. Paris : Flammarion. 2001, p.20.

Hoje em dia, o princípio da responsabilidade sem culpa do autor do dano está consagrado na lei. É o texto “constitucional” de fundação do Meio Ambiente, no Brasil, a Lei 6938/81, que afirma o princípio da responsabilidade ambiental objetiva, ao enunciar em seu art. 14 §1 que o poluidor é “obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade [...]”

Proclamar e implementar a obrigação de indenizar, nos casos em que se verifica um prejuízo, *em todos os casos em que se verifica um prejuízo*, não constitui uma garantia de que os acidentes não existirão. Mas sem dúvida alguma constitui uma ameaça para a integridade futura do patrimônio de quem expõe terceiros às conseqüências danosas de suas ações. Em outras palavras: não adiantaria muito construir e constituir para si um patrimônio, às custas de danos ocasionados a terceiros, identificados estes de maneira singular ou coletiva. Um patrimônio constituído nessas condições poderia ser retransferido para terceiros, prejudicados pelas condições de sua constituição. Não adiantaria muito fazer isso na sociedade tradicional, mas na sociedade de risco, adianta. Nessa sociedade, existem muitas maneiras de suprimir a obrigação de indenizar, a começar pela tentativa de negar a possibilidade dessa indenização, seja qual for o prejuízo futuro. Bom exemplo dessa atitude foi recentemente fornecido pela decisão presidencial, no Brasil, de suprimir a obrigação de responsabilidade, num texto com valor legislativo que é relativo a um assunto polêmico, justamente pelo potencial de riscos que apresenta para o futuro.

O texto da Medida Provisória 131 estabelece normas para o plantio e a comercialização de soja transgênica da safra 2003/04. Foi publicado no Diário Oficial da União, de 16/12/2003. O texto foi assinado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que vetou o parágrafo que responsabilizava as companhias detentoras da tecnologia da semente de soja por eventuais danos ao meio ambiente e a terceiros. Dito parágrafo havia sido acrescentado à Medida Provisória na Câmara dos Deputados. O texto original da Medida Provisória (MP) estabelece a responsabilidade exclusiva dos produtores por eventuais danos gerados pela soja geneticamente modificada. Seria o princípio Plantador-Poluidor-Pagador.

A sociedade Monsanto - proprietária da patente da soja transgênica *Roundup Ready* - divulgou um comunicado no mês de novembro de 2003, quando a MP ainda estava em discussão no Congresso. No texto, afirmava aceitar a responsabilidade por eventuais danos desde que fosse remunerada pelo produto e *que* ele fosse utilizado de modo adequado. “É importante esclarecer que a empresa assumirá a responsabilidade, de acordo com a lei, sobre eventuais riscos ao ambiente ou à saúde sempre que seus produtos estejam sendo utilizados de forma recomendada e correta, bem como remunerada de acordo com seus direitos de propriedade intelectual”, diz o presidente da Monsanto do Brasil, Rick Greubel, no comunicado. “A empresa não pode assumir responsabilidade pelo uso inadequado ou ilegal de seus produtos”.

Pode-se dizer que a Monsanto fazia seu lobby e dava suas orientações para a elaboração de uma lei *ad hoc*, derogando o direito comum da responsabilidade e para seu benefício próprio e exclusivo. Responsabilidade? Sim. Mas a redação do texto da lei deveria deixar claro, mesmo que de maneira implícita, a existência de um monopólio da Monsanto: é a Monsanto a dona da marca.

A Monsanto também induzia a possibilidade de processos sem possibilidade de solução, ao afirmar que o produto deveria ser usado “de modo adequado”; era o mesmo que dizer que ela, a Monsanto, deveria dar um atestado de boas maneiras de uso a todo e qualquer usuário de seu produto. Ora, quem conhece as práticas dos vendedores e compradores de venenos agrotóxicos, notadamente as recomendações que formulam nos produtos fabricados, vendidos e comprados, já está ciente da impossibilidade prática de respeitar as condições de “uso adequado”. Esse tipo de problema poderia receber uma solução adequada se, por exemplo, a Monsanto ou a Cargill ou outras estabelecessem que só aceitam vender seus produtos aos usuários que elas tivessem expressamente credenciado para o uso ou plantio ou aplicação etc. de seus produtos, por garantirem (elas, as empresas) que essas pessoas estariam capacitadas para fazer um “uso adequado”. Mas essas firmas ainda não formularam esse tipo de exigência e é muito provável que não o formulem nunca.³

Nesse episódio, fica óbvio que a garantia contra os riscos, formulada como obrigação de indenizar os prejuízos eventuais e futuros, é percebida como uma ameaça pela autora de um empreendimento denunciado, pela *vox populi* e pela *vox scientiae*, como apresentando riscos, inclusive porque já existem provas de prejuízos devidos ao plantio de transgênicos. Pode-se acrescentar que, *inversamente*, a supressão da obrigação de indenizar, de garantir contra o risco constitui uma nova modalidade de desapropriação dos não-detentores do capital e de ampliação da natureza do capital. A concentração do capital também vai efetuar-se pelo fato dele diminuir as oportunidades em que ele seria *desperdiçado* em indenizações. Essa concentração, no entanto, adquire *ipso facto* dimensões estruturais: as oportunidades em que poderá haver prejuízo por causa de sementes transgênicas apresentam um potencial tão imenso como a imensidão do potencial de riscos na sociedade de risco. Este é o motivo essencial pelo qual a sociedade de risco, como conceito, introduz uma dimensão de irresponsabilidade estrutural e estruturante das relações sociais.

I. Se falar muito em exceções, elas se tornam rotinas.

A noção de risco que está em análise não possui o sentido trivial de algo indesejável, suscetível de produzir-se e de acarretar alguns dissabores ou conseqüências desagradáveis para uma pessoa ou um pequeno grupo. A noção de sociedade de risco refere-se a conseqüências tão amplamente catastróficas, que não se vê como indenizar as vítimas ou voltar ao *statu quo ante*. Os danos provocados são imensos, difusos e cumulativos. Em função de cinco tipos principais de causas, os riscos podem ser ditos: 1) tecnológicos; 2) industriais; 3) sanitários; 4) naturais ambientais; 5) políticos; ou seja:

³ Reuters: MP da soja transgênica é sancionada com veto.
<http://noticias.terra.com.br/ciencia/biotecnologia/interna/0,,OI235883-EI1434.00.html>
 Consulta em 16 de dezembro de 2003, 11h18 .

- 1) novas tecnologias industriais aplicadas em ampla escala geográfica e social;
- 2) conseqüências, especialmente ambientais, do uso de novas tecnologias; e todas as realizações humanas com amplo impacto ambiental;
- 3) contextos sanitários específicos (novos riscos para a saúde; novas doenças ou afecções) ou globais: epidemias e pandemias;
- 4) ocorrências naturais com amplo impacto social: inundações; tufões; secas; chamadas de catástrofes naturais;
- 5) incidência de fenômenos ligados ao terrorismo político.

Os riscos naturais ou oriundos de ocorrências de natureza ambiental são objeto de estudos específicos e podem mobilizar meios sociais de vulto, como os que são afetos às intervenções da Defesa Civil. Certos riscos dessa categoria são provocados unicamente por causas naturais agindo sem nenhum controle, como ciclones, maremotos ou tempestades. Outros, ao contrário, podem ter origem natural, mas ser ampliados por ações humanas, como as enchentes ou a desertificação.

Os riscos políticos formam uma categoria tão específica que não há como encontrar denominadores comuns suficientemente convincentes para tratar seu caso com as outras quatro modalidades, supra enunciadas. Os ataques de 11 de setembro de 2001 em Nova Iorque só começam a aparecer como riscos, no próprio instante em que ocorrem. É a partir da primeira ocorrência que se percebe que poderá haver outras e que, portanto, há um risco em viver em determinadas sociedades ou em ter determinado modo de vida, em função de outras sociedades ou grupos, com outros modos de vida, que configuram risco permanente para a integridade do primeiro grupo. Esse tipo de risco pode ser suprimido por decisões políticas que satisfaçam os autores dos ataques ou atentados. Após os atentados de Madri, em 11 de março de 2004, as autoridades espanholas retiraram suas tropas do Iraque e essa decisão importou na cessação do tipo de risco atentado para a Espanha, em relação a terroristas com convicções do tipo das que movem Ossama bin Laden; mas não em relação aos da organização ETA – Pátria Basca e Liberdade.

Não há como colocar no mesmo tipo de análise esses riscos políticos e os das outras categorias. Não há como postular que grupos sociais agredidos, especialmente quando constituídos como Nações-Estados, não deverão reagir em caso de agressão. O fato de que a reação se manifeste com um tipo de resposta chamado terrorismo não constitui um novo tipo de risco, nem mesmo político. Nos casos de guerra, incluindo a guerra travada na modalidade de terrorismo, as decisões políticas aparecem como sendo diretamente a causa do fenômeno. Os demais tipos de risco independem de decisões políticas diretas ou deliberadamente afirmadas como decisões de caráter político.

Nos três primeiros tipos de risco, constata-se que diversas atividades consideradas lícitas engendram, com uma regularidade estatística, conseqüências danosas sem proporcionalidade com

suas causas aparentes e sem cura. Quando a usina de Bophal, na Índia, soltou sua nuvem letal e matou milhares de pessoas, o que mais se percebeu foi a desproporção entre a causa efetiva dos danos e sua extensão catastrófica. O mesmo ocorre com assuntos de natureza dita tecnológica ou sanitária. A redução dos controles veterinários, no Reino Unido ultraliberal da Primeira Ministra M. Thatcher, é uma das causas essenciais do surgimento da “doença da vaca louca”, que provocou a morte de diversas pessoas e acarretou perdas econômicas incalculáveis.

Em todos esses casos, inclusive os de natureza política, não se evocam pequenos riscos sem importância, porém acontecimentos tão amplamente catastróficos que não se vê a possibilidade de corrigir, reparar, indenizar, reconstituir. Mas faz apenas cerca de vinte anos que se fala em sociedade de risco. Antes disso, a sociedade enfrentava a noção de risco com as de garantia e de responsabilidade. Com a noção de sociedade de risco, passou-se a enfrentar o risco como um produto natural e imanente das relações sociais, sem o direito automático ao ressarcimento de seus danos, que existia antes da divulgação da noção. Nosso discurso, ao formular diversas indagações sobre o risco, faz do risco uma referência válida do discurso. Esta referência constante, com conteúdo variável e por isso mesmo indefinido, constitui o risco em categoria lícita e legítima do discurso. Um elemento cultural passa a ser naturalizado e considerado normal, quando poderia ter sido rechaçado e constituir um verdadeiro tabu; da mesma maneira como a garrafa de Coca-Cola, na narração cinematográfica “Os deuses devem ter ficado loucos”, passa a ser o símbolo do Mal. Neste caso, os homens que lidam com a Garrafa definem uma relação de expulsão do Mal, para fora de seu convívio, e perseguem esse objetivo. Diferentemente, as sociedades industriais passaram a internalizar de tal maneira os riscos que elas produzem, que decidiram conviver com eles, aplicando-lhes as concepções tradicionais determinadas pela ideologia dominante e realizando sua gestão em uma perspectiva capitalista trivial, de privatização de lucros e de socialização dos prejuízos, como foi ilustrado supra.

III. Acatar ou enfrentar o risco?

A questão do risco refere-se, portanto, a fenômenos, fatos, opções, decisões que, após terem sido escolhidos como solução para problemas estruturais das sociedades industriais, se apresentam como graves ameaças sociais em razão das conseqüências coletivas inesperadas engendradas por sua própria estrutura ou constituição. Nesse contexto, não há como evitar a indagação acerca da compatibilidade da sustentabilidade do desenvolvimento com a presença de riscos que ameaçam a própria sobrevivência do conjunto dos seres vivos ou de grupos imensos.

O uso da energia atômica apresenta-se como o exemplo mais visível e que mais parece ter chamado a atenção de Ulrich Beck. Este acrescenta os produtos e as condições de funcionamento da indústria química e de todas as opções que se tornam ameaças, apesar de só terem sido concebidas, inicialmente, como maneiras de resolver problemas. Produzir energia a partir da

desintegração do núcleo atômico é uma opção que foi valorizada em diversos países, em particular na França, muito carente de opções para seu descontrolado consumo energético. Com o passar do tempo, entretanto, essa opção revelou suas importantes limitações e passou a ser objeto de críticas. A tal ponto que em alguns países, como a Áustria e a Suécia, já se decidiu pronunciar uma moratória nuclear e procurar outras maneiras de providenciar o suprimento energético nacional. Os acidentes de Three Miles Island (1979, EUA) e de Chernobil (1986, Ucrânia) contribuíram em muito para a percepção de aspectos do problema que não eram evocados, apesar de essenciais, conhecidos e ocultados.

Mas a preocupação com o risco envolve outras atividades, outros *acidentes*: a baía de Minamata, no Japão, já se tornou notícia em 1959; a cidade de Seveso, na Itália, em 1976. E ainda houve Bophal, na Índia (1984); a usina Sandoz, na Suíça (1986); uma maré negra mais catastrófica do que tantas outras, no Alasca, em 1989; até os 29 mortos da explosão da usina AZT em Toulouse (França, em 2001). Aspectos mais visíveis do funcionamento das sociedades atuais, essas ocorrências não são exceções ou processos acidentais. Ao contrário, são os produtos estruturais e inevitáveis de opções deliberadas, anunciadas como necessárias, mesmo que sabidamente geradoras de riscos socialmente inaceitáveis.

A noção de risco outrora magnetizou o campo jurídico a ponto de engendrar a atração de seus pólos aparentemente contrários: os da garantia e do seguro. Na verdade, não são pólos contrários, são elementos correlatos. “Se houver risco”, declara sua vítima atual ou potencial, “quero garantia contra sua realização; se o risco se realizar, quero a reconstituição de meus direitos lesados, ou ser indenizado em função do seguro que eu constituí para enfrentar o problema”. Mas na sociedade de risco, o seguro não aceita mais desempenhar seu papel, tamanho é o risco. A garantia está afastada pelo princípio da precaução, cuja decisão de implementação se encontra longe da pressão e do controle do cidadão.

Um dos problemas inerentes ao risco tradicional é o fato de que ele tinha uma dimensão ditada por suas conseqüências e que estas apareciam como tendo um grau de correlação com a magnitude dos danos: danos circunscritos, em custos e impactos = riscos aceitáveis = indenização economicamente possível. Antigamente, o risco era tão razoável como sua própria etimologia. Diz-se que a palavra **risco** vem do italiano *risco*, que designava o escolho dissimulado sob a superfície do mar, a ameaçar a navegação comercial. A perda possível do navio podia acarretar uma avaliação de seu valor e do valor de sua carga. Em seguida, podiam-se reunir garantias específicas para indenizar armadores e proprietários de mercadorias, em caso de perda “corpos e bens”. Isso ocorria porque as perdas possíveis possuíam um limite monetário, financeiro ou outro, de natureza ou conteúdo finito: não era difícil avaliar nem ressarcir o valor total do que fora perdido. Uma grande diferença, hoje em dia, aparece precisamente no fato de que as conseqüências do risco não são mais mensuráveis, finitas. Elas se tornaram infinitas: não há como indenizar os prejuízos engendrados por atividades descontroladas. Geralmente, a ideologia dominante postula simultaneamente a necessidade de certas atividades e a impossibilidade de responsabilizar seus autores pelos prejuízos que eles engendram. A noção de *progresso* superpõe-se a qualquer intento crítico em relação a suas conseqüências, mesmo que obviamente nocivas. Não é permitido ser

inconvenientemente reticente em relação às benfeitorias da ciência, última palavra da Pós(?)-modernidade.

Devem ser citados exemplos ou comentários que evidenciam como o enaltecimento do risco deita fundas raízes na sociedade ocidental.

“[...] no plano dos princípios, a atividade nuclear não é, pelo menos em sua fase inicial, uma atividade lucrativa para quem a exerce; e ainda comporta riscos enormes. Esses riscos não podem, pois, ser pura e simplesmente impostos ao explorador da energia nuclear como contraprestação do lucro que ele retira de sua atividade perigosa, sob pena de entravar seriamente o desenvolvimento dessa nova indústria. De fato, os benefícios da atividade nuclear de hoje irão a toda a sociedade de amanhã e, conseqüentemente, é numa ampla medida a própria sociedade, cuja continuidade se corporifica no Estado, que deveria suportar pelo menos uma parte dos riscos”.⁴

De uma maneira geral, só se pode constatar que as atividades empreendidas, “... uso do átomo, exploração do espaço, transportes marítimos são indispensáveis ao funcionamento das economias modernas. Não se poderia pensar em limitar seu exercício. É preciso apenas, porém rigorosamente, velar para que não provoquem vítimas impotentes”.⁵

Entretanto, o direito não zela para suprimir a impotência das vítimas. Ao contrário, ele não pára de encontrar motivos para justificar a atividade de risco, sem imputar suas conseqüências prejudiciais a seu autor. A socialização das conseqüências dos riscos é um comportamento tão arraigado que se tornou impossível responsabilizar os autores pela via tradicional : dano + autor + nexos causal = responsabilidade e indenização total. O fato de qualificar uma atividade como sendo *de risco* tem o efeito de *apagar* a obrigação clássica de reparar, com sua forte pressão preventiva e retroativa sobre o autor. Essa pressão aparecia como direta e posterior à realização do dano (reparação); ou como indireta e anterior, levando à adoção de medidas de prevenção ou precaução que objetivavam impedir a realização de dano. Era melhor prevenir do que remediar. Tornou-se bem mais em conta privatizar os *bons* resultados e socializar os efeitos perniciosos.

IV. Observações finais: a decisão do Estado contra a decisão da sociedade civil?

No contexto esboçado, verifica-se que a noção de risco foi profundamente alterada a partir do final da década de 1970. Sua gestão sofreu correlativas transformações. Conceitos como os

4 FORNASIER, Raffaello. Le droit international face au risque nucléaire. *Annuaire Français de Droit International*. 1964, Vol X, p. 307.

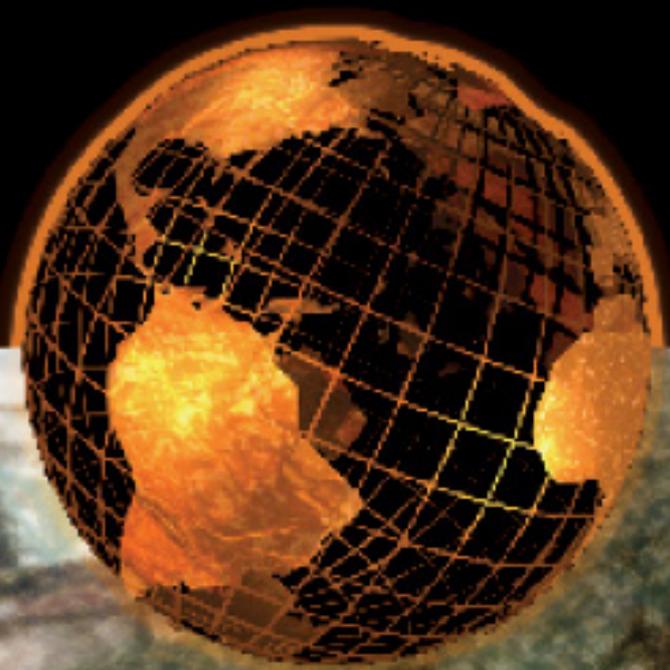
5 DUPUY, Pierre-Marie. *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*. Paris: Pedone, 1976, p.41.

de prevenção e de precaução, geralmente referidos como *princípios* jurídicos, adquiriram estatuto diferente, mais específico e ainda em fase de elaboração: estão longe da univocidade que deveria caracterizar uma determinação normativa ou justificar o uso da noção de princípio.

Estamos num contexto político e social de desconstrução, para não dizer de destruição, de estruturas relacionais que vigoraram por mais de um século e meio a partir da adoção dos códigos jurídicos que revelavam a religião positivista, no início do século XIX. Uma das manobras mais delicadas da globalização consiste em substituir ou suprimir um conjunto de construções jurídico-normativas tradicionais, que ofereciam um conjunto de garantias contra as perdas de toda ordem que surgiam com iniciativas alheias. Hoje, a adoção de uma ideologia de normalidade absoluta do lucro privado traz, como uma de suas conseqüências deletérias, a afirmação de que é normal convivermos com garantias reduzidas ou sem garantia alguma, com atividades que produzem freqüentemente conseqüências danosas e nocivas. Os danos e as nocividades são identificados, porém seus autores se beneficiam com a cumplicidade objetiva dos aparelhos de Estado.

A título de exemplo e para acompanhar de maneira mais concreta como se realiza o processo, é curioso e instrutivo verificar, nos manuais de direito, como a afirmação exaltada dos *princípios* da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do poluidor-usuário-pagador deixa de corresponder à citação de práticas efetivas, notadamente jurisprudenciais, a corroborarem dita afirmação com um número estatístico apropriado de referências. Se a afirmação dos princípios não corresponde à prática constante de seu conteúdo, saímos da área jurídica para ingressarmos na dos rituais mágicos. Por mais que esses rituais desempenhem funções sociais relevantes e surtam efeitos relacionais, estão longe de caracterizar as práticas do Estado de direito.

O escopo do risco desenvolveu-se rapidamente no mundo real, que ele gangrenou. Fez degenerar institutos jurídicos de proteção dos direitos e dos patrimônios de todas espécies; afinal, não é muito antiga a noção de patrimônio genético ou a de patrimônio comum da humanidade, esta sem efeito jurídico algum em relação ao conteúdo de suas premissas. Uma dimensão pouco explorada da explicação sobre a sociedade do risco consiste no fato de que se constata não haver interesse em identificar os tipos, no sentido tradicional de tipo penal. O tipo é uma ficção jurídica insubstituível, pelo fato de estabelecer um conjunto de relações com conseqüências razoavelmente previsíveis. Na sociedade do risco, a cadeia de causalidade continua muitas vezes identificada, mas seu efeito final, a responsabilização dos autores de danos, está excluído por fatos justificativos que não gozam de presunção social ou coletiva de legitimidade. Quando aparece a questão da legitimidade, verifica-se que se está em presença de um assunto de natureza política e que as soluções poderão ser demoradas, pois devem vencer diversas etapas de debates até chegar a uma norma de conduta de caráter jurídico. Ainda mais se for levada em consideração a demora do sistema jurídico em incorporar as opções do político e do social. Dessa maneira, deve ficar óbvio que sem ação política rotineira, de simples expressão da cidadania cotidiana, haverá cada vez mais riscos e menos garantias.



Governo dos Riscos

CAPÍTULO 3

Ciência, decisão, ação: três observações em torno do princípio da precaução.

Cristine Noiville

Ciência, decisão, ação: três observações em torno do princípio da precaução

Cristine Noiville¹

Há pouco tempo, o Comissário europeu para o Comércio, Pascal Lamy, manifestou sua preocupação com o fato de o princípio da precaução antagonizar a Europa com o resto do mundo. Marco do direito comunitário², esse princípio, de fato, multiplicou as tensões e as disputas comerciais, cujos exemplos representados pelo caso da carne com hormônios ou pelo caso dos organismos geneticamente modificados são apenas os primeiros de uma série de prováveis casos futuros a serem levados perante a Organização Mundial de Comércio³. Atualmente, é a própria França que experimenta essa irritação - no caso, voltada contra ela mesma - quanto ao princípio da precaução. Ocorre que esse princípio se inscreve na recém-outorgada Carta do Meio Ambiente e se destina a ser incorporado à Constituição Francesa, o que desencadeou, nos últimos meses, posições extremamente antagônicas⁴. Não apenas há uma grande discussão sobre qual seria o interesse em conferir-lhe estatura constitucional, como também grande resistência em relação a sua própria legitimidade.

De um lado, os que lhe são favoráveis vêem nele um instrumento indispensável ao desenvolvimento sustentável e à proteção da saúde. Trata-se, na verdade, da própria finalidade atribuída ao princípio da precaução, considerando-se o fato - que não devemos esquecer - de que, em sua essência, esse princípio afirma que a ausência de certeza científica quanto aos riscos de um produto ou de uma atividade não constitui motivo para retardar a adoção de medidas que possam permitir a prevenção de um eventual prejuízo. Desse modo, o princípio busca um avanço em relação àquela atitude clássica - cujos efeitos ocorreram no caso da vaca louca ou do amianto -, que permite, pela simples razão de o risco não haver sido confirmado por meio de uma prova científica, que se ignore a necessidade de certas advertências prévias ou imediatas. O princípio implica uma contraposição a essa atitude clássica e convida a agir antes mesmo de se obter a prova do risco real.

1 CNRS/Universidade de Paris I - Panthéon Sorbonne. Centro de Pesquisas em Direito das Ciências e das Tecnologias. UMR 8056 ("Regulamentação das atividades sociais e econômicas").

2 Tornou-se um princípio geral do direito comunitário. Cf. T-74/00, T-76/00, T-83/00 à T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, *Artogodan GmbH et autres c. Commission*, 26/11/2002, itens n. 183 e ss. et T-392/02, *Solvay Pharmaceuticals BV c. Conseil de l'Union européenne*, 21/10/2003, item n. 121. Essas decisões podem ser consultadas, como também a jurisprudência comunitária posterior a 1997 citada *infra*, no site da Corte de Justiça (curia.eu.int).

3 Ch. Noiville, "Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce. Le cas du commerce alimentaire", *Journal du Droit International*, 2000/2, p. 263 et s.

4 Ver o Projeto de Lei constitucional relativo à Carta do Meio Ambiente, aprovado pela Assembléia Nacional em 1ª votação em 1º de junho de 2004, como também o Relatório N. Kosciusko-Moriset, Assembléia Nacional, n° 1595, 12 de maio de 2004.

Ora, é precisamente nesse ponto que alguns afirmam que o princípio da precaução nos coloca à deriva. Isto se daria porque esse princípio admite a adoção de medidas em meio à incerteza científica, isto é, em um contexto no qual nem todos os dados foram ainda colhidos, o que afasta qualquer processo racional e nos leva a adotar medidas sem nenhum fundamento. Avaliar profundamente os OGM antes de qualquer disseminação, abater o gado para conter o mal da vaca louca e recolher certos antibióticos utilizados no crescimento dos rebanhos seriam apenas alguns exemplos. Assim, o princípio da precaução levaria à tomada de decisões de cunho oportunístico e político, muito mais do que, àquela preocupação típica de nossa sociedade industrializada, que é a prevenção do risco sempre considerado um mal a ser erradicado.

Batalhem uns em favor do princípio da precaução, outros, por sua vez, o combatam: eis o exercício natural da democracia. No entanto, esse exercício somente será salutar se os argumentos de ambas as partes afastarem erros ou confusões. É necessário, pois, demarcar os limites que se revelem evidentes entre os desvios atribuídos ao princípio da precaução e a realidade jurídica que emana das jurisprudências nacionais e comunitária, constituída de mais de quarenta decisões pertinentes ao tema⁵. Se acrescentarmos a isso o fato de que a Comissão Europeia aprovou em 2000 uma resolução relativa ao princípio da precaução, considerada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias “código de valor jurídico”, veremos que tudo quanto o princípio da precaução contém – previsões, casos emblemáticos de sua aplicação, método de implementação - constitui aspectos decisivos da questão, que já foram delimitados ou mesmo estabelecidos pelos Tribunais. Por suas evidentes ligações com a ciência (1) ou por suas implicações na esfera decisória política (2), o princípio da precaução é confirmado não como um princípio de omissão, mas como um princípio de ação (3), o que nos permite ou mesmo nos obriga a refutar a maioria dos argumentos que lhe são contrários.

I. Princípio da precaução e ciência

Entre argumentos dessa ordem, há um recorrente: o princípio da precaução seria um “princípio anticientífico”. O que se percebe, no entanto, é justamente o contrário, pois uma das preocupações subjacentes ao princípio da precaução é, preferencialmente, a de permitir a introdução da ciência no âmbito da decisão na esfera pública⁶. Esse princípio nasceu exatamente em momento posterior à ocorrência de danos ao meio ambiente, o que permite constatar que ele se justifica em parte por causa de uma certa negligência da própria política, que não direcionou corretamente sua *expertise* na área, antes de tomar decisões ou não prestou atenção suficiente aos indícios de riscos e aos alertas que teriam permitido evitar catástrofes. E é exatamente contra essa realidade que o princípio

5 Lembremos que, na França, a primeira decisão a mencionar explicitamente o princípio da precaução data de 1995 (CE, *Ministre de l'intérieur c. Rossi*, 4 janvier 1995) e, no âmbito comunitário, de 1993 (C-405/92, *Armand Mondiet*, 24 novembre 1993, Rec. 1993-I p.6166), ainda que possa identificar algumas premissas do princípio da precaução em jurisprudência anterior.

6 Conclusões do **Advogado-Geral** Mischo, apresentadas em 12 de dezembro de 2002, Aff. C-192/01, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Danemark*, item n. 93.

da precaução se propõe a lutar, como bem demonstra toda a legislação nacional e comunitária que, em matéria de segurança sanitária, ecológica ou alimentar visa a esse princípio, buscando, ao mesmo tempo, fazer da análise científica a espinha dorsal da decisão pública⁷⁶. A jurisprudência se revela ainda mais clara no sentido de impor essa exigência. Disso resulta que, contrariamente ao discurso dominante, a necessidade de rigor científico consubstancia o princípio da precaução.

Na realidade, quando o juiz considera que o princípio da precaução foi ignorado, na maior parte das vezes a autoridade fez uma análise científica superficial dos riscos em causa⁸⁷. A contenda em torno do inseticida Gaucho é emblemática quanto a esse aspecto da questão. Se no caso o Conselho de Estado, em duas ocasiões sucessivas, fundamentado no princípio da precaução, exigiu que o Ministro da Agricultura revisse sua decisão de manter no mercado aquela substância, passível de ser prejudicial às abelhas, isto se deu exatamente porque o Ministro não teve o cuidado de examinar a integralidade dos resultados de pesquisas recentes necessárias à apreciação adequada da inocuidade do produto⁹⁸. No entanto, isto não implica - como bem observou o Conselho de Estado - que “o Ministro se veja obrigado a determinar a exclusão do produto” solicitada pelos apicultores pois, em face dos elementos complementares que venha a reunir, “pode legalmente manter a autorização de colocação do produto no mercado”. Mesmo assim e com antecedência, ele deve buscar os meios que lhe permitam realmente avaliar os riscos envolvidos no caso em exame. Eis o exemplo claro, entre outros, de que o princípio da precaução não afasta, ao contrário aumenta a necessidade de um procedimento científico¹⁰⁹.

Como se sabe, não resta dúvida de que a ciência nem sempre produz necessariamente resultados seguros e de que, às vezes, a autoridade pública se vê na contingência de decidir, apesar da persistência de incertezas. O princípio da precaução autorizaria, mesmo assim, a adoção de medidas totalmente irracionais do ponto de vista científico ? A análise da jurisprudência nos leva

7 ⁶ Cf. o conjunto da regulamentação comunitária relativa aos organismos geneticamente modificados ou ao recente Regulamento nº 178/2002/CE que estabelece as previsões gerais de segurança alimentar e institui a Autoridade Europeia de Segurança Alimentar. Para uma visão geral, ver Ch. Noiville, *Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du risque acceptable*, PUF, Les voies du droit, Paris 2003.

8 ⁷ Cf. p. ex. CE, *Ministre de l'intérieur c. Rossi, infra*

9 ⁸ CE, *Union Nationale de l'Apiculture Française*, 9 de outubro de 2002.

10 ⁹ Cf. também, nesse sentido, CAA Marseille, *Association intercommunale pour la défense des quartiers Peyre-Long, des Espinets et des sites environnants*, 13 de junho de 2002. Nesse caso, o juiz administrativo anulou a decisão de um prefeito de não se opor à instalação de uma estação radioelétrica que previa a edificação de uma torre de 30 metros de altura. À espera dos resultados (previstos para 2003) do estudo epidemiológico instituído pela OMS sobre os eventuais efeitos das radiofrequências sobre a saúde, o juiz preferiu, em virtude do princípio da precaução, impedir a construção dessa estação, que se localizava na vizinhança de habitações. Ver, também, CAA Bordeaux, *Association Ecologie et autres*, 12 de abril de 2001: “Levando em consideração a alegação de que a autorização ora impugnada teria ignorado o princípio da precaução (...); e o fato de que o Prefeito de Vienne, em outra ocasião, não aguardou as conclusões de um estudo sobre os dejetos radioativos líquidos para tomar sua decisão, pois já dispunha, desde a data de 25 de maio de 1995, de dois estudos relativos às diferentes modalidades de transferência da água proveniente de Vienne para os lençóis freáticos e sobre os efeitos do tratamento a base de cloro, vindo a decidir, naquele caso, após haver analisado e apreciado o alcance do conjunto das observações e dos estudos relativos ao pedido de autorização de emissão de dejetos, no sentido de determinar que medidas rigorosas fossem tomadas a fim de prevenir qualquer risco de dano grave e irreversível ao meio ambiente; essas circunstâncias significam, portanto, que a alegação, pelo Prefeito de Vienne, *in casu*, de desconhecimento do princípio da precaução, não pode basear-se na falta de consulta ao Conselho Superior de Higiene da França, com vistas a suas recomendações – por não haver nenhuma exigência dessa ordem constante do Decreto de 29/03/1993, que regulamenta o conjunto dos procedimentos aplicáveis ao tipo de autorização ora impugnada -, nem pode apoiar-se, é claro, na existência de parecer desfavorável e de recomendação expressa da Comissão de Investigação sobre a hipótese de instalação de dois reatores, nem mesmo na existência de pareceres reservados ou desfavoráveis de certas comunidades e do Comitê das Águas ; decido, pois, pelo afastamento da autorização administrativa de que ora se trata”.

a responder negativamente, com toda a certeza. Quando se questiona a legalidade de uma medida de precaução perante os Tribunais, estes se atêm a verificar, de um lado – e como requer a maior parte das normas pertinentes – se o provável dano é de natureza grave ou mesmo irreversível¹¹, quando se trata de questão ambiental; de outro, se o risco de efetivação desse dano não é uma simples quimera. Desse modo, os tribunais administrativos franceses, por várias vezes, tiveram a oportunidade de anular decisões municipais que proibiam a instalação de torres de telefonia móvel ou, em outros casos, de fios de alta tensão: não se configuravam “sérios” riscos à saúde pública e nenhum estudo científico podia provar os efeitos biológicos que implicassem um risco sanitário para as populações circunvizinhas¹². A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias apóia-se nesse mesmo tipo de exigência. Em sucessivas decisões, essa Corte reafirmou que não se pode esperar que a aplicação do princípio da precaução exija que se esteja diante de uma situação de urgência ou que se tenha em mãos dados confiáveis e definitivos, porque isto significaria esvaziar a “utilidade”¹³ do próprio princípio, mas que, no entanto, uma medida de precaução somente poderá ser adotada sob uma condição: que o risco seja “suficientemente documentado”, levando-se em consideração “indicações científicas aparentemente confiáveis e sólidas” em face das análises científicas disponíveis realizadas segundo os princípios da excelência, da independência e da transparência¹⁴. Um risco “pelo menos plausível”: na prática, essa condição é bastante fluida. Pode-se perguntar, sobretudo, qual o grau de plausibilidade exigido e se uma hipótese teórica basta para tornar um risco plausível ou se é exigida uma demonstração mais tangível do risco. Uma coisa é certa, no entanto: o risco alegado não pode apoiar-se em pura elocubração e foi exatamente com base nesse fundamento que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, recentemente, considerou que a França não apresentara indícios suficientes de riscos que pudessem justificar a

11 Cf. p. ex. CAA Bordeaux, *Fédération départementale des chasseurs des Landes*, 13 de janeiro de 2004 e *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement*, 2 de dezembro de 2003: “considerando que a associação requerente invoca o princípio da precaução [...], tenho que a instrução do presente feito demonstra que a decisão administrativa contestada, que se limita a listar uma certa quantidade de espécies nocivas, não impõe por si só graves e irreversíveis danos ao meio ambiente».

12 CAA Nantes, *Patrick Guiheux c. Commune de Montreuil-Juigné*, 30/07/2002: Quando o Sr. Guiheux, em razão da proximidade de uma torre do terreno onde edificara sua residência, invocou o desconhecimento, pelo Prefeito de Montreuil-Juigné, do princípio da precaução, o CAA de Nantes entendeu que, considerado o nível do conhecimento científico e técnico disponível na data da decisão contestada, a existência de riscos para a saúde decorrentes da emissão de ondas eletromagnéticas pela instalação da torre em questão não poderia ser corretamente presumida, o que impossibilitava o reconhecimento, naquele caso, de que o princípio da precaução havia sido ignorado. Também o Conselho de Estado julgou que o Presidente do Conselho Geral de St. Pierre e Miquelon não poderia, para rescindir um contrato de instalação de antena, limitar-se a invocar a aplicação do princípio da precaução, sem apresentar novos elementos que pudessem estabelecer a existência de riscos para a saúde pública (19/05/2003, *société SPM Télécom*, N° 251850).

13 T-392/02, *Solvay Pharmaceuticals BV c. Conseil*, 21 out./2003, item n. 135 ; T 13/99, *Pfizer Animal Health S.A.*, 11/09/2002, itens 160, 386, 389 ; T 177-02, *Malagutti-Vezinhet c. Commission*, 10/03/2004, item n. 54.

14 T 13/99, *Pfizer Animal Health S.A.*, itens 159 e 162 e ss. ; T 74/00, *Artegodan*, 26/11/2002, item 197 et ss. ; C-236/01, *Mon-santo Agricultura Italia SpA e.a. et Presidenza del Consiglio dei Ministri e.a.*, 09/09/2003, item 113 (“Tais medidas supõem, em particular, que a avaliação dos riscos de que dispõem as autoridades nacionais revela indícios específicos que, sem afastar a incerteza científica, permitem conclusões razoáveis apoiadas nos dados científicos disponíveis mais confiáveis e nas mais recentes pesquisas internacionais, e que a implementação de tais medidas se impõe para evitar que novos alimentos que apresentem riscos potenciais à saúde humana possam ser oferecidos no mercado”). Segue-se, pois, que a realização de uma avaliação científica dos riscos, a mais exaustiva possível, apoiada em pareceres científicos fundados nos princípios da excelência, da transparência e da independência constitui uma garantia procedimental importante a fim de assegurar a objetividade científica das medidas e evitar a arbitrariedade na tomada de decisões (*Pfizer Animal Health S.A.*, item 172).

proibição de importação de produtos de confeitaria ou de bebidas enriquecidas com vitaminas¹⁵¹⁴.

Ainda mais: a exigência de justificação científica é de tal ordem que no caso *Pfizer*, que fundamentava sua alegação no fato de a Comissão Européia ter proibido a utilização de certos antibióticos na criação de rebanhos em decisão contrária à recomendação do Comitê de Especialistas, o Tribunal de Primeira Instância determinou que a autoridade em questão tem o dever de expor os motivos pelos quais afastara a recomendação, devendo tais motivos “ter um nível *científico ao menos equivalente*”¹⁶¹⁵ ao daquela recomendação.

Procurar, pois, de recolher um conjunto de dados científicos disponíveis antes de tomar a decisão de comercializar um produto ou de desenvolver uma atividade e garantir que a adoção de medidas de precaução se dê em face de indícios confiáveis de plausibilidade do risco: são estas as duas facetas de uma mesma exigência que impõe, enfim, não a recusa, mas o acolhimento do rigor científico na ação pública.

II. Princípio da precaução e decisão

Um segundo argumento freqüentemente apresentado também não resiste a nenhuma análise: o princípio da precaução levaria estruturalmente à exclusão de todo e qualquer risco; em outras palavras, levaria à busca do que chamamos de “risco zero”.

É verdade, no entanto, que no momento em que a autoridade pública tenha em mãos os dados científicos pertinentes, ela está livre para decidir, pois isto resulta de seu poder discricionário. A jurisprudência que sempre considerou que as situações de risco são situações complexas nas quais quem decide deve ter total autonomia de decisão reafirma mais uma vez essa autonomia, quando se trata de situação de incerteza científica¹⁷¹⁶, realçando a natureza política de tal decisão:

15 ¹⁴ C-24/00, *Commission des Communautés européennes c. République française*, 05/02/2004, item 54: se a ausência de necessidade de vitaminas pode ser levada em conta na avaliação do risco, ela não pode, com fundamento no art. 36 do Tratado que versa sobre a comercialização dos gêneros alimentícios legalmente fabricados e ou comercializados em outros Estados-Membros, por si só justificar uma proibição total. É necessária a configuração de um risco preciso diretamente ligado à ingestão excessiva de vitaminas. No mesmo sentido, C-95/01, *Greenham et Abel*, 05/04/2004, item 50 e C-192/01, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Danemark*, 23/09/2003, item 47 e ss.

16 ¹⁵ *Pfizer Animal Health S.A.*, item 199 e ss.: No caso de a instituição comunitária preferir afastar a aplicabilidade do parecer, ela deverá motivar sua justificativa em relação às razões constantes do parecer, com específica menção às razões pelas quais determinou sua inaplicabilidade. Essa motivação deverá ser de nível científico pelo menos equivalente ao do parecer em questão. Em tal caso, a instituição pode basear-se seja em um parecer suplementar do mesmo comitê de especialistas, seja sobre outros elementos que tenham força probatória equivalente à do parecer em questão. No caso da instituição afastar a aplicabilidade de somente parte do parecer, ela poderá igualmente apoiar suas razões sobre as razões científicas constantes daquela passagem do parecer que não tenham sido objeto de questionamento.

17 ¹⁶ Cf. notadamente C-331/88, *Fedesa*, 13/11/1990, Rec. p. I-4023 e as conclusões do **Advogado-Geral** Misho ; C-341/95, *Bettati*, 14/07/1998, Rec. I-4358 e as conclusões do **Advogado-Geral** Léger ; *Pfizer Animal Health S.A.*, acima referido, item 443 ou ainda T-392/02, *Solvay Pharmaceuticals BV c. Conseil*, 21/10/

seja no que concerne ao momento em que se deva aplicar o princípio da precaução¹⁸, seja quanto à forma de sua implementação¹⁹, essa “escolha [...] resulta de uma decisão eminentemente política, em função do que seja ‘aceitável pela sociedade’”, isto é, em função do que a autoridade considere como sendo *o ponto crítico a partir do qual o risco se torna inaceitável*²⁰.

Ocorre que, para evitar que o poder discricionário resvale no arbitrário e no irracional²¹, a jurisprudência fixou duas condições .

Em primeiro lugar, a escolha a ser feita não pode dissociar-se do princípio da proporcionalidade²².

2003, item 126.

18 Cf. p. ex. T-392/02, *Solvay*, item 135: a adoção de uma medida de precaução, em alguns casos, pode ser deferida em função da natureza, da gravidade e do alcance do risco, na ponderação dos diversos interesses em causa.

19 Cf. p. ex. *Pfizer Animal Health S.A.*, item 161 (“Em uma situação de dúvida, compete à autoridade pública competente proceder a uma ponderação das obrigações que lhe incumbem e decidir, *seja no sentido de aguardar que os resultados de uma pesquisa científica mais aprofundada estejam disponíveis, seja no sentido de agir com base nos conhecimentos científicos disponíveis.*”). Vide também T-392/02, *Solvay*, item 125: recorrer ou deixar de recorrer ao princípio da precaução depende do nível de proteção escolhido pela autoridade competente no exercício de seu poder discricionário, levando sempre em conta as prioridades definidas quanto ao objetivo visado em conformidade com as regras pertinentes que emanem do tratado e do direito a que dá causa. Ver também as conclusões de J. Mischo apresentadas em 12 de dezembro de 2002 no Caso C-192/01, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Danemark*, item 103: “Quanto maior a incerteza científica, tanto maior a margem de apreciação (pela autoridade), a quem incumbe a proteção da saúde pública”. Ver, enfim, as conclusões de L.-A. Geelhoed apresentadas em 10/09/2002 no caso C-491/01, *British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd c. Secretary of State for Health*, item 120 (“Se é verdade que o legislador **comunitário** dispõe de grande liberdade na apreciação das matérias que lhe são postas, esta é ainda maior quando se trata de proteger a saúde pública. Nessa questão, não há diferença entre ele e o legislador nacional, quando este faz uso da amplitude que lhe é outorgada pelo art. 30 da CE. Com efeito, tal apreciação sofre a influência de vários aspectos. A necessidade de decidir sobre medidas de proteção não depende somente dos conhecimentos científicos disponíveis quanto a certos riscos sanitários, mas também da avaliação social e política de tais riscos. Tudo isto vale para a decisão sobre a escolha da própria medida. As únicas condições mínimas que o tratado impõe ao legislador **comunitário** no que concerne ao conteúdo das medidas são as de que ele procure respeitar o princípio da precaução e garantir um nível máximo de proteção (art. 95, § 3, CE). Em todos os casos, no entanto, deverá sempre levar em consideração um eventual avanço científico”).

20 Ver o Comunicado da Comissão sobre a invocação do princípio da precaução, item 5, a Resolução do Conselho Europeu de Nice sobre a invocação do princípio da precaução, 08/12/2000, anexo III, item 19 e o acórdão *Pfizer Animal Health S.A.*, acima mencionado, itens 161 e 201 (“Conquanto o exercício da autoridade pública pela Comissão seja legítimo, em virtude do art. 155 do Tratado CE (atual art. 211 CE), em face do controle político pelo Parlamento Europeu, os membros do SCAN, embora disponham de legitimidade científica, não dispõem de legitimidade democrática nem política. Ora, a legitimidade científica não basta para justificar o exercício da autoridade pública”. E o TJCE insistiu sobre este ponto, ao afirmar: uma coisa é a ciência, outra é a responsabilidade pública e a legitimidade democrática, pressuposto essencial do exercício da autoridade pública sobre o nível de risco aceitável, cf. *Pfizer Animal Health S.A.*, itens 153 e 382.

21 *National Farmers’ Union c. Secrétariat Général du Gouvernement*, aff. C-241/01, conclusões J. Mischo, 02 /07/2002, n° 76.

22 Cf. as conclusões do **Advogado Geral** J. Mischo no caso C-241/01, *National Farmers’ Union*, 22/10/2002 (conclusões de 02/07/2002, item 78: “Quaisquer que sejam as interpretações que se façam do princípio da precaução, não se questiona o fato de que a aplicação desse princípio não exclui a aplicação de outros princípios essenciais. Este é o caso, notadamente, da aplicação do princípio da proporcionalidade, do qual se pode afirmar que é inseparável do princípio da precaução, mas também do princípio da não-discrimi-

Toda medida de precaução deve ser proporcional ao risco alegado, o que significa que entre as opções que se lhe abrem – proibição pura e simples de um produto, obrigatoriedade da avaliação prévia, organização de uma fiscalização sanitária, financiamento de um programa de pesquisa destinado a discernir os riscos com maior precisão, etc. –, a autoridade pública deverá escolher a que seja efetivamente necessária para assegurar a proteção à saúde pública e ao meio ambiente. Ora, tratando-se do princípio da precaução, essa clássica exigência se manifesta de duas maneiras.

Antes de mais nada, e como o princípio está destinado a ser aplicado em contextos de incerteza, nos quais há a impossibilidade de obtenção dos necessários dados científicos, deve a autoridade pública adotar uma medida que seja “provisória”²³²². Essa noção, certamente, não se adapta aos fatos, pois, conquanto remeta à idéia de curta duração, a realidade indica, contrariamente, que certas incertezas se prolongam no tempo – basta pensar nos OGM ou nas mudanças climáticas. No entanto, essa noção se funda em uma exigência simples e bem alicerçada: a medida deve ser “revisável”, isto é, deve submeter-se a um reexame periódico em face da aquisição de novos dados científicos, o que significa ao mesmo tempo que a ela devem seguir-se novas pesquisas e eventuais revisões que possam derivar da evolução do próprio conhecimento científico. Coloque-se a questão de modo concreto: o fato de haver dúvida quanto à segurança de determinado produto não autoriza sua proibição definitiva; na melhor das hipóteses poderá ser retirado provisoriamente do mercado, com a obrigação de revisão e ajuste da medida desde que fundamentada em novos dados.

Além disso, a exigência de proporcionalidade inevitavelmente conduz o encarregado da tomada de decisão a ponderar os interesses em causa, antes de adotar qualquer medida de precaução. Esta, por sua vez, deverá variar em função da amplitude do dano vislumbrado, da maior ou menor dificuldade técnica de controlar o uso do produto em questão, da existência ou da ausência de produtos substitutivos e da maior ou menor aceitação do risco pela sociedade.

nação”). Ver também exigência similar aplicada pelo Conselho de Estado por meio da técnica de ponderação. Quanto a essa questão, o Conselho foi chamado a examinar a legalidade, em face do princípio da precaução, de uma decisão que declarou de utilidade pública a construção de uma linha de eletricidade. Ao entender que naquele caso não se configurava violação ao princípio da precaução, mesmo assim, com fundamento nesse mesmo princípio, procedeu à ponderação entre, de um lado, a imperatividade de declarar-se de utilidade pública aquela construção e, de outro, todos os inconvenientes que pudessem advir de tal construção, seja em termos de perturbação da vizinhança, seja em termos de riscos ao meio ambiente (CE, *Association intercommunale Morbihan sous haute très haute tension*, 28/07/1999). No mesmo sentido, CAA Douai, *Association S.A.V.E.*, 25/09/2003: “embora a associação requerente alegue que a construção de altura elevada aumenta os riscos de inundação das propriedades vizinhas, extrai-se do projeto em causa que a construção não se situa na zona úmida, ao contrário, em sua periferia, e que a superfície do terreno em questão limita-se à dos antigos pântanos de Hem que cobrem aproximadamente 300 ha; não se podendo extrair do projeto de construção que as disposições do Projeto Diretor das Águas, que tem por objetivo evitar a exposição de bens e pessoas a inundações, não tenham sido levadas em consideração quando da concernente edição da autorização pertinente; e que, em tais condições, o Alvará possa ter sido editado em violação aos arts. R. 111-2 et R. 111-21 do Código de Urbanismo ou ao princípio da precaução inscrito no art. L. 200-1 do Código Rural ou a quaisquer outros dispositivos ali previstos”.

23 ²² Ver p. ex. *Pfizer Animal Health S.A.*, itens 460 e 387 “O princípio (da precaução) implica que a autoridade pública competente possa, baseada em dados científicos ainda deficientes, enquanto se mantém à espera de dados científicos complementares, decidir provisoriamente quanto às medidas preventivas de proteção”) ou *Monsanto Agricultura Italia SpA e.a. e Presidenza del Consiglio dei Ministri e.a.*, item 10

Contextualizando-se o risco potencial, verifica-se que a proibição está longe de ser a única modalidade de implementação do princípio da precaução.

Em segundo lugar, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias reafirmou a obrigação da autoridade pública de aplicar o princípio da precaução “em conjunto com as disposições” constantes dos textos pertinentes ao produto ou à atividade concernente.²³ Por exemplo, tratando-se de política de meio ambiente, o artigo 174 do Tratado dispõe que a autoridade deve levar em consideração não somente os dados científicos e técnicos, mas também as vantagens e o ônus que decorrem da eventual ação ou da possível omissão, como ainda o desenvolvimento social e econômico. Consideradas tais circunstâncias, o Tribunal entendeu que a Comissão Europeia poderia proibir certos clorofluorcarbonos (CFC), apoiada no princípio da precaução, permitindo a manutenção dos halons no mercado. Se a categoria do produto provocava eventuais danos e, portanto, justificaria a aplicação do princípio da precaução, continuava sendo insubstituível no que concerne a sua utilização na extinção de incêndios²⁴.

Por outro lado, no caso *Solvay*, questionava-se a legitimidade, em face do princípio da precaução, da retirada do mercado de certos aditivos utilizados na alimentação animal. Qual a previsão normativa em relação aos aditivos? Foi a questão apresentada pelo Tribunal de Primeira Instância do TJCE. Sua regulamentação dispõe que essas substâncias só podem ser autorizadas se elas “não influenciarem desfavoravelmente a saúde humana ou animal ou o meio ambiente [...]” A partir do momento em que se possa duvidar da inocuidade de um aditivo qualquer, sua retirada do mercado se justifica integralmente, sem haver necessidade de ponderação dos riscos e benefícios de qualquer ordem (econômico, bem-estar animal, etc.)²⁵. No entanto, quando se trata de medicamentos para uso humano, a aplicação do princípio da precaução deve obedecer a certas exigências completamente diferentes, como se deduz de uma série de decisões recentes, nos casos *Artegodan*, *Solvay* e *Servier*. Aparentemente, nesses casos, o uso de substâncias anorexígenas no tratamento da obesidade trazia riscos para o coração. A autoridade pública fundamentou sua decisão de retirada desse medicamento do mercado nos riscos potenciais que ele apresentava. Ora, o Tribunal de Primeira Instância decidiu, em face das normas aplicáveis ao caso, que os medicamentos só poderiam ser retirados do mercado se os riscos que representavam ultrapassassem os benefícios esperados²⁶. Com efeito, o que conta aqui não é somente o risco, mas a relação risco/benefício, cabendo ao paciente expor-se a um risco, desde que este lhe proporcione um benefício terapêutico ainda maior. Sendo assim, é legítimo manter no mercado uma substância utilizada como medicamento humano e, ao mesmo tempo, proibir-se a utilização dessa mesma substância como aditivo alimentar²⁷.

24 Ver, em relação a isso, *Artegodan e.a./Commission*, acima mencionada, item 178 ou *Solvay* itens 121 e ss.: O princípio “impõe às autoridades concernentes, no âmbito preciso do exercício das competências que lhe foram atribuídas pelas normas pertinentes ao caso, a adoção das medidas adequadas (...)”.

25 C-284/95, *Safety Hi-Tech*, 14/07/1998, Rec. p. I-4301

26 *Solvay*, itens 125 a 135.

27 T 147/00, *Servier c. Commission*, 28/01/2003, item 52: “(...) competirá, caso a caso, às autoridades nacionais competentes proceder a uma nova avaliação da relação risco/benefício quanto às substâncias em apreciação, depois de avaliar especialmente os riscos [...] ligados a tais substâncias, à luz dos dados científicos mais recentes disponíveis à época desse exame. Quanto à tal avaliação, convém lembrar que se autoridades se depararem com novos dados [...], os quais, embora sem afastar a incerteza científica, permitam, com certo

Em resumo: tendo em vista a jurisprudência pertinente, verifica-se que o princípio da precaução não afasta a necessidade de se fazer escolhas, nem afasta a utilização do bom senso, que consiste em ponderar os interesses em jogo quanto a tais escolhas (exceto quando expressamente contrariar o texto normativo)²⁸²⁸. Disso decorre - como claramente reconhecido pela jurisprudência **comunitária** - que o princípio da precaução não constitui um princípio de abstenção, impondo a busca de um *risco zero*²⁹²⁹ totalmente “irreal”. Não há dúvida de que a *tolerância zero*, às vezes, se apresenta como a única opção possível ou aceitável³⁰³⁰. No recente caso *Walter Hahn*, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias reconheceu que, para combater a *listeria monocytogene* nos produtos à base de peixe, não havia nenhuma “solução alternativa” do ponto de vista prático e que as populações cuja proteção se buscava se constituem de grupos vulneráveis, para os quais a simples rotulagem não podia representar um nível de segurança adequado. Assim o Tribunal admitiu a possibilidade de a Comissão proibir completamente a farinha de peixe na alimentação de ruminantes, para prevenir qualquer contaminação colateral por meio da encefalopatia espongiforme. Com efeito, a proteína príon é bastante resistente, podendo sobreviver mesmo em baixos níveis de concentração, em tecidos contaminados difíceis de ser detectados. Somente a proibição, nesse caso, podia representar uma medida eficaz³¹³¹.

Compreende-se, então, que a tolerância zero é apenas uma opção, entre outras³²³², e na maior parte das vezes é possível escolher assumir o risco, desde que, evidentemente, essa

grau de razoabilidade, duvidar da inocuidade e ou da eficácia de tais medicamentos e levem a uma avaliação desfavorável na relação custo/benefício, as autoridades competentes deverão, em virtude do art. 11 da Diretriz 65/65 interpretado à luz do princípio da precaução [...] suspender ou revogar a autorização relativa a esses medicamentos. No mesmo sentido,, *Artegodan*, acima mencionado, itens 172 e ss.

28 ²⁷ Ver, quanto ao *nitrofurano*, *Solvay*, itens 88 e 139.

29 ²⁸ Conclusões do **Advogado Geral** S. Alber apresentadas em 13/03/2003, Caso C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia SpA e.a.*, item 137.

30 ²⁹ Ver p. ex. *Pfizer Animal Health S.A.*, item 145 (“um nível de “risco zero” não seria possível, na medida em que a ausência total de risco atual ou futuro relativo à adição de antibióticos na alimentação animal não pode ser provada cientificamente”), *Alpharma*, item 158 (“(...) Nessa matéria (...)um nível de “risco zero” não seria possível, na medida em que a ausência total de risco atual ou futuro relativo à adição de antibióticos na alimentação animal não pode ser provada cientificamente. Além disso, uma abordagem desse tipo seria ainda menos apropriada na situação em causa, em cujo âmbito a legislação já prevê, como uma das expressões possíveis do princípio da precaução, um procedimento prévio de autorização quanto aos produtos de que ora se trata”) e *Solvay*, item 130 (“subordinar-se a manutenção da autorização de uso de certa substância à prova de ausência total de risco, ainda que hipoteticamente, seria irrealista - na medida em que tal prova é, como regra geral, impossível de se obter, do ponto de vista científico, visto que não há situação de risco zero na prática e seria, também, contrária ao princípio da proporcionalidade”). Ver também o item 76 das conclusões de J. Mischo datadas de 02/07/2002 no caso C-241/01, *National Farmers' Union c. Secrétariat Général du Gouvernement*, acima mencionado: “O princípio da precaução só terá futuro se, longe de abrir espaço ao irracionalismo, se afirmar como elemento de gerenciamento racional dos riscos, visando não ao risco zero, sobre o qual tudo leva a acreditar que não exista, mas a limitar os riscos aos quais estão expostos os cidadãos aos mais baixos níveis, razoavelmente atingíveis.” Ver enfim o item 108 das conclusões do **Advogado Geral** S. Alber apresentadas em 13/03/2003 no caso C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia SpA e.a.* (“[...] o princípio da precaução representa um princípio de ação no caso de situação na qual possa haver eventualmente algum risco, significando que há estreita relação entre o citado princípio e a proteção dos bens jurídicos potencialmente ameaçados”).

31 ³⁰ C-121/00, *Walter Hahn*, 24/10/2002, item 33 e ss. c/c as conclusões do **Advogado Geral** Geelhoed, 13/12/2001. Cf. também *Solvay*, itens 149 e ss. (“Na situação dos aditivos, as instituições puderam legitimamente adotar uma política de tolerância zero”).

32 ³¹ C-286/02, *Bellio F.lli Srl c. Prefettura di Treviso*, 01/04/ 2004, Conclusões de L.-A. Geelhoed, 29/01/2004 (“À luz do princípio da proporcionalidade e do princípio da precaução, é preciso considerar que uma contaminação acidental igual a 0,1%, e não superior a 0,5%, de fragmentos de ossos de mamíferos misturados a certa quantidade de farinha de peixe destinada à produção de alimentos para os animais não-ruminantes, tem o condão de justificar a adoção de uma sanção draconiana como seja a destruição integral de tal farinha de peixe (...) ainda que a contaminação tenha sido baixa ou acidental”).

escolha esteja em conformidade com o princípio da preponderância da proteção à saúde pública, à segurança e ao meio ambiente em relação aos interesses econômicos³³. Daí a disparidade absurda entre as supostas conseqüências catastróficas atribuídas ao princípio da precaução e o esforço da jurisprudência no sentido de transformá-lo em um princípio ativo na antecipação de riscos.

III. Princípio da precaução, princípio da pro-ação

Outros argumentarão que é preciso precaver-se sem nenhuma ingenuidade: se o princípio da precaução não produz por si as conseqüências catastróficas que lhe são atribuídas, se não conduz necessariamente à decisão de maior “segurança absoluta”, pode, no entanto, ser utilizado por aqueles incumbidos de decidir, como pretexto para excluir sua responsabilidade em caso de danos futuros. Esse argumento não pode ser posto de lado, pura e simplesmente. É preciso enfrentá-lo com dois outros argumentos.

Primeiro, a conhecida “tentação do escudo” seria compensada, no caso daqueles incumbidos de decidir, pela possível hipótese de sua responsabilidade ser aferida a partir de uma “insuficiência de precaução”? Considerando-se o entendimento atual da jurisprudência, a resposta é negativa. No direito francês, pelo menos, a incidência do princípio da precaução no campo da responsabilidade continua produzindo efeitos limitados. Até o presente momento, o princípio da precaução não ampliou o âmbito da responsabilidade civil. De fato, no que concerne a produtos defeituosos, nossa legislação exclui a responsabilização do fabricante, se este conseguir provar que, no momento da colocação do produto no mercado, o nível do conhecimento científico e técnico disponível não lhe permitia vislumbrar a existência de possíveis defeitos³⁴. Tratando-se, no entanto, de responsabilidade penal daqueles incumbidos de tomar as decisões em análise, seja na esfera privada, seja na esfera pública (responsáveis locais, territoriais ou nacionais, autoridades encarregadas do controle de produtos, etc.), a legislação francesa não prevê a imputação decorrente de “falha na aplicação do princípio da precaução”. Quanto aos tipos penais, tais como “expor terceiros a risco”, em cujo núcleo se pudesse talvez, insinuar o princípio da precaução, somente impõem pena naqueles casos em que o risco decorra da violação deliberada (ou dolosa) das normas específicas preexistentes ou naqueles em que a periculosidade do comportamento seja tão evidente, no momento da prática do ato, que ninguém possa alegar desconhecimento das conseqüências de tal comportamento³⁵. São tantas as condições que muito raramente seria possível reuni-las em um mesmo contexto de incerteza, como é típico da aplicação do princípio da precaução.

33 T-177/02, *Malagutti-Vezinhet / Commission*, 10/03/2004, item 54 (“Segundo o princípio da precaução prevalecente em matéria de proteção da saúde pública, a autoridade pública pode ser obrigada a adotar as medidas apropriadas para prevenir certos riscos potenciais para a saúde pública, e sem que seja preciso esperar que a realidade e a gravidade de tais riscos sejam plenamente demonstradas”).

34 Quanto à saúde humana, cf. *Artegoda*, item 186 e quanto ao meio ambiente, *Safety Hi-Tech*, item 49 (“As instituições comunitárias devem sempre levar em consideração sua obrigação, que decorre da norma inscrita no art. 129, § 1º, I, do Tratado, *de garantir um nível elevado de proteção da saúde humana*, cujo nível, para ser compatível com a mencionada norma, não precisa necessariamente ser o mais elevado do ponto de vista técnico”).

35 Art. 1386-11 al. 4º do Código Civil.

egundo, é preciso insistir no fato de que a implementação extrema do princípio da precaução, no sentido da mais absoluta segurança, encontra limites na intensidade com que a função judicante é exercida, seja pelo juiz francês ou **comunitário**, no âmbito do controle de legalidade. Uma leitura superficial da jurisprudência indica que o juiz percorre um caminho clássico na análise dessas questões. Vê-se, pois, que este insiste em exercer um controle limitado, restrito apenas ao erro manifesto³⁶³⁶, quando se trata de situações de alta complexidade. Considerando-se que o princípio da precaução encontra sua aplicabilidade em situações onde há grande incerteza, não se pode esperar que o juiz, nesse contexto, imponha suas próprias certezas, pelo que nos parece impossível determinar os fundamentos sobre os quais apoiaria sua decisão, tratando-se, como no caso, de problemas puramente científicos³⁷³⁷.

Portanto, a tendência é inegavelmente a do reforço desse controle, não somente porque está em jogo o livre comércio intracomunitário – e, nesse caso, o juiz **comunitário** tem interesse em se precaver contra qualquer unilateralismo que possa ser favorecido pela aplicação do princípio da precaução³⁸³⁸ – mas também porque tais medidas de controle emanam das próprias autoridades comunitárias, o que é inovador. No recente caso *Solvay*, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias procurou verificar, com extrema precisão, que a retirada do mercado da substância Nifursol - aditivo utilizado na alimentação animal - se dava com base em recomendação científica idônea que afirmava a impossibilidade de determinar-se qual seria a dose admissível no caso, em face dos dados então disponíveis³⁹³⁹. É também evidente que o Tribunal vê nessa intensificação do controle um meio de evitar, ou ao menos, de limitar eventuais disputas comerciais perante a Organização Mundial do Comércio. Disso dá testemunho a crescente harmonização entre a abordagem, pelo TJCE, do problema da análise dos aspectos científicos na aplicação do princípio da precaução e a abordagem dessa mesma questão no âmbito da OMC: cada vez mais o juiz **comunitário** adere aos mesmos critérios ali aplicados, o que certamente não significa que estão afastadas eventuais disputas comerciais⁴⁰⁴⁰.

Ao controle minucioso dos aspectos científicos das medidas de precaução vem juntar-se a intensificação do controle da proporcionalidade dessas medidas. Daí resulta a profunda sensibilidade do juiz comunitário em relação à análise da ponderação dos interesses, ponderação esta realizada pela autoridade pública. No caso *Pfizer*, por exemplo, o controle da proporcionalidade se deu em quatro etapas: em primeiro lugar, o juiz verificou se a proibição de utilização de certos antibióticos na criação de rebanhos ia ao encontro do objetivo perseguido no caso; em segundo, se medidas alternativas menos restritivas não poderiam ser tomadas; em terceiro – análise menos freqüente – se os inconvenientes causados por essas medidas não eram descomedidos em relação ao objetivo desejado; e finalmente – situação ainda mais rara – se na análise da relação custo/benefício os

36 ³⁵ Cf. o art. 121-3 al.3 do Código Penal e, quanto a essas questões, P. Bechmann et V. Mansuy, *Le principe de précaution*, Litec, Pratique professionnelle, 2002, p. 107 et s.

37 ³⁶ Pfizer Animal Health S.A., item 166 ; Artegodan, item 201 ; Solvay, item 126.

38 ³⁷ Conclusões de J. Mischo no caso *National Farmers' Union*, item 74, acima mencionadas.

39 ³⁸ O TJCE afirmou que o Estado-Membro pode limitar a livre circulação de mercadorias com fundamento no princípio da precaução, mas que tal princípio deriva sua aplicação do próprio sistema instituído pelos arts. 30 e 95 do Tratado da CE, sem, no entanto, substituí-lo. Ver, p. ex., C-241/01, *National Farmers' Union*, 22/10/2002.

40 ³⁹ *Solvay*, 132 et s.

inconvenientes não seriam excessivos em relação às vantagens decorrentes de uma inação⁴¹. Passo a passo, o juiz abordou essas diferentes etapas, analisando se a utilização de antibióticos como fator de crescimento seria indispensável ou não para a produção de carne, se existiam soluções alternativas a essa prática, se essas soluções alternativas seriam mais perigosas e se a autoridade comunitária não buscava apenas criar uma impressão positiva perante a opinião pública. A esta altura, estamos, pois, bastante distantes da expressão lapidar característica dos primeiros acórdãos relativos ao princípio da precaução: “a Comissão, na justa aplicação do Direito, logrou determinar as bases do litígio”.

Em suma: a maior parte dos argumentos que associam o princípio da precaução a uma situação desestabilizante cai por terra diante da jurisprudência que, com o passar do tempo, veio fundamentar o significado do princípio da precaução. Alguns esclarecimentos ainda são desejáveis, mas se referem menos ao princípio da precaução *stricto sensu* do que, de maneira geral, ao modo como as escolhas no âmbito do gerenciamento do risco tendem a ser efetuadas. Como arbitrar e delimitar essas escolhas? A questão, é claro, não nasce com o princípio da precaução, mas este teve o condão de renovar a urgência dessa análise. A incerteza científica conduz cada vez mais à dúvida, por exemplo, sobre se é preferível proibir uma vacina cuja segurança seja posta em dúvida ou informar o paciente sobre seus riscos ou ainda – considerando que o orçamento disponível para essas questões de segurança não é inesgotável – se seria lógico tentar prevenir um risco potencial quando outros – como o fumo, o trânsito etc. – são bastante concretos. O Estado, hoje muito mais do que antes, não pode invocar seu monopólio na definição do interesse público para afastar essas questões, como se tudo se definisse somente a partir de uma evidência, pois nada poderia ser menos evidente. Redefinir claramente os critérios e as condições sob as quais o risco se torna aceitável ou não: é este precisamente o ponto nodal das verdadeiras dificuldades, muito mais do que o significado *stricto sensu* do princípio da precaução⁴².

⁴¹ Quanto a esta questão, Ch. Noiville, *Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du risque acceptable*, Les voies du droit, PUF, Paris, 2003.

41 As disputas, no entanto, deveriam ser limitadas e sua solução, sempre facilitada. Ver, a este propósito, o caso Biret, no qual o Conselho, em decisão confirmada pelo Tribunal, mencionou as “múltiplas possibilidades” de articulação entre o princípio da precaução e o Acordo da OMC relativo a medidas sanitárias e fitossanitárias, “permitindo-se aos membros da OMC adotar medidas com fundamento [...] tanto nos padrões internacionais quanto em qualquer outra avaliação científica do risco ou no princípio da precaução. C-94/02, *Établissements Biret et Cie SA contre Conseil de l’Union européenne*, 30/09/2003, Conclusões de S. Alber.

42 *Pfizer Animal Health S.A.*, item 413 e ss.



Governo dos Riscos

CAPÍTULO 4

O Sistema Pericial

Perícia científica e gestão do meio ambiente

Jacqueline Morand – Deviller

O Sistema Pericial

Perícia científica e gestão do meio ambiente

Jacqueline Morand - Deviller¹

A noção de perícia limitou-se, durante muito tempo, à judiciária, instrumento de instrução, “ao qual todo juiz recorre quando tem dúvidas”. Este procedimento bastante antigo é utilizado no decorrer do julgamento antes de proferida a decisão e é acolhido, muitas vezes, como razão para decidir. O estudo da perícia não revela nenhuma evolução notável, exceto pelo fato de representar um extensão e um reforço à garantia da imparcialidade. Esse meio de avaliação expandiu-se, ao longo do tempo, até alcançar situações não contenciosas: perícia médica, fiscal, imobiliária...

O que está transformando o direito público, no entanto - e a este tema limitaremos nossas observações -, é o irresistível fortalecimento da assim chamada perícia científica no processo decisório político-administrativo, especialmente em matéria de proteção à saúde e ao meio ambiente, cujos objetivos estão intimamente ligados, como bem atesta a preocupação com a segurança sanitária. Direito nascituro, inspirado por preocupações de outra ordem de grandeza, como a qualidade de vida e de sobrevivência, questionamentos intelectuais de raro grau de dificuldade, que exigem dos juristas imaginação e criatividade, o espaço reservado ao direito ambiental e suas implicações tem tido crescimento exponencial, dir-se-ia do zero ao infinito, razão pela qual o pequeno grupo de juristas especializados, pioneiros dos anos 80, experimenta grande satisfação.

Encontraremos aqui algumas considerações sobre um novo problema da sociedade, que está no cerne da reflexão sobre o poder e, como tantas outras grandes questões contemporâneas, foi *revelado* pelas preocupações ambientais: o lugar da perícia científica, sua credibilidade, seus limites, os vícios e as virtudes de um sistema pericial.

A proliferação de novas ameaças, particularmente sensíveis no que se refere ao meio ambiente e à saúde, a conscientização pela opinião pública dos novos riscos e catástrofes levaram os responsáveis na esfera política a vislumbrar sistemas de avaliação, destinados a melhor controlar e prevenir os riscos de acidentes. O direito comunitário é o motor dessa nova maneira de administrar e numerosas são as diretrizes que prevêm, por exemplo, a obrigação de avaliação prévia (a) de medicamentos antes que sejam colocados no mercado, (b) de disseminação voluntária de organismos geneticamente modificados (OGM) e (c) de novos alimentos e ingredientes alimentícios (a esse respeito ver o Plano de Ação anexo ao Livro Branco da Segurança Alimentar, janeiro de 2000). A pesquisa é lenta e os resultados incompletos: assim, de 100.000 substâncias químicas

¹ Professora da Universidade de Paris I – Panthéon Sorbonne. Diretora honorária da Faculdade de Paris XII – Val-de-Marne.

atualmente comercializadas, somente 2.000 passaram por uma avaliação, em nível comunitário.

A *cultura do risco* que leva a um *governo dos riscos* reserva necessariamente um lugar especial àqueles que detêm o conhecimento, sejam cientistas ou especialistas nas questões de crescente complexidade ou peritos científicos. O surgimento da noção de avaliação prévia e de perícia (científica) é um fenômeno social inelutável que se apresenta como resposta a novas situações e a novas necessidades²¹.

A relação entre perícia científica e direito faz surgir para o poder público problemas, dos quais ele só se apercebeu há pouco e, ainda, de forma obscura. Fica evidente, no entanto, que é preciso distinguir a avaliação pelo perito e o processo decisório confiado às autoridades públicas: o conhecimento científico não tem poder e quem decide não está vinculado ao parecer do perito. No entanto, muitas questões permanecem ser resposta, tendo o mérito de ser postas abertamente. As situações derivam da própria confiabilidade da perícia científica: o dizer e o poder confiados aos responsáveis pela decisão.

I - A expressão da ciência: perícia e incerteza

Às verdades absolutas, herança orgulhosa do século das Luzes, oferecidas em devoção à deusa Razão, sobrevém o momento da dúvida e da incerteza, das hipóteses não verificáveis e das verdades plurais, atitude mais modesta e realista que as ciências rígidas e repletas de exatidão tiveram de admitir. Essa evidência da própria incerteza está na origem da promoção – alguns diriam da redescoberta – do velho princípio da prudência, rebatizado como princípio da precaução e na origem do dever de vigilância. Vindo à tona pelas preocupações ambientais, no âmbito da própria noção de desenvolvimento sustentável, esse conceito, que está *na moda* e foi midiaticizado a mais não poder, tem sido reintegrado pela maioria dos ramos da política e do direito. Complementar e não contrária à prevenção, a precaução se apóia, no entanto, em outra lógica, pois não precisa provar a existência de um risco para ser levada em consideração, sendo que a simples dúvida quanto à segurança de uma atividade qualquer ou de um produto basta para sua implementação pública.

A perícia científica, diferentemente do conhecimento científico, tem sido ainda mais invocada desde que se tornou um princípio geral do direito comunitário e foi acolhida pelo conjunto dos ordenamentos positivos dos Países-Membros. A ausência de certeza científica não constitui motivo apto a postergar a reflexão sobre dado problema nem a postergar a tomada de decisão que permita

2 A doutrina tem-se manifestado amplamente sobre esse tema e cito apenas algumas obras recentes entre várias outras: U. Beck, *A sociedade do Risco.*, Aubier 2001; M. Callon, P. Lascoumes, Y. Barthue, *Agir dans un monde incertain*, Seuil, 2001; B. Edelman, *La personne en danger*, PUF, 1999; M. Hirsch, *Ces peurs qui nous gouvernent*, Albin Michel, 2002; E. Naim-Gesbert, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruylant, 1999; C. Noiville, *Du bon gouvernement des risques*, PUF, 2003; P. Roqueplo, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, INRA, 1997.

evitar um dano ainda que eventualmente ocorrente. Convém avaliar, por isso, as possíveis ameaças e medir a dose aceitável de risco. Também neste ponto o decisor deverá recorrer à perícia científica³.

Assim, a perícia tornou-se, além de um auxílio no processo decisório do juiz, um auxílio no processo decisório das autoridades públicas, na busca da consecução do interesse geral e, ainda, um auxílio no processo decisório empresarial, cujas obrigações ambientais são cada vez maiores⁴. O espaço reservado aos peritos no processo decisório, o papel que lhes é confiado e sua influência em termos de poder impõem uma regulamentação de sua atividade que ainda não é significativa. Mas a questão está posta e soluções são propostas sempre no sentido de insistir na necessidade de certas qualidades inerentes a uma perícia digna de ser considerada como tal. Há três princípios geralmente aplicáveis, inspirados pela perícia judiciária que, sob diversas denominações, acabam por representar os mesmos conceitos:

Trata-se dos princípios da independência, da objetividade e do contraditório⁵, ou princípios da qualidade, da abertura e da eficácia consoante o Comunicado da Comissão da União Européia sobre A obtenção e a utilização da perícia, em 2002, ou princípios da excelência, da independência e do pluralismo segundo o Livro Branco da Governança Européia, adotado em julho de 2001.

A- Excelência

Quais os critérios científicos na escolha dos peritos? Que controles podem ser exercidos sobre o método de realização de sua missão e sobre os resultados obtidos? Como garantir a qualidade do perito e de seu trabalho? Não há respostas precisas para essas questões fundamentais. O que une os peritos é a imprecisão de seus poderes e a inexistência de um estatuto profissional, o que é realmente preocupante, se considerarmos que seus poderes são cada vez mais expressivos e podem ter conseqüências graves sobre direitos e liberdades: veja-se, por exemplo, o laudo psiquiátrico resultante de uma perícia, que pode vir a determinar ou não a prisão do indivíduo.

É certo que definir excelência e construir critérios seguros de qualificação do saber são tarefas difíceis. Mas não se trata de uma tarefa inatingível, o que bem demonstra a experiência universitária. E, a esse propósito, cumpre ressaltar a inacreditável inexistência de relação institucional – existem, mas são raras – entre os centros de pesquisa acadêmica e os que necessitam da perícia. A vantagem desses centros de pesquisa mostra-se redobrada em relação à perícia: é que os pesquisadores passam por rigorosa seleção, o que evita o amadorismo, e as pesquisas são conjuntas, o que evita o subjetivismo. Sem questionar aqui a qualidade dos peritos e das instituições privadas especializadas em perícia, é preciso denunciar a existência de *grupos fechados* formados por especialistas, ou por pretensos especialistas, com respostas prontas, com custos elevados que

3 A reflexão precisa sobre tais questões consta do Relatório de Ph. Kourilsky et G. Viney: *Le principe de précaution*, La Documentation française, 2000

4 cf. *infra*

5 ver, a esse propósito, M.A. Hermitte *L'expertise scientifique à finalité politique*, Justices, 1997, n° 8 et S.Charbonneau, *La gestion de l'impossible*, Economica, 1992

refletem a mercantilização da atividade, com total ausência de controle sobre a confiabilidade dos trabalhos e dos resultados, o que nos leva à seguinte questão: a utilização freqüente, por auditorias privadas, de trabalhos universitários (cuja fonte em geral é omitida) é uma garantia, mas qual é, de fato, a mais-valia científica incorporada a esses resultados? Enfim, quando se trata do interesse público, parece natural e correto permitir às estruturas públicas encarregadas da prestação de serviço público, bem como aos centros incontestes de excelência, que desempenhem o papel que lhes cabe.

Neste ponto, surge uma pergunta concernente às características da avaliação pericial em questão. Mais precisamente, a perícia científica deve perder-se nos detalhes de alta tecnicidade, como parece ser a tendência atual ou, ao contrário, deve proceder a apreciações globais da situação investigada? Não resta dúvida que é muito mais fácil para os especialistas chegar a conclusões sobre os pontos específicos de seu conhecimento: mesmo o direito tem essa tendência de fragmentação do conhecimento graças a uma profunda especialização. Em matéria ambiental, não faltam métodos sofisticados. Pode-se tomar como exemplo a avaliação quantitativa dos riscos sanitários, com um enquadramento metodológico padronizado, implementado há mais de vinte anos nos Estados Unidos, que se compõe de quatro fases: identificação dos riscos, caracterização dos riscos, avaliação da exposição humana a tais riscos, caracterização dos riscos sanitários, levando-se em conta a incerteza científica, sendo em cada fase implementadas técnicas predeterminadas. O interesse em adotar esse método tem menos a ver com a sofisticação do procedimento do que, efetivamente, com os dois princípios que o iluminam: o princípio da coerência e o princípio da transparência.

Dois perigos ameaçam a qualidade da perícia científica. O primeiro diz respeito ao isolamento do pesquisador e à característica de fragmentarismo de sua perícia. É desejável, no momento atual, insistir na coerência das decisões administrativas, em relação à boa governança, pois esta se impõe em termos de escolhas globais e não-fragmentárias: por isso é que a Lei francesa de dezembro de 2000 sobre a Segurança e a Restauração Urbana obriga os responsáveis pelo planejamento urbano a estabelecerem uma relação entre os problemas de utilização do solo com as questões sociais, as redes de transporte, o desenvolvimento econômico e comercial e, *last but not least*, com a proteção ao meio ambiente. Essa visão sistêmica dos problemas também se impõe no que diz respeito à perícia, que não deve limitar-se a conclusões isoladas do resto dos problemas, mas deve permitir uma apreciação global do tema de modo coerente com a visão de conjunto, com as questões fundamentais então colocadas. Este é o pressuposto para que a perícia se constitua verdadeira ajuda na tomada de decisão.

O segundo perigo se refere à não-transparência. Isto se dá, porque sendo as questões em causa revestidas de alta tecnicidade, a autoridade que deve tomar as decisões assim como o perito acabam por considerar desnecessário informar os cidadãos sobre esses temas, presumindo sua incapacidade de compreensão, para tanto utilizando-se de um raciocínio absolutamente falso e preconceituoso, que está em desacordo com o próprio desenvolvimento contemporâneo da democracia participativa. A transformação dessa atitude evolui rapidamente, e de modo perceptível, no sentido de uma parceria entre o usuário, o cientista e a autoridade decisória. Tem sido assim,

há mais de dez anos, na Dinamarca, no Canadá, na Austrália, na Suíça e na Grã-Bretanha com uma experiência chamada de “conferência dos cidadãos” que consiste em selecionar quinze pessoas, dar-lhes um treinamento de alto nível e consultá-las quanto à avaliação do problema. Fóruns híbridos foi o nome que se deu, na França, à experiência proposta, nesse campo, utilizada em relação aos organismos geneticamente modificados, em 1998, e em relação ao aquecimento do planeta, em 2002. É evidente a relevância dessas análises e dessas propostas. Esse método poderá, realmente, tornar-se comum quando se tratar da preparação de textos importantes.

B - Independência

Algumas observações bastante duras foram feitas com relação ao estado de servidão em que se encontraria o perito em face de seu contratante. Situações como o caso das transfusões de sangue e o caso do amianto demonstraram claramente a promiscuidade entre as funções controlador-controlado: foi o caso do “Comitê amianto” que, originalmente, reunia cientistas, indústrias interessadas e representantes do Estado. Os riscos de conflito de interesses são ainda maiores, tendo em vista que o meio acadêmico envolvido nessas questões é pequeno e fechado em si mesmo, e é reduzido o número de pessoas diretamente engajadas nessas pesquisas, participantes que são de um grupo de alta especialização, freqüentemente ligado aos interesses econômicos em jogo. Isto se revela particularmente evidente no caso da indústria nuclear⁶. Como, então, garantir a perfeita independência da avaliação visto que o financiamento da pesquisa é feito pelo próprio contratante? É a pergunta que se faz, por exemplo, no caso de financiamento dos estudos de impacto ambiental pelo próprio construtor da obra. Percebe-se nesse contexto, considerando-se o conteúdo da perícia diretamente ligado às questões que se colocam, que o contratante, ao definir o escopo da perícia, pode tender a selecionar problemas que não apresentem risco de interpretação que lhe seja desfavorável⁷.

A conscientização dos riscos apresentados pela falta de independência dos peritos conduz a reformas interessantes. É o caso da prática relativa à declaração de interesses exigida por números estabelecimentos especializados na questão da segurança alimentar e dos medicamentos. Obriga o perito a declarar os interesses em causa no que concerne a sua relação com esta ou aquela empresa ou associação: seja o financiamento do laboratório, seja a contratação onerosa...

Cumpramos ressaltar a criação, pelo Poder Público, de uma certa quantidade de Agências especializadas, que se constituem como pessoa jurídica de direito público, cuja estrutura administrativa e funcional deverá garantir sua independência. Além da Agência Francesa do Sangue, da Agência Francesa para a Segurança dos Produtos na Área de Saúde, faremos algumas considerações acerca da Agência Francesa para a Segurança Sanitária dos Alimentos (AFSSA), criada pela Lei de 1º de julho de 1998, que funciona em estreita colaboração com a Autoridade Europeia de Segurança Alimentar, criada em 28 de janeiro de 2002.

6 ver M. Rivasi, *Ce nucléaire qu'on nous cache*; Albin Michel 1998.

7 cf. B. Latour *Politiques de la nature. Comment faire entrer les sciences en démocratie?*, Ed La découverte 1999

A garantia de independência é implementada por meio dos seguintes dispositivos: a AFFSA, que não está subordinada hierarquicamente a nenhum ministro, tem por objetivo desenvolver atividades de interesse exclusivamente sanitário; tem 95% de suas atividades financiadas pelo Estado; seu corpo de peritos constitui um colegiado; seus procedimentos buscam garantir um tratamento idêntico para todos os casos em análise; busca, ainda, um equilíbrio entre a utilização dos cientistas que trabalham na Agência e a utilização de peritos externos; as declarações de interesse são obrigatórias; os pareceres são publicados e, enfim, a Agência tem poder de iniciativa, o que permite afastar a armadilha dos questionários formulados *ad hoc* por hábeis autoridades políticas e administrativas.

Chamamos a atenção, finalmente, para os dispositivos que buscam garantir a liberdade de expressão dos peritos: ver o *Whistle Blower protection Act* de 1989, Estados Unidos. Esta liberdade também é garantida acima de qualquer cláusula contratual de confidencialidade: a exemplo do *Public Interest Disclosure Act* de 1998, Reino Unido. Esse estímulo à liberdade de expressão é reproduzido pela Lei francesa de 4 de março de 2002, relativa aos direitos dos enfermos, e nos Decretos de 22 de fevereiro de 2002, relativos à segurança nuclear.

C - Confiabilidade

A confiabilidade da perícia científica é essencial, porque suas conclusões se destinam a permitir os esclarecimentos necessários às autoridades públicas em suas escolhas e em sua tomada de decisões. Como previsto em relação à perícia judiciária, também a perícia científica deve ser realizada com “consciência e objetividade” (art. 237 do Código de Processo Civil francês). Mas não se pode exigir do perito mais do que ele pode oferecer, e nem se pode impedir que ele mencione suas dúvidas, muito pelo contrário, deve fazer referência à existência de variadas hipóteses e de diferentes possíveis soluções. A credibilidade do perito é geralmente medida pelas nuances de suas conclusões e pelo fato de produzir uma reflexão que proponha tanto respostas quanto novas questões.

As conclusões do perito devem levar em conta tanto o risco, que é o perigo eventual mais ou menos previsível, quanto qualquer álea (empresarial, administrativa ou econômica), que se refere a um evento imprevisível. Essas conclusões deverão demonstrar o risco real e o risco potencial, em virtude do princípio da precaução. Nelas o risco será definido, avaliado, graduado e focado, isto é, não será considerado apenas em tese, por falta de conhecimentos científicos suficientes, nem será abordado tardiamente, no que concerne à prevenção contra a efetivação do dano. A perícia é uma espécie de foto instantânea dos conhecimentos científicos existentes em relação a certo tema. É por isso que a seguinte expressão de prudência é cada vez mais citada nos pareceres de peritos: “tendo em vista o estado atual dos conhecimentos científicos”, o que permite novas análises, à luz de novos conhecimentos. Tanto as decisões administrativas quanto as judiciais utilizam essa fórmula.

Uma perícia confiável é aquela que não hesita em reconhecer o pluralismo das verdades. Apresentará as diferentes hipóteses científicas, analisando-as e comparando-as em busca de um eventual consenso, estimulando o contraditório e o debate. Uma das vantagens do colegiado de peritos é o de fazer instaurar esse tipo de debate desde o começo, mas nada impede o perito individual de considerar a diversidade de opiniões sobre a questão que lhe foi proposta e de insistir no pluralismo das verdades antes mesmo de oferecer a opinião pessoal, com todas as eventuais reservas ao tema.

Nesse sentido é que o estudo de impacto - que é uma espécie de perícia científica que tem por objetivo analisar as incidências relevantes sobre o meio ambiente, seja de uma obra pública ou privada - foi revisto e reformado para não parecer que se tratava de uma simples justificação da obra. Deve reunir as considerações de todos os lados e as várias razões que levaram à paralisação do projeto e à análise dos métodos utilizados, obrigações que permanecem ainda muito vagas e de alcance limitado. A criação de um Comitê técnico de avaliação dos estudos de impacto - por iniciativa da Itália e dos Países Baixos - já foi considerada algumas vezes, tratar-se-ia de um organismo multidisciplinar que seria consultado sobre as obras e projetos mais importantes e teria direito de veto.

À pergunta: quem julgará os juízes, pode-se acrescentar uma outra; quem fará a perícia sobre os peritos? Quais sanções impor às perícias não confiáveis, incompletas ou equivocadas? Qual a responsabilidade do perito? Nesse ponto, vemo-nos obrigados a constatar que são raros os litígios quanto a essas matérias. No caso de pareceres de peritos com conclusões falsas (o que já aconteceu no passado, no âmbito de processos criminais, envolvendo casos de envenenamento ou de perícia grafológica), o perito não pode sofrer a *persecutio criminis* apenas em razão de sua incompetência. Neste caso, será preciso recorrer ao direito penal para tentar ajustar a situação concreta às hipóteses de corrupção, quebra de sigilo profissional, falsidade ideológica decorrente de mentiras abusivas, pois não há a possibilidade de indiciamento específico em relação à mera atividade pericial. A questão que se coloca é a de viabilizar um regime jurídico especial quanto à atividade pericial, que permita a instauração do procedimento penal por razões de insuficiência notória de pesquisas ou de erro manifesto de apreciação.

É claro que não se pode imaginar impor à liberdade científica quaisquer constrangimentos, mas ela é realmente ilimitada? Invocaremos, quanto a essa questão, a iniciativa do Prof. Jean Dausset - prêmio Nobel - pela criação do Movimento universal pela responsabilidade científica (MURS), que reivindica um autocontrole da ciência e uma responsabilização moral dos cientistas, proposta generosa mas, por não estar vinculada a nenhuma sanção, corre o sério risco de se tornar ineficaz.

II - Ação: a decisão e o risco

Diante do aumento potencial dos riscos, a decisão política torna-se cada vez mais complexa e a responsabilidade dos governantes, cada vez maior, o que provoca a urgência de uma reflexão urgente sobre as relações entre o cientista, a sociedade civil e a política.

A. O risco aceitável

Em princípio, nossa cultura aceita o risco como o motor do progresso. Ela se atém à idéia de que “quem não arrisca não petisca”. A alternativa não se situa, então, entre o risco e a ausência de risco, mas entre o risco aceitável e o risco inaceitável. As autoridades públicas têm, portanto, o dever de antecipar e sopesar a dose de risco aceitável, escolha fundamental da qual depende toda uma série de decisões.

Está na moda, hoje em dia, questionar-se, em face do recrudescimento do liberalismo, sobre a dicotomia Estado moderno-Estado modesto, ou seja, muito ou pouco Estado, questão que foi debatida intensamente no passado, especialmente pelos Enciclopedistas. Atualmente o debate é de outra ordem, mais qualitativo do que quantitativo: trata-se de verificar a quem incumbe descobrir quais os possíveis riscos, a quem incumbe sopesar esses riscos ou informar os cidadãos de sua existência ou decidir correr o risco ou preveni-lo e consoante quais procedimentos, questões que se encontram no centro do debate político.

É preciso fixar prioridades, estabelecer uma hierarquia dos riscos, *tragic choices* consoante a expressão anglo-saxã, escolher entre incentivar esta ou aquela linha de pesquisa, saber ultrapassar a simples reação aos acontecimentos e deixar de improvisar diante da catástrofe imprevista. Porque ter que esperar por um série de inundações graves e uma catástrofe como a da Usina AZF, em Toulouse, para aprovar uma lei sobre os riscos naturais previsíveis e os graves riscos tecnológicos (Lei francesa de 30 de julho de 2003)?

O Estado gestor do risco é uma das novas facetas do Estado-Providência. Em face dos perigos até então desconhecidos: aquecimento do planeta, camada de ozônio, chuvas ácidas, desgaste da biodiversidade, contaminação dos alimentos, vaca louca etc, perigos que têm dimensão internacional e, às vezes, irreversível, a decisão deve emanar da mais alta instância: organismos internacionais e autoridades estatais. O aspecto mundial e a gravidade dos problemas impedem um tratamento diferenciado em conformidade com as sensibilidades locais, o que não exclui, em hipótese alguma, uma ampla participação das autoridades locais na implementação e execução das decisões.

Geralmente as autoridades públicas são chamadas a determinar o nível de aceitabilidade

dos riscos, noção intrínseca ao direito administrativo⁸. O nível, seja ele expresso em números, quantificável ou não, resultante da noção emanada da doutrina ou da jurisprudência, qual seja sua relação de proporcionalidade, mas o resultado é o mesmo: abaixo desse nível, a legalidade deve ser respeitada; acima dele, não pode haver previsão legal. O administrador se vincula aos níveis predeterminados de aceitabilidade dos riscos, mas sua ação é discricionária quando esses níveis são ultrapassados. Vêm em auxílio do administrador no processo decisório e influenciam sua margem de apreciação.

O relevo dessa questão tem aumentado em face das múltiplas definições do nível de aceitabilidade dos riscos, que tem sido freqüentemente expresso em números, sobretudo em matéria ambiental: limite em decibéis para os sons, exposição máxima admissível e valores-limite de perda acústica. E o que dizer das diretrizes europeias e dos programas de ação comunitária que, na questão de meio ambiente, prescrevem normas de produto, normas de procedimento, normas de emissão, de concepção e de exploração, inclusive níveis aceitáveis de poluição que não podem ser ultrapassados ou, mesmo, exigências de qualidade mínima satisfatórias a longo prazo.

O direito, como afirmou Michel Foucault, deve sua jurisdição à ciência e, sem dúvida, ele inclui entre as ciências a própria ciência do direito. Ao decisor interessa, pois, valer-se do maior número de pareceres e, se necessário, de contra-razões por outros peritos, sem que deva, no entanto, abusar dessa prerrogativa, como também cabe ao decisor buscar apoio em pareceres existentes sobre questões já apreciadas, quando se tratar de situações similares. Sua decisão será a melhor quando fortalecida pela perícia científica e orientada pela autoridade de inúmeros pareceres. A perícia, então, assumirá plenamente seu papel auxiliar no processo decisório. É nesse âmbito que se situa a indagação acima exposta concernente à relação entre o perito e o decisor e pertinente ao lugar reservado ao perito, no que diz respeito à decisão política ou administrativa.

B. A responsabilidade do decisor

É fato estabelecido que o decisor deve resguardar um amplo espaço de autonomia em relação aos resultados da perícia, que tem valor apenas de parecer que não pode afetar a autoridade pública em sua liberdade para arbitrar e para proceder às escolhas que entenda necessárias nas decisões que venha a tomar. Isso representa uma passagem da esfera puramente científica para o âmbito da política, sendo que as razões de Estado prevalecem sobre as razões científicas, seja porque a situação requer uma difícil arbitragem entre várias possibilidades científicas, seja porque estas ainda se encontrem revestidas de incerteza. Do mesmo modo, o magistrado conserva sua independência em relação à perícia produzida nos autos, e o perito, por sua vez, deve limitar-se à situação fática em apreço, sem se aventurar a considerações jurídicas ; “O juiz não se vincula às constatações ou conclusões do perito”⁹.

A jurisprudência tornou precisas as considerações em torno dessa questão, sempre no

8 Ver J. Morand-Deville, *La notion de seuil en droit administratif* in *Mélanges Franck Moderne*, Dalloz 2004

9 Art. 246 do código de processo civil francês.

mesmo sentido. No direito comunitário, o art. 174.3 do Tratado reconhece que “os dados científicos e técnicos disponíveis constituem apenas um elemento”, entre outros, que serão levados em conta pela União na elaboração de sua política. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias reafirmou essa orientação em vários acórdãos. Por exemplo, no caso *Fedesa*, decisão de 13 de novembro de 1990 (conclusões de Mischo), a propósito da regulamentação dos hormônios de crescimento, assim decidiu aquela Corte: “tendo em vista as divergências manifestadas na apreciação do caso ora em exame, aos operadores econômicos não era lícito ter a expectativa de que uma eventual proibição de administrar-se essas substâncias aos animais que pudesse basear-se apenas em dados científicos”. Ainda mais esclarecedor é o acórdão proferido no caso *Pfizer*, em que se discutiu o uso de certos antibióticos como fator de crescimento do rebanho, uso este que foi proibido pela Comissão, contrariando o parecer do Comitê científico para a nutrição animal. O Tribunal de primeira instância do TJCE, quando do julgamento de 11 de setembro de 2002, rememorou que o parecer do comitê científico apenas tem o condão de fornecer a essas autoridades um “conhecimento fático”, que pode ser descartado por estas, pois a elas, e somente a elas, cabe a fixação do nível de risco aceitável.

No caso do inseticida *Gaúcho*, o Conselho de Estado afirmou que a decisão do Ministro da Agricultura de autorizar a colocação daquele inseticida no mercado revestiu-se de irregularidade, pois não levou em consideração a totalidade dos dados científicos disponíveis: CE, 09/10/2002, *Union nationale de l'apiculture française*. A relevância desse julgamento deriva do fato da aplicação do princípio da precaução, precisamente porque, correspondendo esse princípio a uma situação de incerteza científica, “uma abordagem puramente hipotética do risco” e “simples suposições científicas ainda não confirmadas” não teriam o condão de viabilizar qualquer medida preventiva. Incumbe, pois, à autoridade competente “proceder a uma ponderação das obrigações que lhe são inerentes e, finalmente, decidir, seja no sentido de aguardar um aprofundamento dos resultados da pesquisa científica, seja no sentido de agir com base nos conhecimentos científicos disponíveis”.

Cumprе lembrar que o princípio da precaução está diretamente vinculado ao princípio da proporcionalidade, sendo que este exige a ponderação entre o eventual interesse de agir ou não e - em caso de ação - a necessidade de limitar-se a medidas provisórias e reversíveis, em face de possíveis evoluções. A única obrigação que compete ao decisor público é a de requerer uma avaliação científica séria sobre o alcance do risco – salvo se a urgência da situação tornar impossível essa avaliação –, como também lhe compete, em função dos resultados da perícia, ponderar as vantagens e os inconvenientes das medidas vislumbradas e realizar sua escolha a partir dos interesses concretos – ações estas que configuram, no momento, uma avaliação política, a que Jean Carbonnier chamou de “ponderação analítica”¹⁰. Inúmeros parâmetros deverão ser levados em conta. Desse modo, a utilização do princípio da precaução somente se dará se a ameaça for realmente séria e a medida preventiva somente será concebida quando representar “um custo econômico aceitável”, sendo certo que o nível de proteção deverá sempre ser “elevado” (art. 145, § 1º e 173 § 2º do Tratado CEE). A regra da razão proporcional aplicada em direito médico também se apóia em princípios idênticos. O médico deve proceder a uma ponderação entre os benefícios esperados pelo doente em relação a um medicamento e os riscos que dele possam

10 Ch. Morand (orgs). *La pesée globale des intérêts*, Faculdade de Direito de Genebra, 1996.

resultar, o que constitui a tradicional obrigação de não impor ao paciente “riscos desproporcionais em relação aos benefícios esperados” (Art. 1º da Lei de 4 de março de 2002, acima mencionada).

Cumprir observar a preocupação do legislador, em seu cuidado de controlar a complexidade e a imprevisibilidade das situações, de estabelecer certos padrões sutis e bastante gerais, que dão uma certa idéia de normalidade, mas que remetem a uma ampla possibilidade de interpretação; assim, os riscos de exposição dos trabalhadores às agressões químicas devem ser afastados ou, no caso concreto, ser reduzidos a níveis de exposição “tão baixos quanto seja razoavelmente possível na prática” (Diretriz CEE 16/02/1998).

Esses princípios, no entanto, não conseguem dissimular as dificuldades às quais se expõe o decisor público contemporâneo. Mesmo quando disponha de total autonomia – e é o caso – em relação ao perito, ele se vê desarmado pela complexidade dos problemas em relação aos quais seu conhecimento é realmente insuficiente, sendo obrigado, em última análise, a respaldar as conclusões dos cientistas. Como poderia ser diferente? O decisor, portanto, deve manter o equilíbrio, usar sua experiência com as situações e as pessoas, praticar a arte do bom senso, debater, considerar o maior número de pareceres sérios – sem, no entanto, desperdiçar seu tempo, pois se o tempo do cientista é longo, o do político é curto – e entender que assumir responsabilidades é dividir responsabilidades. Trata-se, em suma, da atuação que se impõe a todo e qualquer governante: governar é ser previdente, isto é, escolher e decidir entre várias situações representativas do interesse público, ainda que todas sejam legítimas, de modo a estabelecer prioridades e hierarquia entre elas, o que, na verdade, significa assumir riscos.

Percebe-se, de imediato, que tanto para o decisor quanto para o perito o isolamento é nocivo, haja vista que a ação correta em política deve encontrar apoio no consenso. O melhor método quanto à decisão dos riscos que são aceitáveis e dos que não o são, quanto à fixação de prioridades e hierarquias, assim como quanto à produção de normas adaptadas à realidade, é lançar mão de uma nova forma de democracia participativa, na qual o indivíduo se transforme de objeto das decisões em sujeito delas e possa participar ativamente na avaliação e na prevenção dos riscos que o ameaçam. Neste caso, também, o direito ambiental desempenhou um papel revelador.

C. O gerenciamento democratizado do risco

Coroados em sua legitimidade de eleitos da Nação ou da coletividade territorial, os governantes e a administração que lhes dá apoio rejeitaram, durante muito tempo, qualquer veleidade, ainda que modesta, da democracia semi-direta. Mas o progresso das comunicações e da *midiatização*, a expansão dos direitos fundamentais e a ânsia de liberdade individual terminaram por impor novos modos de relacionamento entre os cidadãos e o Poder Público. A famosa trilogia informação-concertamento-participação transformou-se em cidadela, conquistando, apesar de tudo, a própria

democracia representativa.

Essa evolução não pode deixar de influenciar a administração dos riscos. A obrigação de informar sobre os riscos incorridos sucede a séculos de segredo – evolução súbita e irreversível. No campo da saúde, a obrigação de informar o doente assumiu uma importância considerável, sobretudo se se constata que, há algumas décadas, a regra era a imperatividade do segredo médico. As relações paciente-médico são concebidas hoje como uma parceria e o primeiro não somente tem o direito de ser informado sobre seu estado, como também o de participar na tomada das decisões pertinentes a sua doença: ver, a este propósito, a lei de 4 de março de 2002. Nesse colóquio singular, a liberdade do doente, além de uma liberdade de autonomia, é uma liberdade de participação...

De modo geral, o cidadão é informado sobre os efeitos colaterais dos medicamentos, sobre a salubridade das praias, sobre a qualidade do ar, sobre os riscos tecnológicos e industriais graves, sobre os alertas sanitários. Os trabalhadores, por sua vez, têm o direito de ser informados sobre os riscos inerentes a sua atividade profissional (Lei de 30 de julho de 2003 acima mencionada) e os Tribunais não hesitam em proferir condenações por insuficiência de informação sobre riscos: cf. caso *Guerra* CEDH 19/02/1998, condenação do Estado italiano por insuficiência de informações sobre os perigos decorrentes da presença de uma usina classificada *Seveso*. Não podemos esquecer, ainda, o progresso trazido pelo direito de acesso aos documentos administrativos e pela jurisprudência liberal da Comissão de Acesso a esses documentos (CADA), que festejou em 2003 seu 25º aniversário. O direito à informação invadiu até um dos setores menos transparentes, o setor nuclear, e se a toda-poderosa COGEMA acaba de ser levada perante o tribunal correccional pela Corte de Apelação de Limoges (Acórdão de 25 de março de 2004), isso se deu diante de sua recusa de prover informações claras, com base em perícia independente, no que se referia à poluição grave de rios e lagos, em razão da presença de dejetos radioativos produzidos pelas usinas de exploração de urânio na região de Bessines. Os resultados das perícias científicas encomendadas por uma associação de proteção ao meio ambiente, a centros conhecidos por sua incontestável qualidade e pela independência de seus peritos, pesou muitíssimo na referida decisão.

Os decisores, responsáveis políticos ou administrativos, presidentes de empresas ou profissionais, pouco a pouco se conscientizam de seu dever de informar e já o consideram como um comportamento suscetível de limitar ou suprimir sua própria responsabilidade. A vítima de um prejuízo, quando sincera e claramente advertida dos possíveis riscos e da incerteza na abordagem desse risco pelo decisor, poderá, no máximo, buscar reparação civil, mas nunca ajuizar uma ação penal com sucesso.

Por outro lado, é preciso não esquecer que a circulação da informação é uma via de mão dupla: do decisor para os cidadãos e dos cidadãos para o decisor e para os peritos. A experiência das conferências de cidadãos (mencionada acima) é bastante significativa quanto a isso. A ciência dos cidadãos pode representar um ganho fundamental para os cientistas, em sua perícia, como também o medo das eventuais vítimas e sua vigilância podem permitir a emissão de um alerta ainda em tempo hábil.

O terceiro grau da nova democracia é o da participação, isto é, o acesso aos processos decisórios. Esse acesso direto ainda não está viabilizado, o que é compreensível pelo fato de que a adoção de uma medida ou a decisão política compete aos eleitos e aos governantes, em uma democracia representativa. O acesso, no entanto, poderia ser indireto: evolução do referendo local, expectativa de progresso na implementação da Convenção de Aarhus sobre o acesso à informação e a participação no processo decisório, de 25/06/1995. Por que não ? O debate sobre o risco aceitável, que assumiu grande relevo junto à opinião política, que confrontou a política com escolhas difíceis e permitiu exigir de seus responsáveis efetiva responsabilização, talvez venha a modificar esse quadro. Os decisores, por sua vez, têm interesse em compartilhar os riscos políticos inerentes a suas decisões e vêem como estratégica a transferência de parcela desses riscos para os cidadãos a quem seria outorgado algum poder de decidir. Os instrumentos de exercício desse poder ainda precisam ser delineados: fazer uso do referendo quanto às graves questões talvez seja desejável, como também a utilização de procedimentos menos complexos.

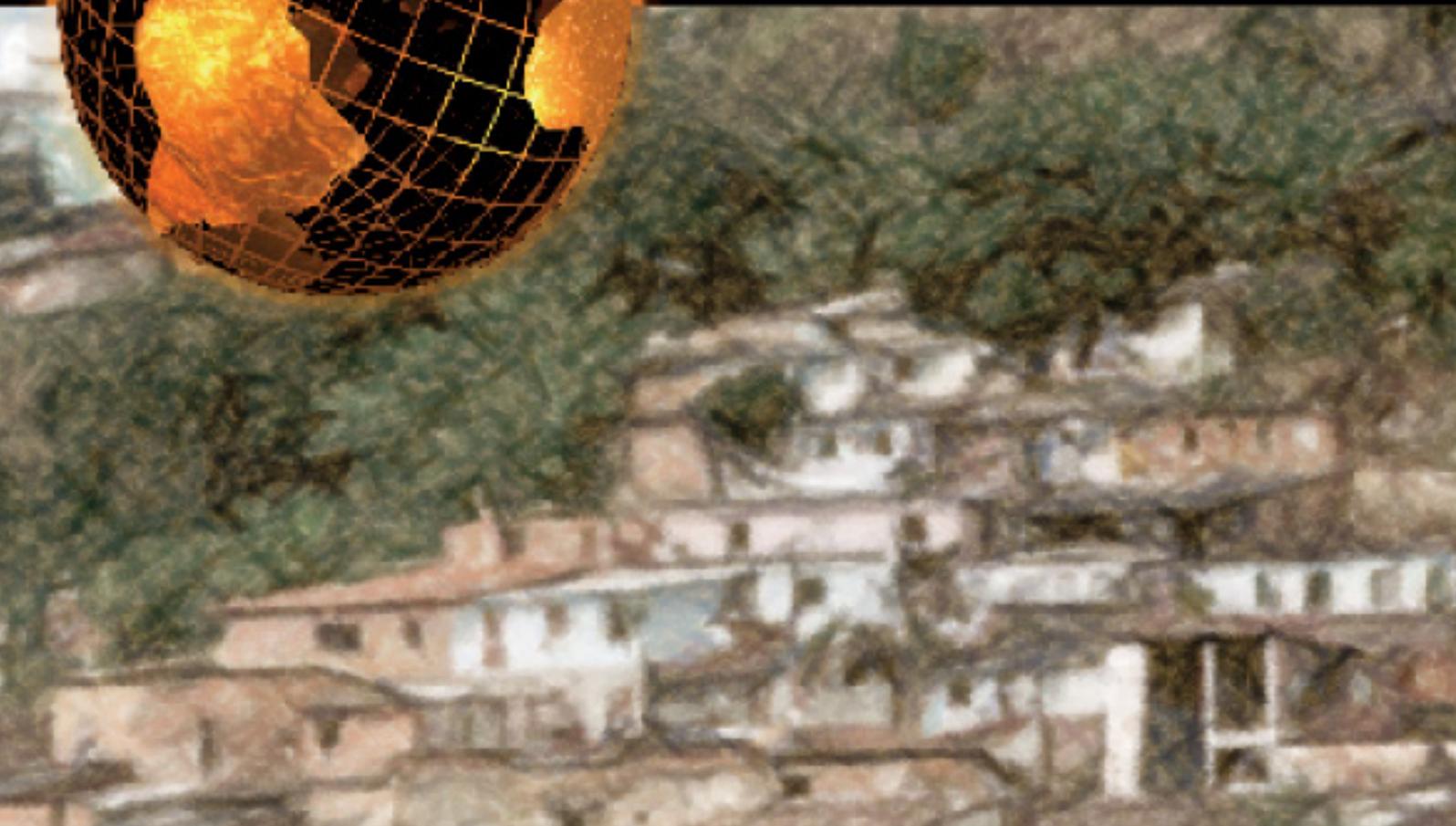
Essa democratização do gerenciamento dos riscos impõe finalmente uma nova obrigação aos decisores, que é precisamente a de fundamentar com clareza suas escolhas e abandonar o péssimo hábito de apresentar motivações superficiais. O juiz administrativo (famoso Acórdão *Barel*), há mais de meio século, tomou a iniciativa de impor à Administração Pública a obrigação de fundamentar suas decisões, e o legislador, em 1979, transformou essa obrigação em princípio, deixando esta de configurar como exceção à regra. Essa obrigação do decisor de motivar e justificar suas escolhas, especialmente no que se refere aos resultados das perícias científicas, é um dos aspectos essenciais do debate democrático sobre a gestão de riscos e seria desejável que as decisões de certo porte viessem precedidas de uma exposição de motivos, em cujo corpo fossem indicadas as questões em jogo, as dificuldades encontradas, as verdades plurais da perícia e as efetivas razões de decidir.

A cultura da dúvida ainda não está bastante disseminada em nosso direito, em cujo âmbito as hesitações e as reservas são ocultadas como se se tratasse de um comportamento indigno. Seria talvez o caso de prever a necessidade de *publicização* das reservas de interpretação no corpo do acórdão, bem como as explicações de votos proferidos em assembleias. Em matéria ambiental, miniestudos de impacto ambiental talvez deveriam acompanhar algumas decisões administrativas importantes, o que já se vislumbrou no campo legislativo, sem resultados efetivos. O **dizer** do perito e o **fazer** do decisor têm tudo a ganhar com essas práticas.

A sociedade do risco se vê, assim, confrontada com novas ameaças e novos receios. Para concluir estas breves observações sobre a avaliação dos riscos ambientais, recorro a um grande jurista injustamente esquecido: Georges Renard que, em sua obra *Le droit, l'ordre et la raison* (1927) afirmou que “o direito não é a filosofia da habilidade, mas a filosofia da honestidade”. Recordemos, neste ponto, a convicção dos índios Guarani para os quais todo nascimento é trágico, porque cercado de grandes ameaças: a criança *cai* e um homem, presente no momento do parto, a ajuda nessa queda. Mas eis que, logo depois, surge uma mulher que carrega o recém-nascido e o levanta para o alto, significando que, apesar do risco e das ameaças, a esperança é sempre a mais forte.



Governo dos Riscos



CAPÍTULO 5

As relações internacionais e a proteção ambiental

Heber Arbuet-Vignali

As relações internacionais e a proteção ambiental

Heber Arbuet-Vignali¹

I. Localização do tema

Aproximadamente nos últimos cem anos ocorreram mudanças no estilo das relações internacionais, que repercutiram em outras do direito que as regula e que levou ambos os setores da realidade a uma crise de desenvolvimento, que consideramos ser positiva em última instância, mas que, enquanto se encaminha para as soluções adequadas, preocupa e é difícil de apreender. Nesse contexto devemos situar a proteção política e jurídica do ambiente humano, de modo geral. Para poder conseguir essa situação e assim contribuir para superar a crise, é necessário saber o que aconteceu, por que aconteceu, quais foram as últimas causas da “desordem” e quais podem ser os caminhos para se ter a possibilidade de assentar as primeiras bases de uma ordem ambiental mundial justificada. As reflexões que se seguem têm como propósito sensibilizar a humanidade², e dentro dela especialmente a comunidade científica, sobre a necessidade de explorar novos caminhos para obter propostas operantes em matéria de regulação ambiental mundial.

II. As mudanças de um século longo e fragmentado

A partir do momento em que, em meados do século XVII, se consolida o atual sistema básico de relações internacionais, estas se desenvolveram e regularam, partindo de uns tantos conceitos fundamentais que permitiam sua coerência e previsibilidade, uma certa “ordem” obtida e operante, embora não necessariamente sempre justa, ou melhor dizendo, equitativa para todos³. Cinco eram as principais dessas idéias fundamentais. O protagonismo exclusivo dos Estados na operacionalidade direta e no manejo das relações internacionais. A idéia de que o comando ordenador interno e o comando coordenador internacional deviam ser justificados, recorrendo-se para isso, em todo o mundo e por distintas razões e procedimentos, ao atributo político e jurídico legitimante da soberania⁴. O recurso a um sistema político internacional de equilíbrio multipolar de

1 Catedrático de Direito Internacional Público e de História das Relações Internacionais, na Faculdade de Direito de Montevideu – Uruguai. Prêmio COMICYT, nível III, em Investigação Jurídica, 1999.

2 Para uma exposição detalhada desse conceito, ver H. ARBUET-VIGNALI (2004), pág. 7 a 16.

3 Preferimos a expressão “equitativa” a “justa”, porque esta é mais filosófico-cultural, portanto, de mais difícil apreensão e coincidência em nível global e, no momento, de impossível aplicação racional, considerando-se a diversidade cultural do planeta e a benéfica influência que se depreende dela, que deve preservar-se em muitos aspectos e também superar-se por consenso em outros.

4 Sobre nossa teoria jurídica da soberania, ver H. ARBUET-VIGNALI (1999), pág. 93 a 120.

poder para ordenar com certa harmonia, equilibrando os diferentes instrumentos e procedimentos e oferecendo aceitabilidade generalizada mínima à convivência nas relações internacionais⁵. Adotar como base da convivência internacional a negociação e o acordo, porém admitindo também, através do status jurídico do Princípio da Autotutela, um jogo equilibrado e controlado do uso da força, evitando seus exaustos catastróficos, embora o uso da força teoricamente só se admitia para respaldar o direito (guerra justa), e impor sanções; praticamente, carecendo-se de estruturas adequadas, era impossível impedir todos os abusos maliciosos⁶. Por último, a criação, por parte dos mesmos protagonistas de um sistema jurídico de coordenação, o Direito Internacional Público, adequado para ordenar obrigatoriamente as relações no contexto do sistema político escolhido, sem afetar por isso o atributo paradigmático da soberania de seus Estados⁷.

Estas foram as principais, embora nem todas, as bases sobre as quais se desenvolveram as relações internacionais. Entretanto, tudo começou a mudar a partir do final do século XIX. Especialmente todo o século XX tingiu-se de um cinza intenso e desesperador, embora salpicado por numerosas exceções que se configuraram como lampejos de radiante luminosidade e de profundas obscuridades opressivas. Geralmente essas são características de épocas de grandes mudanças e, nesse período, nossa civilização transformou-se a partir de suas bases mais profundas. Os grandes avanços científicos colocaram à disposição dos seres humanos instrumentos muito poderosos, antes apenas imagináveis na fantasia, que se concretizaram em lapsos muitos pequenos e, em seguida, evoluíram rápida e constantemente. Quebrar as barreiras do planeta, colocando ao alcance dos seres humanos suas calotas geladas, as profundidades oceânicas e, sobretudo, o espaço exterior modificou todas as perspectivas. As comunicações diversificadas e personalizadas em tempo real mudaram para sempre o relacionamento das culturas. O desenvolvimento das armas de destruição maciça tornou irracional uma guerra total com possibilidades de destruir a civilização do planeta. O desenvolvimento das técnicas de produção e de comércio transformou em muito perigosas certas práticas contaminantes ou agressivas às espécies naturais. Foi época também de profundos ódios e sectarismos, de gloriosos ideais, de empenhos e maldades, de heroísmos e sacrifícios em favor do bem. Foi uma época com escasso desenvolvimento comparativo das ciências do espírito: a moral, a filosofia, o direito, a política; entretanto, de grandes mudanças nos campos que essas ciências têm por objeto de estudo. Essa situação gerou desordens, confusões e posicionamentos doutrinários muitas vezes não correspondentes a um enfoque objetivo e científico da realidade.

A política e o direito internacionais, como é natural, não ficaram alheios a essas mudanças e perplexidades próprias dos negócios humanos que essas disciplinas tentam organizar finalisticamente, e isso conduz, entre outros problemas, à crise de seus paradigmas.

5 Sobre o sistema do equilíbrio de poder, ver H. ARBUET-VIGNALI (1993), I, pág. 27 a 47.

6 Sobre esses temas ver H. ARBUET-VIGNALI e E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1995), II. IV, pág. 190 a 206.

7 Sobre o Direito Internacional Público, consultar H. ARBUET-VIGNALI (1996), I, pág. 18 a 98, especialmente da pág. 66 à 86.

III. A queda dos paradigmas ordenadores⁸

O primeiro marco de referência que se esfumaça é o do esquema político estrutural no qual se haviam desenvolvido as relações internacionais desde o século XVII: o equilíbrio de poder multipolar localizado em um sistema homogêneo de base geográfica, cultural e de gravitação, europeu. No início do século XX, entram no jogo potências não-européias (especialmente Estados Unidos e Japão). No primeiro terço do século XX, reabre-se - com uma intensidade nunca alcançada desde a Guerra dos 30 anos - o choque ideológico nas relações internacionais, quando se enfrentam concomitante ou sucessivamente democracias representativas, monarquias constitucionais, comunismo soviético, socialismo nacional, diversos fascismos, corporativismo e o sistema ideológico-religioso-militar nipônico. Pelo meio do século, o bipolarismo ideológico soviético/norte-americano radicaliza e aprofunda o enfrentamento. A partir da década de 1960, a descolonização multiplica o número dos Estados, dificulta a aplicação das regras do equilíbrio e introduz novos conceitos de alinhamento. Sobre as últimas décadas do século, a implosão da URSS dá um golpe até agora não superado nas regras do equilíbrio. A única constante é o enfraquecimento do esquema clássico de relações internacionais.

Outro marco de referência que desaparece é a possibilidade de ordenar, de alguma forma, (boa ou má) as relações internacionais, recorrendo – para solucionar suas crises – ao risco de uma guerra total. A partir de meados do século XX, tentar isso levaria à destruição de todas as potências confrontadas e, possivelmente, também faria desaparecer do planeta a atual civilização.

A terceira base paradigmática que cai é a da exclusividade do atributo jurídico da soberania como fundamento justificante por legitimação do exercício de um comando ordenador supremo, no âmbito interior dos Estados, e a condução ordenada por coordenação de suas relações mútuas. Esse atributo, criado empiricamente pelo desenvolvimento e necessidades políticas e jurídicas da Europa, havia imposto suas regras no continente, deslocando as antigas concepções ideológico-religiosas e políticas; depois a Europa, por meio da dominação imperial ou colonial do resto do mundo, havia-se tornado o padrão mundial nas relações internacionais. Quando, no final do século XVIII e início do século XX, algumas colônias e domínios se tornam independentes, os novos países continuaram a tradição cultural de suas metrópoles européias e a situação se manteve. A partir do ambiente da Primeira Guerra Mundial, vários Estados procuram outras razões que justifiquem o exercício do comando ordenado ou coordenado (regimes ideológico-religiosos ou políticos e posicionamentos filosóficos anteriormente citados) e, desde a década de 1960, o reconhecimento pleno do Princípio de Autodeterminação e a liberdade dos povos submissos fazem com que estes tragam para as relações internacionais novas idéias de justificação do poder, tais como as explicações fundamentalistas religiosas, alguns posicionamentos filosófico-políticos na Ásia e as concepções especiais, em alguns casos, pré-etáticas, de alguns nucleamentos africanos. Tudo isso traz a contribuição positiva da diversidade cultural; no entanto, gera também perplexidades nas relações internacionais.

⁸ Uma versão mais ampla desse tema pode-se encontrar em H. ARBUET-VIGNALI e L. BARRIOS (2003), pág. 43 a 48.

Em quarto lugar – e é o mais gravitante no assunto que nos ocupa – cai o paradigma do exclusivismo estatal na condução das relações internacionais. Como este paradigma e o que segue se revestem de especial transcendência e têm uma peculiar gravitação no problema que nos ocupa, dedicaremos um tópico especial para sua consideração.

IV. As novas forças operantes nas relações internacionais

Até as últimas décadas do século XX, o protagonismo nas relações internacionais pertencera exclusivamente aos Estados ou a estes e a Organizações Internacionais criadas e integradas por eles.

A partir de então, os interesses privados e aqueles que os encarnam intervêm diretamente, cada vez com maior intensidade, nas relações internacionais. Considere-se que não estou dizendo que os interesses privados apenas gravitem a partir de então, nas relações internacionais. Esses interesses sempre existiram e representaram um papel importante nelas; todavia, o exercício, a colocação em prática desses interesses, a luta por impô-los, sempre ou em quase a totalidade dos casos, se fazia por intermédio dos Estados. Os interesses privados pressionavam dentro dos Estados, conseguiam o apoio da opinião pública ou dos grupos políticos dirigentes em seus Estados, para fazer valer, a partir dali, seus interesses no âmbito internacional. Em termos gerais, sempre um Estado atuava por meio dos privados.

Bastam dois exemplos. Quando, no século XIX, um grupo de investidores privados europeus viu que seus interesses corriam perigo, diante das dificuldades criadas por um governo sul-americano para o pagamento da dívida contraída, uma armada composta pelos três Estados europeus da nacionalidade dos investidores bombardeou uma cidade do país devedor. Em meados do século XX, quando uma companhia particular estrangeira teve seus interesses atingidos pela nacionalização de terras de sua propriedade, decidida por um Estado centro-americano, a pressão no âmbito internacional não foi feita diretamente pelos interesses privados afetados, mas estes incidiram sobre o governo do Estado de nacionalidade da sociedade, e o representante do país denunciou junto às Nações Unidas o governo que havia prejudicado os interesses privados; adotaram-se, então, medidas que levaram à desestabilização daquele governo. Os interesses afetados eram privados, seus representantes fizeram gestões para adotar medidas que os amparassem; tais gestões ocorreram no âmbito interno do Estado de nacionalidade da companhia e a atuação no campo internacional ocorreu por intermédio da diplomacia e da política interestatal daquele Estado. Desde tempos muito antigos, o Direito Internacional Clássico regulou o instituto da proteção diplomática como um direito próprio do Estado que poderia ou não colocar-se a serviço de seus nacionais.

Assim ocorreu na maioria dos casos; entretanto, tudo mudou nos últimos tempos. A partir da década de 1990, incrementou-se fortemente a atividade dos interesses privados, alheios e

independentes dos interesses de seus Estados, em ocasiões indiferentes a estes e em outras, coincidentes ou opostas, que atuam diretamente nas relações internacionais por intermédio da ação de organizações internacionais não-governamentais, de companhias, de grupos de pessoas em ocasiões de delitos e, ultimamente, também de pessoas individuais. A tecnologia, ao alcance cada vez de mais pessoas, permite esse novo fenômeno que nos impõem diariamente todos os meios de comunicação. Lembremo-nos, por exemplo, de quando a França queria realizar uma experiência nuclear num atol do Oceano Pacífico e uma frota do Greenpeace enfrentou a armada francesa, disposta a impedir o fato, até mesmo recorrendo às armas. Greenpeace é uma ONG, não é um Estado.

De outro lado, o terrorismo internacional, as máfias internacionais, o narcotráfico, os grandes consórcios comerciais internacionais, diariamente põem em jogo interesses privados que transcendem fronteiras e que escapam ao controle dos Estados; que jogam sua própria realidade e necessidades no âmbito direto das relações internacionais. Lembremo-nos daquele homem, pessoa física que, agindo por conta própria, com um computador e as técnicas adequadas, de Londres esvaziou um banco radicado em Hong Kong; e outro, na Argentina, que durante muito tempo conseguiu que as Aerolíneas lhe pagassem um alto salário para que, com seu computador, não fizesse aviões vazios levantar vôo de distantes aeroportos. É o caso também do jovem alemão que saiu de Berlim e aterrizou com seu pequeno avião na Praça Vermelha de Moscou, burlando todos os sistemas de segurança e abalando, nos últimos tempos da guerra fria, o equilíbrio internacional. Todas essas são atividades particulares, executadas por particulares, que se realizam diretamente no contexto internacional e incidem nele. É também o caso tão comum e tão freqüente, nesses dias, dos jovens avaliadores do “risco-país”, como nos mostra a televisão, quando não se conhece em que âmbito institucional estão atuando, que dizem “tal país tem tal índice de risco” e os capitais ficam ou se vão, e acontecem as coisas que costumam acontecer. Como demonstração máxima dessa afirmação, convém lembrar o atentado contra as torres gêmeas de Nova York. Atualmente, há grande possibilidade de incidência dos interesses privados diretamente no âmbito internacional, permitida e favorecida pelos novos meios tecnológicos. E isto faz com que, em muitos âmbitos de competência externa, não haja certeza nem segurança, pois nem mesmo os Estados mais poderosos têm condições de controlar essas ações.

Particularmente no contexto da proteção ambiental mundial, nota-se uma perigosa atividade dos interesses privados, incidindo negativamente. Os interesses dos Estados, a defesa do bem-estar de seus habitantes, o apoio e o desenvolvimento de suas indústrias e o comércio levam muitas vezes a que se adotem medidas e que se tomem decisões que amparam os citados interesses nacionais, mas que o fazem em detrimento do melhor equilíbrio ecológico internacional, em nível global. Isto é muito preocupante; entretanto, de modo geral, a responsabilidade dos Estados - que consiste em amparar a totalidade de seu povo, dos respectivos grupos humanos que constituem seus habitantes, cuja felicidade, na atual civilização interdependente, costuma estar bastante ligada à de outros povos e às características e interesses comuns de todos os Estados - determina que tais perigos sejam mais controláveis. Em compensação, os interesses privados, arriscando-se diretamente no ambiente internacional, podem chegar a constituir enormes ameaças de danos ecológicos irreparáveis que não se autolimitam, porque o interesse privado não tem a

responsabilidade administrativa de atender o comum e que atualmente tampouco conta com um freio jurídico institucional adequado e operante em nível internacional, porque os direitos e instituições internas carecem ou diminuem sua eficácia quando atravessam fronteiras, e os do direito e da política internacionais não têm por objeto o controle direto dos interesses privados, mesmo que estes, como ocorre agora, tenham alcance e repercussões internacionais, ao transporem fronteiras.

A situação se torna mais complicada se se considera que, além do dano que podem causar o livre jogo de interesses privados egoístas, os empreendimentos generosos e positivos, como preservar as espécies em extinção, evitar o desmatamento perigoso, regular o uso das águas para preservar sua pureza e existência, em muitos casos afetam especialmente o bem-estar de algumas populações ou países que teriam que fazer esforços e sacrifícios especiais em áreas comuns; esforços e sacrifícios que deveriam compensá-los para que não se incorra na maldade maior de salvar a pureza da natureza para que os ricos dela desfrutem, para isso fazendo morrer de fome os pobres. Essas compensações não podem ser reguladas por um direito interno dos Estados individualmente, porque os sacrifícios se farão em benefício de todos os Estados e tampouco a comunidade de Estados em seu conjunto dispõe de instrumentos adequados para exigir as ações protetoras, compensar os prejudicados e fazer com que todos contribuam com seu sacrifício para o bem comum.

Essa situação de queda do quarto paradigma colocou em dúvida o quinto paradigma que destacáramos no tópico 3: a bondade e a eficácia do Direito Internacional Público para controlar a situação.

Uma primeira e, na ocasião, isolada resposta jurídico-institucional a essa situação obteve-se na Europa, ao término da Segunda Guerra Mundial. Não tinha sido alheio à causa dessa, como o fora também em 1870 e 1914, o esforço dos interesses privados da indústria pesada, da indústria dos armamentos que competia por um espaço europeu do carvão e do aço, que pressionava seus governos e que se constituía uma das mais importantes causas dos confrontos bélicos no velho continente.

Entre as propostas feitas pelos estadistas que buscaram a recuperação da Europa por meio de suas Comunidades, uma delas encara este problema com verdadeira criatividade. Ao fundar a Comunidade Econômica do Carvão e do Aço, buscam neutralizar todos os interesses que incidiam num dos problemas que continuamente desestabilizavam a Europa e, para isso, cria-se uma empresa multinacional para atender esses interesses e que terá sob seu controle direto os Estados e os privados. Iniciava-se um longo processo que concluirá na atual União Européia.

V. As mudanças na civilização

As novas tecnologias modificavam a civilização; isto produzia aceleradas mudanças nos esquemas de política internacional e, em razão disso, o sistema jurídico encarregado de processar

essas relações devia adequar-se às novas exigências. Em alguns casos, o direito se antecipou às mudanças, como quando regulou a situação do espaço exterior; em outros, o direito os harmonizou, como ocorreu com o surgimento do Direito Comunitário Europeu; em outros ainda, perdeu-se de vista a transcendência e a profundidade das alterações da realidade e se continuou apostando no velho sistema do Direito Internacional Público; e em alguns casos, modificou-se convenientemente, migrando para um sistema apropriado para regular as realidades conseqüentes do domínio humano da tecnologia nuclear. Entretanto, não se conseguiu – talvez nem se tenha tentado – compreender que as novas técnicas configuravam realidades de dimensão universal cujo necessário processamento superava as possibilidades do Direito Internacional Público geral e exigiam ser reguladas por sistemas diferentes que ainda não haviam sido criados. Nesses campos, não foram os fatos nem os instrumentos que impediram que o direito funcionasse bem. Segundo nosso parecer, foi a falta de meditação teórica sobre os assuntos que impediu de avançar.

Unicamente no âmbito regional europeu e, a princípio, apenas para cobrir o relacionamento internacional regional em determinado âmbito de competências, da atividade econômica, foi que se produziu uma resposta jurídica inteligente e adequada. Na Europa cria-se o Direito Comunitário que formula um forte propósito, propondo modificações de essência e não apenas de grau. Não era um sistema de Direito Internacional Público melhorado ou atualizado, como o que consideramos adequado à tecnologia nuclear, que substitui ao que Jiménez de Aréchaga (1980) denominara Direito Internacional Contemporâneo, que, por sua vez, substitui o velho sistema clássico; não se trata disso, mas de algo novo: surge uma estrutura jurídica nova, uma concepção totalmente diferente de direito para regular as relações internacionais.

O Direito Comunitário não apenas possui uma teoria geral própria com seus peculiares sujeitos, fontes, princípios de interpretação, aplicação e fundamento, mas, além disso, tem estruturas jurídicas que o distinguem do Direito Internacional Público e dos Direitos Internos⁹. O Direito Comunitário, pela primeira vez, ainda que em nível regional e não mundial, regula relações internacionais não apenas entre Estados e organizações internacionais intergovernamentais, mas também entre organizações internacionais supranacionais e pessoas físicas e jurídicas privadas. Pela primeira vez leva-se em conta um novo fenômeno de recente aparição nas relações internacionais: os interesses privados que atuam e incidem diretamente nelas.

No que se refere ao controle político e à regulação jurídica do ambiente humano, requerem-se também esforços de criação originais e imaginativos desse tipo. Há pouco tempo, num estudo relativo a “La protección ambiental del Río de La Plata y su frente marítimo” (H. Arbuét-Vignali, 2003/1), concluíamos dizendo que, para concretizar o apoio necessário,

[...] terá que recorrer a soluções do direito interno, às do Direito Internacional Público, às do Direito Internacional Privado e também, e em alguns aspectos, a regulação terá que recorrer a novos sistemas. Requerer-se-ão soluções jurídicas

9 Para uma descrição mais ampla do sistema, ver H. ARBUET-VIGNALI (1998) e para uma análise profunda à teoria geral deste sistema junto à teoria do Direito Internacional Público: H. ARBUET-VIGNALI (2004 /1).

de Direito Internacional Público, pois elas são as adequadas tanto para concretizar os compromissos dos países e Organizações Internacionais envolvidas, como para incidir nas zonas economicamente exclusivas e em alto-mar que possam ser afetadas pelo projeto, como também nas águas de uso comum do próprio rio, fora de suas zonas costeiras de jurisdição exclusiva. Também serão requeridas soluções jurídicas de direito interno dos Estados ribeirinhos e talvez de outros Estados tributários da Cuenca. Terá que recorrer também, em muitos casos, às normas do Direito Internacional Privado para decidir jurisdições e sistemas jurídicos aplicáveis. No entanto, tudo isso não será suficiente.

Além disso, deve-se ter em conta que surgirão mudanças a regulamentar sempre que uma barcaça saia de Puerto Cáceres, onde nunca estive e chegue a Nueva Palmira, onde nasci, e quando sua mercadoria siga até o mar; como cada vez que se lance qualquer objeto ao Rio Piracicaba, a sudeste de São Paulo, em cuja Universidade Metodista algumas vezes dei aula, e o mesmo derive como jangada rio abaixo até as costas de El Pinar, no centro-sul do Uruguai, onde estou escrevendo este artigo. Qualquer atividade privada humana, pessoal, empresarial ou institucional, que se realize às margens de toda a Cuenca, poderá incidir, para o bem ou para o mal, em qualquer outro lado dela. Algumas dessas situações poderão ser atendidas pelo Direito Internacional Privado; outras se regularão pelo Direito Internacional Público referente ao aproveitamento dos rios internacionais; outras, talvez, pelos respectivos direitos internos; porém, para a imensa maioria das situações que se produzam, será necessária uma regulamentação que resulte da criação de novos sistemas jurídicos, com novas estruturas, sujeitos, fontes, formas de relacionamento e fundamento. Isto deve e pode ser feito. São requeridos apenas conhecimentos jurídicos, dedicação ao trabalho e vontade política.

É necessário levar seriamente em conta esse caminho para que se possa conseguir o que é imprescindível em matéria jurídica: coerência no propósito, certeza e segurança no desenvolvimento e justiça na aplicação da norma.

VI. Necessidade de superar a desordem e a carência de uma autoridade justificada

As propostas jurídicas sistêmicas de que se dispõe atualmente não são suficientes para controlar essa situação; é necessário tentar novos sistemas jurídicos para regular esse novo tipo de relações internacionais onde surgem outros componentes e atores cuja presença era muito escassa até pouco tempo.

A resposta não pode ser dada pelo Direito Internacional Público, porque neste, admitir o ser humano individual com seus interesses particulares, como sujeito processualmente ativo, determina que o sistema deixe de ser um sistema de coordenação, deixe de ser o que é e deixe de servir para aquilo que deve servir. É preciso procurar soluções complementares como as que trouxe em seu momento o Direito Comunitário, dentro de seu âmbito limitado. Entretanto, não se solucionará o problema transferindo receitas regionais para o âmbito geral, pois aqui os problemas são outros, ainda que semelhantes. É preciso diagnosticar devidamente o caso e depois buscar para ele soluções específicas.

O desenvolvimento recente da presença do interesse privado nas relações internacionais evidencia a carência de normas e de instituições adequadas para sua condução ordenada. Isto é uma consequência dos fatos. Até pouco tempo, esse controle era confiado ao âmbito interno dos Estados que, numa etapa prévia, decidiam quais desses assuntos levariam para o âmbito internacional. Desta forma, até poucos anos, a atividade dos agentes privados que atuavam para fazer prevalecer seus interesses em ações de dimensão internacional não se realizava diretamente nesse contexto; consolidava-se no âmbito interno para daí projetar-se para o âmbito internacional por intermédio dos respectivos Estados que, bem ou mal, com justiça ou sem ela, de alguma maneira ofereciam segurança e encaminhavam as situações. Em defesa desses interesses, podem ter surgido Estados que, protegendo seus nacionais, impuseram regras injustas e duras para os demais, porém, dadas no contexto das relações entre Estados e isto determinava que havia uma comunidade básica, ainda que mínima, de interesses e de estruturas; havia tempos e regras que se cumpriam de alguma forma. Quando surgem os privados diretamente no cenário internacional, já não há estruturas nem regras nem princípios que sejam de aplicação natural e previsível; os particulares atuam conforme ocorre a cada um, não há Estados que bem ou mal atendam o bem comum; a regra é: salve-se quem puder e aquele que levar mais que o desfrute. Isto não serve para o comum das pessoas; faltam regras e falta uma autoridade ordenadora, falta o controle estatal que é o único que defende a comunidade de interesses.

Concluindo: atualmente, no campo de muitas atividades, as pessoas e interesses privados atuam diretamente nas relações internacionais e, para controlar essa situação, não se dispõe de regras claras nem de instituições competentes nem de autoridades ordenadoras. É necessário tudo isso para que se constitua um comando ordenador justo ou, pelo menos, equitativo ou ainda que seja apenas previsível e seguro, dentro de uma sociedade internacional profundamente interdependente, “globalizada”, que carece de valores filosóficos comuns e com uma grande diversidade cultural que se deve respeitar, preservar e coordenar. Ocorre-nos que, como na passagem da Idade Média para o Renascimento novamente o problema que se propõe é o da forma que se deve buscar para um comando ordenador justificado, que permita o desenvolvimento de uma sociedade, regulando com coerência e equidade a relação comando-obediência, os vínculos entre quem estabelece as regras, os ordenadores ou governantes, e os governados, o povo, ou então os Estados, por que há 500 anos se precisava disso para o contexto interno dos Estados e agora se requer para o contexto de suas relações mútuas, para o contexto internacional.

O mundo atual tem certas características parecidas com as da França, quando esta se encontrava em período de transição para o Estado nacional. Até então, a França e sua monarquia dispunham das bases que permitiam conscientizar a existência de um núcleo de unidade nacional e podiam apreciar as vantagens que derivariam desse sucesso, o que impulsionava a desejá-lo e facilitava o caminho para superar a fragmentação feudal e avançar em um mundo que abria boas perspectivas a partir da expansão oceânica, do incremento do comércio e da disponibilidade de novas técnicas. Também na ocasião, se bem que não se havia quebrado a unidade da fé, tinham-se diversificado as autoridades eclesiásticas de quem se aceitava a interpretação dos desígnios de Deus e, a partir daí, como consequência, sua influência política; a França, por sua vez, encontrava-se profundamente dividida por concepções ideológicas, religiosas e políticas muito diferentes. Nesse contexto, a justificação do comando supremo interno e a coordenação com o dos demais Estados não podia repousar, como até então, em uma ideologia religiosa ou política comum que não existia. Supera-se isto a partir de Bodin, quando este assenta as bases da teoria jurídica da soberania e desenvolve a idéia de um atributo jurídico que justifica por legitimação um comando supremo ordenador interno.¹⁰ Sem pretender uma repetição impossível dessas circunstâncias, cabe admitir que em nível de mundo se dão outras que, em vários sentidos, são similares àquelas. A humanidade toma consciência racional da igualdade do genoma humano em todos os continentes e de que as cores da pele, tradicional e absurdo motivo de confronto e segregação, possuem os mesmos componentes, são iguais. As comunicações em tempo real permitem comprovar que qualquer coisa boa ou má que aconteça em qualquer lugar repercute em todos os demais. Tem consciência de que uma guerra ampla, total termina com nossa civilização e prejudica a todos. Deve aceitar a diversidade cultural que cada vez mais se impõe como um dado da realidade. Definitivamente, tem-se consciência de que o planeta é de todos e que deve ser conservado para todos. O povo intui essas claras raízes de unidade, embora às vezes se negue a aceitá-las e talvez nem toda sua autoridade reconheça: ainda pesam as fronteiras como separação; são radicais e às vezes confrontados os posicionamentos políticos, sociais, ontológicos, filosóficos; os posicionamentos jurídicos são muitos e bastante diferentes; e surgiram novas e diversas fontes de justificação do comando ordenador interno. Todas essas diferenças que em boa medida convém que se conservem, são também manipuladas com maus propósitos, próprios de idéias separatistas de anos anteriores, mas que na atualidade já caducaram. Tudo isso apresenta os problemas que vimos destacando e torna imprescindível que nos ocupemos em encontrar para muitos desses assuntos, especialmente o da proteção do meio ambiente, um comando comum justificado, ordenador ou coordenado, em nível internacional.

VII. Nossas propostas para se obter um comando supremo, ordenado ou coordenado, mundial

Tanto os conjuntos humanos como os conjuntos de conjuntos humanos (Estados), quando decidem relacionar-se de forma organizada, requerem uma autoridade ordenadora, e para que

10 Ver a respeito H. ARBUET-VIGNALI (2004) Cap. III.

tudo funcione corretamente e obtenham-se os fins perseguidos, o exercício de poder dessa autoridade deve ser justificado diante da consciência dos ordenados. Desde o século XVII, no âmbito internacional, a ordem entre os Estados que optam por relacionar-se e sua justificação foram obtidas por meio de uma coordenação ordenadora, produto da necessidade baseada no acordo, na não-contradição e na boa-fé. As autoridades dos Estados justificaram essa situação pelo respaldo que lhe davam seus protagonistas a suas próprias ações e ao sistema político do equilíbrio de poder que geralmente, e numa boa medida, permitia controlar os excessos de uma Potência demasiadamente agressiva e mantinha a operacionalidade das relações internacionais, tornando-as bastante satisfatórias para a grande maioria dos participantes.

Nesse ambiente, a ordem interna fundamentou-se na teoria jurídica da soberania, que permite estabelecer uma ordem institucional sustentada pelos ordenados que adotam o papel de protagonistas no sistema e que respaldam tanto os acordos como o uso da força para prevenir e castigar os ataques ao sistema comum, mediante as previsões de uma organização jurídica eficaz para consegui-lo. Sobre essas bases, as repúblicas e as monarquias constitucionais estabeleceram e justificaram o comando de suas autoridades por procedimentos democráticos que, de um modo geral, satisfazem um ideal de justiça compartilhado pelos governados - o povo - e seus governantes - as autoridades; tudo isso proporciona a certeza e a segurança indispensáveis para que o sistema funcione.

Como já destacamos anteriormente, os Estados assim organizados, como projeção dessas concepções, no âmbito de suas relações mútuas e nos últimos 350 anos, vinham conseguindo a coordenação de uma ordem internacional justificada, recorrendo a cinco instrumentos ou práticas constantes.

À medida que as circunstâncias foram fazendo desaparecer os instrumentos de que se servia a ordem assim concebida, esta se esfumaça, entra em contradição e em que pesem os notórios avanços conceituais, debilita-se na prática. A partir de então, deve conseguir um novo sistema ordenador ou coordenador das relações internacionais, agora levando em conta os novos participantes: os interesses privados. As outras alternativas conduziram à confusão e ao risco de desastre total. Essa concepção geral das relações internacionais e de suas regras resulta de restrita e talvez dramática interpretação no contexto da proteção do ambiente humano em nível regional e mundial.

Pensamos que as alternativas de reencaminhamento dessa situação dificilmente podem passar pelo caminho de retorno a um sistema clássico de equilíbrio de poder, regido exclusivamente pelo Direito Internacional Público adequado à tecnologia nuclear, operando a partir de estruturas como as Nações Unidas e justificado pela teoria jurídica da soberania, na versão de sua primeira geração (Bodin-Locke-Rousseau-Kant). Menos ainda na versão da segunda geração (Hobbes). Pelo menos acreditamos que não pode passar pela reformulação e desenvolvimento desses pontos de partida sem o aditamento de propostas e idéias originais que encontrem seu ponto de apoio e justificação em novos avanços e adequações de uma teoria jurídica da soberania da terceira

geração, como a que propusemos em nossa teoria geral do Direito Internacional Público.¹¹

Em uma palestra que fizemos nas *Segundas Jornadas Uruguayo Santafecinas* (agosto de 2003) e em um trabalho de *Red Alfa*¹² sobre governabilidade do risco ambiental, sugerimos alguns caminhos a serem explorados para poder enfrentar a nova conjuntura e destacamos especialmente dois possíveis cursos de ação: reconstruir um sistema de equilíbrio multipolar, porém não entre Estados isolados, mas grupal, entre conjuntos desses integrados¹³; ou recorrer à teoria jurídica da soberania da terceira geração e estruturar com esta, no âmbito internacional, respostas similares àquelas que, até o momento, somente foram possíveis no âmbito interno. No primeiro caso, trata-se de renovar e adaptar à nova conjuntura um comando ordenador coordenado e justificado nas relações internacionais; e no segundo, trata-se de estabelecer um comando ordenador único, supremo e justificado para as mesmas. As duas respostas são difíceis, mas não impossíveis de se concretizar.

Repetimos aqui nossa proposta já formulada anteriormente em outros contextos.¹⁴ A atual e instável situação política internacional e sua frágil regulação jurídica, especialmente de proteção do meio ambiente, exigem estabelecer um poder ordenador internacional coordenado ou supremo, porém em qualquer dos casos justificado, que devolva as relações internacionais a um canal previsível, com satisfatórias margens de certeza e segurança e com uma equidade maior do que as historicamente vividas; que distribua ponderadamente as vantagens que concede à atual civilização e os custos para mantê-las e aumentá-las. Esta solução, seja qual for, exigirá estruturas comuns nas quais possa sustentar-se e um sistema jurídico que a encaminhe e possa controlar quem exerce o poder.

Como expusemos, a mudança da situação internacional determinou que se tenha perdido a eficácia e a operacionalidade do sistema clássico de desenvolvimento e organização das relações internacionais, mediante procedimentos que iniciam sua história em meados do século XVII e que proporcionavam um comando ordenador coordenado pelos mesmos Estados comprometidos, e justificado pelo reconhecimento jurídico da possibilidade de participação direta de todos os atores, em face da aceitação do Princípio da Igualdade Soberana dos Estados.

O velho sistema foi perdendo operacionalidade desde o final do século XIX e com o aprofundamento das mudanças entre o final do século XX e o começo do século XXI suas insuficiências se fazem notórias. Em que pese nisso a atividade dos intelectuais e especialistas das relações internacionais, não foi além do que tentativas de modificação dos velhos instrumentos. Esses esforços não podem dar resultado porque suas soluções pertencem ao passado e acreditamos que nem a estrutura institucional das Organizações Internacionais atuais nem o sistema jurídico vigente

11 Importantes desenvolvimentos a respeito podem ser vistos em H. ARBUET-VIGNALI (1996-1999 e T/P) e em H. ARBUET-VIGNALI e LUÍS BARRIOS (2003).

12 Ver H. ARBUET-VIGNALI e LUIS BARRIOS (2003/2).

13 Ver os esquemas teóricos apresentados em H. ARBUET-VIGNALI (1985) e em L. DALLANEGRA PEDRAZA (1985). Pode-se ver também H. ARBUET-VIGNALI (1993), I, Lição II.

14 Ver a respeito H. ARBUET-VIGNALI e LUIS BARRIOS (2003) pág. 47 a 52.

de regulação nem as práticas de um sistema de equilíbrio de poder ou segurança coletiva, tais como se concebem atualmente, sejam suficientes e eficazes para enfrentar os novos desafios. Por outro lado, quando a prática dos Estados ou de outros agrupamentos humanos tentou substitutivos, estes resultaram perversos ou não justificados. A tentativa hegemônica de qualquer Estado poderoso que pretenda impor sua própria cultura a todas as demais poderá conseguir uma ordem, porém esta será perversa, conflitiva, não terá justificativa e nem mesmo, a esta altura da civilização, poderá trazer os ganhos setoriais que conseguira a *pax romana*. A outra via para reacomodar o sistema percorreram-na os agrupamentos não-estatais. Também é injustificada e não menos perversa porque: ou se encaminhou para recorrer à precatória desestruturada, contestatória, sem possibilidades reais de determinar até onde chega o interesse geral de justiça da reclamação e até onde chega o desespero e o interesse egoísta dos reclamantes; ou se adotou a posição do “vale tudo”, ao responder à imposição e à violência com violências de outro tipo, como o fizeram os grupos terroristas e as máfias delituosas ou os simples interesses privados que conseguem seu lucro destruindo a natureza, fazendo o povo sofrer privações e não assumindo os custos de sua ação como, de certa forma, o fizeram os Estados; ou se recorreu a formulações ontológicas valiosas, inspiradas em anseios de justiça que, no entanto, por se originarem em centros cuja responsabilidade não é a de atender o interesse geral, as necessidades do povo ou os interesses dos Estados, eram respostas setoriais, desequilibradas ou que, embora atendessem corretamente os problemas ecológicos, não continham respostas para resolver os problemas que a mudança criava para alguns grupos humanos. Em alguns casos, ainda que todos esses problemas fossem atendidos, simplesmente as propostas não contavam com o grande respaldo de poder necessário para impor-se, no contexto interno e internacional, aos grupos privados e de poder interno que não queriam essas soluções porque afetavam seus interesses egoístas.

Diante desta circunstância, torna-se imprescindível conseguir novos instrumentos que se adaptem à situação e que permitam uma condução das relações internacionais de forma mais harmônica e eqüitativa. Não será fácil encontrar respostas nem é essa a tarefa de um intelectual ou de um operador nem de um grupo destes. É uma responsabilidade de todos e todos terão que cooperar. Entretanto, como de algum ponto se deve começar, apresentamos algumas idéias que podem tornar-se um começo.

Devem ser descartadas as antigas soluções. Não acreditamos que os antigos instrumentos que foram sendo abandonados possam ser consertados e reconstituídos para permitir um atendimento satisfatório das relações internacionais. Deve-se tentar construir um novo comando coordenador sobre outras bases ou introduzir um comando ordenador supremo, fato inédito. Em ambas as possibilidades, torna-se imprescindível que o comando coordenador ou ordenador seja justificado perante os comandados: pessoas de todas as ideologias e culturas agrupadas em Estados. Qualquer das opções será de difícil concretização, porém passível de se realizar, caso se congregue suficiente vontade política, se reúna uma grande dose de racionalidade e se trilhe, em qualquer que seja a opção, primeiro, o caminho sociopolítico e, depois das integrações profundas, o caminho jurídico-institucional.

Sem pretender que sejam as únicas, talvez nem as mais adequadas, visualizamos duas possibilidades. A primeira, reestruturar um novo sistema de equilíbrio de poder multipolar grupal, isto é, não por um grande número de países dispersos e de diferente poderio como são os existentes, o que impede o bom funcionamento do sistema, mas agora grupal, entre conjuntos de Estados que previamente tenham conseguido entre si uma profunda integração política: uns reunidos pela história¹⁵ e outros estruturados por processos de integração profunda já estabelecidos¹⁶, que terminem de concretizar os mais firmes desejos de seus povos e ampliem suas intenções políticas, desenvolvendo seu sistema jurídico internacional¹⁷, ou que se concretizem a partir de motivos reais de aproximação¹⁸.

Este mecanismo pode operar como passagem intermediária para chegar a uma integração mais completa em nível universal, que exigirá novas instituições e um novo sistema jurídico que regule muitos de seus âmbitos que ficarão fora das possibilidades do atual sistema de Direito Internacional.

A segunda proposta leva à tentativa de criar uma nova teoria jurídica da soberania, em nível planetário, ao menos para atender e regular alguns importantes assuntos comuns; entre estes, indubitavelmente a proteção do meio ambiente regional e global. Definitivamente, nesta hipótese, deverá obter-se a concretização de um novo comando supremo ordenador em nível geral que seja justificado diante da consciência sociológica, política e jurídica da população mundial, agrupada primeiramente em suas respectivas comunidades estatais e, num plano mais amplo, em grupos de Estados integrados conforme suas atividades, sua cultura, seus interesses e outras realidades.

Esta última proposta contém o desafio muito mais complexo e difícil de se conseguir, porque pretende estender a teoria jurídica da soberania na forma similar como funciona o âmbito interno do contexto das relações internacionais, ao menos para que ocorra desta maneira em alguns muito importantes âmbitos de competência. Até agora, a teoria jurídica da soberania justificou por legitimação um comando ordenador interno único e supremo e um comando internacional coordenador entre todos aqueles que comandam que, por sua vez, tornam-se os comandados. A nova proposta consiste em pensar se é possível, em nível internacional, estabelecer, em algumas importantes esferas de competência, um comando ordenador supremo único e justificado para todos os comandados. Para concretizá-la, necessariamente se deverá passar por etapas prévias de adequação e adaptação sociopolíticas por meio das quais sejam assentadas as bases necessárias para tornar isso viável.

Em face dos diferentes posicionamentos culturais, sociopolíticos, filosóficos, religiosos e, inclusive, de interesses e necessidades dos povos do mundo atual, parece difícil conseguir a base

15 Por exemplo, Estados Unidos, China e talvez também Índia.

16 Como a comunitária União Européia, em pleno funcionamento, ou a Comunidade das Nações Andinas, no caso que sejam superadas devidamente suas dificuldades e funções.

17 Seria o caso do MERCOSUL ampliado.

18 Os Estados do MAGREB, a recomposição da Comunidade dos Estados Independentes (CEI), os Estados árabes do Oriente Médio; por serem possíveis, apesar de alguns desses problemáticos nucleamentos.

consensual de aceitação que permita e legitime um comando único. Não obstante as dificuldades que são inegáveis, acreditamos que estas não são menores do que aquelas em que se encontrava a França do século XVI quando, como destaca Bravo Gala, Bodin aplica sua teoria, vivendo “[...] no seio de uma sociedade francesa [...] (em) [...] anos difíceis para a monarquia francesa, levada quase à beira do colapso pelas guerras de religião [...]”.

Toda essa circunstância torna o estabelecimento de uma ordem internacional comum uma causa conflitiva, porque não existem elementos socioculturais globais que permitam sustentá-la e apresentem uma justificação ideológica que se torne justa ou, pelo menos, aceitável para todos os Estados. Com certeza, a tecnologia atual favorece os deslocamentos e, mesmo sem estes, possibilita que todos saibamos o que ocorre por toda a parte. Isto facilita a compreensão de que os seres humanos que vivem distantes não estão à mesma distância dos demais, no que se refere a suas necessidades e sentimentos. Permite compreender que, pelo contexto geográfico, o clima, as tradições culturais e outras razões, os diferentes grupos pratiquem distintos esportes, tenham diferentes ritos, empreguem variados instrumentos de controle social, organizem-se de múltiplas formas, recorram a distintas modalidades de culto religioso ou as rechacem. Também possibilita compreender que, acima das diferenças, todos queiram viver bem, ter trabalho digno, desfrutar da paz, aumentar o bem-estar, aprofundar conhecimentos, organizar-se para ter certeza e segurança; possibilita compreender que todos têm um grande número de inquietudes, virtudes e defeitos comuns a todos os povos e a todos os lados.

Este pode ser um bom ponto de partida para a construção última de um comando supremo comum e justificado. Entretanto, necessariamente o encaminhamento de múltiplos processos setoriais de integração profunda, comunitária constituirá a prática prévia do exercício final e o caminho necessário a percorrer para chegar à meta. Será indispensável a concretização de múltiplos processos de integração profunda que, estando muito além do econômico-comercial, incursionem no político, no cultural, no jurídico, no estrutural.

Todas as circunstâncias destacadas anteriormente tornam o estabelecimento de qualquer ordem uma causa muito difícil e conflitiva porque não existem ainda suficientes elementos socioculturais globais que sejam comuns e permitam uma justificação ideológica que se torne justa ou, ao menos, aceitável para todos os Estados. Além disso, deve-se compreender que, enquanto não se obtiver uma ordem comum justificada, haverá divisões e confrontos entre todos e, por sua vez, permanecerão espaços fora do controle de qualquer um, o que é muito perigoso.

Somente a ação conjunta pode superar esses problemas e ela requer a aceitação de um comando ordenador coordenado ou supremo, em qualquer dos casos, justificado para todos. Em ambas as alternativas, entendemos que uma teoria jurídica da soberania da terceira geração poderia oferecer a justificação necessária para a harmonia e o esforço comum, tanto no caso das integrações profundas, a serviço de uma coordenação multipolar grupal, como no caso de uma autoridade única a serviço da ordem internacional global. Antes de se pensar na possibilidade real desses avanços internacionais, serão necessárias também algumas acomodações na ordem interna.

Referências Bibliográficas

1. ARBUET-VIGNALI, Heber (1985): Curso de política internacional, para los Cursos de Estado Mayor del Instituto Militar de Estudios Superiores (IMES). Ed. IMES, Montevideo, 1985.
2. ARBUET-VIGNALI, Heber e outros (1993): Lecciones de Historia de las Relaciones Internacionales, Dirigida por ARBUET-VIGNALI, 2 volumes. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 1993.
3. ARBUET-VIGNALI, Heber y Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1995): El uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Em Derecho Internacional Público de ARBUET-JIMÉNEZ-PUCEIRO, Tomo II, Capítulo IV, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1995.
4. ARBUET-VIGNALI, Heber (1996): Las relaciones internacionales y sus reglas. Em Derecho Internacional Público de ARBUET-JIMÉNEZ-PUCEIRO, Tomo I, Capítulo I, pp. 18 a 98.
5. ARBUET-VIGNALI, Heber (1998): El Derecho Comunitario. Em La Ley. Buenos Aires, ano LXII, nºs. 83 e 87 do 30/IV e 7/V/998.
6. ARBUET-VIGNALI, Heber (1999): La soberanía hacia el Siglo XXI: desaparición, divisibilidad o nuevos odres para añejos vinos? Na Revista de la Facultad de Derecho, Nº 15, Montevideo, janeiro/junho de 1999, pp. 93 a 120.
7. ARBUET-VIGNALI, Heber y Luis BARRIOS (2003): La soberanía, los Estados y un mando coordinado u ordenado mundial. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003.
8. ARBUET-VIGNALI, Heber (2003/1): La protección ambiental del Río de la Plata y su frente marítimo. Na Revista de la Facultad de Derecho, nº 22, Montevideo, janeiro/ dezembro de 2003.
9. ARBUET-VIGNALI, Heber y Luis BARRIOS (2003/2): La responsabilidad en la conducta política interna e internacional. C.D.R. de las Segundas Jornadas Uruguayo Santafecinas, Segunda Época, Montevideo, junho de 2003.
10. ARBUET-VIGNALI, Heber (2004): Los precursores del atributo de la soberanía. Nicolás Maquiavelo y Jean Bodin. Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004.
11. ARBUET-VIGNALI, Heber (2004/1): Claves jurídicas de la integración. En los sistemas MERCOSUR y de la Unión Europea. Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.
12. ARBUET-VIGNALI, Heber (T/P): La sociedad y el orden jurídico internacionales. Capítulo I do Tomo I de E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, H. ARBUET-VIGNALI y R. PUCEIRO RIPOLL: El Derecho Internacional Público: Principios, normas y estructuras. Em trâmite de publicação, 4 volumes, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
13. DALLANEGRA PEDRAZA Luis (1985): Principios de la teoría de las relaciones internacionales de los países del Sur. Buenos Aires, 1985.
14. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo (1980): El Derecho Internacional Contemporáneo. Ed. Tecnos, Madrid, 1980.



Governo dos Riscos



CAPÍTULO 6

A dinâmica e a percepção pública de riscos e as respostas do direito internacional econômico

Marcelo Dias Varella

A dinâmica e a percepção pública de riscos e as respostas do direito internacional econômico

Marcelo Dias Varella^{1}*

A sociedade tem diferentes percepções de riscos, que independem do risco concreto do objeto do que se teme. O direito internacional econômico reconhece estas diferentes percepções sobre os mesmos riscos e possibilita, com ressalvas, o estabelecimento pelos países de diferentes níveis de aceitação do risco. Como vimos nos diversos textos neste livro, vivemos em uma sociedade pós-industrial, reflexiva, onde o ser humano detém grande capacidade de autodestruição intencional ou mesmo acidental.

A nova realidade social catalisa os potenciais efeitos negativos das novas tecnologias, ou mesmo torna possível maiores impactos aos atentados terroristas ou catástrofes naturais. Os riscos não mais retornam a grupos organizados que contribuíram para sua geração, mas a toda a sociedade, independente de grupos. Isso ocorre em função de diversas características da modernidade, como a edificação de grandes concentrações urbanas, o hiperconsumismo de diferentes produtos, a entrega do ser humano às novas tecnologias, a maior interdependência ambiental e econômica global. A natureza torna-se parte do processo industrial, diminuindo a distância entre ambiente artificial, e natural, porque todos passam a ser controlados pelo homem e a sofrer os efeitos das ações humanas.

Existem diversos fatores que contribuem para maior ou menor percepção dos riscos pela sociedade, que variam conforme o tema tratado, o fórum de discussão ou o nível de organização social de determinados segmentos sociais mais ou menos interessados no tema em que se discute. Este processo decisório não se relaciona apenas à probabilidades de ocorrência de eventos danosos, mas entre aceitar ou não um resultado final, pois em geral, qualquer probabilidade de resultados já é inadmissível. A decisão deixa de ser técnica, estatística, para ser política². Neste caso, o Estado opera como um ator que por vezes estimula as ações da própria sociedade para evitar efeitos nocivos de novos riscos, outras vezes que age de forma autônoma, independente do grau de importância dado ao tema pela sociedade civil, reconhecendo exageros nas críticas aos novos riscos ou, de forma contrária, reconhecendo a desorganização da sociedade civil para opinar sobre os riscos a que estão submetidos. O governo não é um ator neutro, pelo contrário, é influenciado pelo conjunto de interesses políticos, econômicos e eleitorais. A esta ação pública ou

1 Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Pesquisador do CNPq. Coordenador da Rede Latino-Americana Européia sobre Governo dos Riscos (Comunidade Européia).

2 Como aceitar um risco de contaminação de 0,001% quando se tem uma população de dezenas de milhões de habitantes ou no mercado global compreendido por bilhões de indivíduos? É justamente a falta de respostas concretas a perguntas como esta que a decisão sobre o nível de segurança a ser aceito pela sociedade passa a ser mais político do que técnico e envolve a percepção que se tem de cada risco. Ver sobre este tema LUHMANN, N. Risk: a sociological theory. New York: Aldine de Gruyter, 1993, p. 11.

privada de gestão de riscos, chamaremos governo dos riscos.

A reação face aos riscos pelos principais atores sociais: executivo, judiciário, ministério público, empresas, organizações da sociedade civil tem sido objeto de estudo por diversos autores há alguns anos. Alguns³ defendem a mobilização de forças por parte dos diferentes atores para minimizar os possíveis impactos negativos de novos riscos. Outros⁴ pregam a impossibilidade ou por vezes a não-necessidade de se tomar iniciativas precaucionárias, porque a geração de novos riscos faz parte da própria evolução social e que as tecnológicas a serem geradas na época da existência concreta dos futuros riscos, permitirão alternativas de soluções ainda inexistentes no tempo presente. De qualquer forma, não há como evitar os riscos ou iniciar uma busca incessante por um nível zero de riscos, mas sim procurar administrar os riscos inerentes a própria sociedade reflexiva, procurando níveis aceitáveis⁵.

Percebe-se nos ordenamentos jurídicos internos e no direito internacional a criação de instrumentos concretos para absorver e legitimar as preocupações com a geração de novos riscos. O conceito de risco passa a se integrar tanto nas normas sanitárias internacionais, como no acordo sobre medidas sanitárias e fitossanitárias da Organização Mundial do Comércio, possibilitando inclusive ponderações de ordem subjetiva, como a inclusão níveis de organização social de cada Estado ou de percepção do risco sobre um determinado produto ou tecnologia.

Para estudar estas diferentes percepções de risco pela sociedade e as reações por parte do ordenamento jurídico, é preciso identificar diferentes fatores que contribuem para a maior ou menor atenção social dada a novos ou velhos produtos potencialmente geradores de efeitos negativos (seção I), para em seguida demonstrar como o direito vem se articulando com as novas preocupações (seção II). Neste cenário de criação de uma nova forma de interpretação social de velhos conceitos (risco), gera uma nova lógica jurídica que se homogeniza dentro de um processo de globalização jurídico-econômica. (seção III).

Seção I - O estudo de regimes de risco

Certos produtos que oferecem altos graus de risco concreto são simplesmente ignorados pela sociedade. Outros, menos perigosos, são objetos de fortes campanhas contrárias a sua liberação ou consumo. Diversos são os fatores que contribuem para a diabolização de um produto ou tecnologia ou a sua simples ignorância. É sobretudo nestes casos mais extremos, de exageros que chegam a impedir novas tecnologias ou de omissões que permitem a exposição demasiada

3 Ver BECK, U. Risk society. Towards a new modernity. London: Sage, 1992. e GIDDENS, A. O mundo na era da globalização. Lisboa: Presença, 2000. Sobre a reflexividade da nova sociedade de riscos, ver também LUHMANN, N. Risk: a sociological theory. New York: Aldine de Gruyter, 1993.

4 Ver DE GIORGI, Rafael. Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.

5 LUHMANN, N. Risk: a sociological theory. New York: Aldine de Gruyter, 1993.

a novos riscos onde o Estado deve exercer com maior atenção seu papel de regulador social. A dinâmica de construção de riscos não pode ser técnica, mas deve ser social. A racionalidade científica não é adequada para a geração de uma noção de segurança para a sociedade, pois ela é diferente da racionalidade social, não mais ligada ao risco em si, mas à percepção dos riscos pela sociedade.

Entre as formas de análise da constituição e dinâmica de riscos, chama-nos atenção a desenvolvida por Hood, Rothstein e Baldwin⁶, no tocante a três conjuntos de fatores. O primeiro se refere ao conteúdo e ao contexto do risco. O segundo se refere aos interesses relacionados com o produto ou tecnologia que gera o risco. O terceiro diz respeito à dinâmica de gestão destes riscos pelos atores sociais. Esta conjugação de elementos de análise contribui para entender diversas possibilidades e razões para a mais ou menos atenta percepção social de riscos, embora não exauras as diversas hipóteses possíveis.

I) Conteúdo e Contexto do Risco

a) Conteúdo do risco

Com relação ao conteúdo do risco, deve-se observar a tolerância da sociedade em relação ao risco que ela é exposta; a divisão da responsabilidade pelo conteúdo do risco entre o Estado e os atores privados; e a possibilidade de controle do risco pelos diversos atores sociais. Logicamente, a sociedade pode estar mais ou menos habituada a certos riscos do que a outros, porque já convive com eles há mais tempo ou tem a percepção de que não há como tomar providências para anular completamente os riscos. Quando um caçador vai a floresta por exemplo, ele sabe que estará a mercê de dezenas de diferentes tipos de serpentes e não há como evitar este risco. Nas zonas rurais, sabe-se que não é possível eliminar as serpentes, e isso sequer seria saudável para o equilíbrio ecológico. Então, tolera-se mais facilmente o grau de risco de ser atacado por serpentes. Como se trata de um risco antigo, ele já foi absorvido pela cultura da sociedade.

A importância econômica da atividade geradora do risco ou os benefícios advindos da atividade também são elementos fundamentais para apurar o grau de tolerância social ao risco. Quanto mais um produto ou tecnologia gera bem estar a população, mais esta mesma população aceita os riscos a que está exposta em decorrência deste mesmo produto ou tecnologia. Os exemplos mais típicos se relacionam com grandes empresas que produzem produtos geradores de grandes riscos, mas que são a única opção de desenvolvimento local. Logicamente, os empregados diretos ou indiretos da empresa admitirão com mais facilidade os riscos gerados por suas atividades do que os consumidores, que estão também submetidos aos riscos, mas que não auferem as mesmas vantagens dos primeiros. Outro exemplo seria o uso de telefones celulares, cuja demanda cresce

⁶ Utilizaremos fundamentalmente o modelo descritivo apresentado no livro *The government of risk: understanding risk regulation regimes*. New York: Oxford University, 2001, com algumas adaptações.

rapidamente, mesmo com as incertezas sobre a segurança do seu uso.

A nova sociedade de riscos não segue a velha classificação da sociedade por classes. É verdade que a exposição a riscos é maior entre os mais pobres, pois os que têm mais recursos não precisam viver ao lado das fábricas ou dos lixões, podem viver em condomínios fechados, nos subúrbios dos centros urbanos, mas estarão sendo afetados da mesma forma com a destruição dos recursos naturais finitos, como a atmosfera, o clima, as águas, ou mesmo pelos riscos sociais como a pobreza, e a fome que afetam sua segurança. A capacidade de destruição agora é regional, às vezes global. Os riscos afetam populações inteiras e, em certos casos, toda a humanidade⁷

Os riscos da sociedade contemporânea podem ser dos mais diferentes tipos. Em se tratando de países como o Brasil, a própria posse de riqueza, enquanto tal, já pode se configurar como um risco, porque a demonstração exterior desta riqueza atrai a atenção de sequestradores. Os milhares de casos de sequestro relâmpago em todas as grandes cidades brasileiras, aumentou a percepção de riscos, o que leva a uma reação social dos mais abastados economicamente, que não demonstram que têm riqueza, utilizando veículos mais simples, não portando jóias, quantias significativas de dinheiro e mesmo contratando equipes de segurança privada para lhes acompanhar dia e noite. Como a solução do risco não está ao alcance dos indivíduos, e os benefícios econômicos são interessantes – a própria posse de valores – prefere-se alterar a própria forma de vida a não obter os benefícios da riqueza.

A divisão dos riscos entre atores públicos e privados também é importante, sobretudo em função da necessidade de lucros das empresas privadas e da maior facilidade de pressão sobre a ação das atividades estatais. As empresas privadas estão submetidas com frequência a relações custo-efetividade da diminuição de riscos, e nem sempre as soluções escolhidas são aquelas desejadas pelos diferentes atores sociais. Ainda, estão protegidas pelo segredo industrial e a sociedade, muitas vezes, desconhece e desconfia do grau de risco apresentado pelas empresas. No caso do Estado, os diferentes atores sociais podem lhe obrigar a adotar escolhas de soluções que tragam maior efetividade, ainda que distantes do ponto ótimo entre o custo e a efetividade. Certamente, como afirmava Bobbio, as duas últimas instâncias de avanço do controle democrático serão as empresas multinacionais e as burocracias estatais. Quanto menos transparentes for a tomada de decisões destas duas instâncias, maior será desconfiança da sociedade em relação às suas atividades.

O sistema político atual possibilita a tomada de centenas de decisões diárias sobre os níveis aceitáveis de risco. As consequências das decisões políticas assumidas não podem ser previstas. A decisão sobre aceitação de níveis riscos não é mais entre o seguro e o inseguro, mas entre opções inseguras, com vantagens e desvantagens em si. A própria ação de prevenção de riscos tem seus efeitos negativos e, portanto é arriscada. Não se trata de uma questão meramente estatística, porque estatísticas são manipuladas conforme interesses comerciais ou eleitorais. O risco é maqueado por dados estatísticos e vendido como “única opção segura”, ou “única opção viável”. Logo, a relação entre tomadores de decisão sobre riscos e aqueles afetados por riscos não

7 Sobre este tema ver as obras de Luhmann, p. 1-40 e BECK, risk society, p.63-75, já citadas.

pode ser resolvida por dados estatísticos. Os políticos trabalham mais com a percepção social dos riscos e o momento oportuno de tomar decisões sobre novas medidas sobre riscos⁸ do que com os riscos em si, pois estão mais interessados em votos, em recursos para suas campanhas ou na melhor das hipóteses, na economia, do que nos riscos em si.

b) Contexto do risco

Todo risco está inserido em um contexto, marcado pela forma de regulação do risco, por diferentes níveis de uniformidade de preferências públicas em relação ao risco e por diferentes níveis de mobilização dos grupos organizados. A análise do contexto do risco ajuda na interpretação das sua dinâmica, porque delimita as possíveis reações dos atores interessados.

A forma de regulação do risco influi nas formas de pressão dos diferentes atores para sua maior ou menor percepção. Certas tecnologias, como os transgênicos, são regulados na maior parte dos países por comissões nacionais de cientistas, que estudam caso a caso os novos produtos, devendo produzir relatórios de impacto detalhados, que são examinados pelos seus pares, antes de qualquer liberação no meio ambiente. Todavia, a mesma tecnologia pode estar submetida a outro contexto, como o caso dos organismos geneticamente modificados nos Estados Unidos, onde o Estado delega a responsabilidade pelo controle às empresas, que são mais severamente punidas nos casos de abusos. Neste caso, as possibilidades de participação social no controle dos riscos é menor, porque o processo não é avaliado por representantes da sociedade, e ainda está submetido aos interesses econômicos das próprias empresas. Logicamente, existem diferentes gradações dos níveis de regulação, entre o mais público e o mais privado, que vão determinar as diferentes gradações de contexto.

A sociedade, como o Estado, não deve ser entendidos como blocos monolíticos, com uma só forma de pensar. Seria impreciso dizer o Estado brasileiro ou o Estado norte-americano desejam isso ou aquilo, da mesma forma como a sociedade deste ou daquele país desejam uma determinada posição. Existem diferentes grupos de pressão, tanto dentro do governo, como na sociedade, que tem interesses maiores ou menores em tecnologias ou produtos, aceitando em diferentes graus os riscos gerados por estes produtos. O caso dos organismos geneticamente modificados marca bem estes diferentes extremos, quando vemos que mesmo durante as reuniões das conferências das partes, havia posições divergentes na equipe de representação diplomática brasileira, adotando ao mesmo tempo, posições antagônicas em diferentes reuniões que aconteciam em paralelo! As constantes e salutares disputas entre os diferentes ministérios sobre a admissibilidade ou não de determinadas tecnologias de produção, ou projetos de desenvolvimento sempre marcaram esta heterogeneidade de posições dos atores estatais.

Se no seio do Estado existem posições diferentes, na sociedade civil, tais divergências são ainda maiores e mais marcantes. O grau de uniformidade de interesses dos diversos atores

8 LUHMANN, *op. cit.*, p. 145-152

envolvidos determinará a presença de um contexto mais ou menos favorável a determinadas ações contra ou a favor de um controle mais rígido dos riscos.

A mobilização dos grupos de interesse por sua vez é extremamente importante para densificar as manifestações sobre uma área de risco. Os grupos de interesse são representados tanto por empresas, como por organizações não governamentais, mais ou menos favoráveis a determinado produto ou tecnologia. Maior a manifestação dos grupos de interesse, mais facilmente um determinado assunto entra na mídia e se torna tema de discussão pela sociedade como um todo. A pressão dos grupos de interesse também pode ser importante para que um tema não entre em discussão, principalmente em nível internacional, nas coalisões de veto contra a constituições de regimes. A informação, na era de riscos, é marcada pelo confronto entre as partes, pois cada parte tem um conjunto de informações importantes a seu favor. O próprio momento da informação ou decisão é por vezes mais importante do que o seu objeto si, como destaca Niklas Luhmann⁹. O momento certo de formular normas sobre a segurança nuclear não era nem antes nem muito depois de Chernobyl, mas logo em seguida. A edição de uma política internacional de defesa preventiva pelo Estados Unidos não podia ser feita antes do 11 de setembro, nem anos depois, mas logo depois dos ataques, enquanto todos estavam mobilizados em torno do tema, enquanto os sentimentos de dor e angústia ainda estavam presentes na população¹⁰.

II) Interesses relacionados com o tema

Ainda no contexto da forma de análise de Hood *et alii* deve-se observar os tipos de interesses relacionados ao tema, para classificar e caracterizar determinado regime de risco. Nestes fatores, temos relacionados o grau de populismo do tema, o corporativismo e as diferentes falhas de mercado.

O populismo se refere a reação dos agentes públicos e privados face as informações da mídia. Certos produtos ou tecnologias são abandonados ou defendidos conforme a pressão contrária ou favorável da mídia. No entanto, não há uma relação linear. Muito embora houvesse uma forte campanha contra os alimentos geneticamente modificados, algumas indústrias e vários governos resistiram e mantiveram as normas favoráveis a liberação comercial destes produtos. Outros países decretaram moratórias, como visto nas Comunidades Européias. Outros, como o Brasil, ainda reagiram de forma ambígua, proibindo a comercialização dos produtos mas não controlando a entrada do material genético proibido no país e anistiando todos aqueles que infringiam a norma legal. Isso está intimamente ligado com a organização da sociedade civil, com os *lobbies* e *experts* que se interessam ao tema.

O nível de reação à mídia e da organização da sociedade civil, por sua vez, dependem dos custos para a produção de uma forma diferente. Se os custos para a substituição forem muito altos,

9 LUHMANN, *op. cit.*, p. 152

10 A ação norte-americana foi vencedora em conseguir o apoio da comunidade internacional, no âmbito da Organização das Nações Unidas, esperando a decisão do Conselho de Segurança e do Parlamento do Afeganistão antes do envio das tropas. A edição do Decreto Patriota, logo depois, foi o resultado da mobilização interna em favor de ações contra possíveis atentados futuros.

as empresas provavelmente serão mais resistentes a trocar as formas de produção utilizadas. O mesmo acontece se as perdas pela não utilização de determinada tecnologia forem elevadas. De forma contrária, como vimos com o caso dos Clorofluorcarbonos (CFCs), a existência de uma nova tecnologia e a concentração de empresas produtores, possibilitou reações rápidas do setor privado, substituindo um produto consumido em todo o planeta, para um nova tecnologia, frente às pressões da sociedade civil e política, ainda que o nível de certeza científica, na época, fosse ainda muito baixo.

Deste modo, conforme maior for o nível de certeza científica das consequências ambientais de determinado produto ou tecnologia, mais facilmente os agentes políticos estarão convencidos da necessidade de se criar uma determinada norma jurídica efetiva, proibindo este ou aquele produto. Da mesma forma atuam os *lobbies* das empresas, favoráveis muitas vezes a um produto da empresa para qual advogam ou, até mesmo contrários, quando advogam os interesses de um concorrente.

III) Dinâmica da gestão de riscos pelos atores

Colaboram para a dinâmica da gestão de riscos, o acesso a informação do público, a participação deste público no processo decisório, a liberdade de expressão da imprensa e das organizações não-governamentais, e a abertura da administração às pressões sociais.

Já tivemos a oportunidade de analisar a importância do acesso a informação¹¹. No Brasil, particularmente existem instrumentos de acesso à informação pela sociedade civil, que não encontram equivalentes em outros países, como a Ação Civil Pública, que permite a qualquer organização da sociedade civil constituída há mais de um ano de acessar toda e qualquer informação (em certos casos mesmo as informações consideradas confidenciais pelas empresas), se as mesmas se referirem a atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente. No entanto os instrumentos de participação nem sempre são eficazes e acabam por servir para legitimar atos públicos, ditos “participativos”. As consultas ao público, abertas ao público por poucas semanas, com exigências técnicas desproporcionais às suas possibilidades de compreensão e manifestação, e sem acesso aos documentos essenciais para uma tomada de decisão conscientemente são comuns em diferentes assuntos, principalmente em temas ambientais. Estes falsos “rótulos de aberturas a participação pública” procuram apenas legitimar, ainda que falsamente, as decisões do Estado.

O grau de liberdade de imprensa e de expressão das organizações não-governamentais. A existência de veículos de informação independentes, de redes alternativas de comunicação, como a produção de documentos por organizações não-governamentais, que são acessados eletronicamente ou intercambiados por correio eletrônico facilita a circulação de críticas e o alerta sobre novos riscos. Como analisamos em outros textos, as organizações não governamentais

11 Veja VARELLA, M. D. Direito internacional econômico ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

exercerem um papel importante na vigilância sobre novos riscos, atuando contra ou a favor do Estado. Certas organizações não-governamentais, como a canadense RAFI, ou a espanhola GRAIN em se tratando de acesso aos recursos genéticos por exemplo, produzem textos técnicos, informativos, que são copiados dezenas milhares de vezes, mesmo sendo pequenas organizações com pouco mais de uma dezena de funcionários. A internet possibilita assim maior dinâmica na organização de redes de grupos de contestação e maior participação da sociedade civil na vigilância de novos riscos sociais, políticos, econômicos e ambientais.

A existência de conselhos participativos é outro instrumento que cada vez se torna mais utilizado. No entanto, em determinados países, a participação da sociedade civil é meramente opinativa, não participando com direito a voto. A escolha dos representantes pode ser feita ou não pelo Estado e, neste caso, deve-se criar instrumentos para a real independência dos representantes escolhidos, para que haja real combatividade no processo decisório e transparência das decisões tomadas. Conforme maior for a representatividade real dos membros dos conselhos participativos, maiores as chances de um controle dos riscos mais democrático pelos poderes públicos. De qualquer forma, este controle estará sempre atrelado aos interesses de grupos, ao momento político, e a escolha entre diferentes níveis de risco, entre situações que não apresentam risco zero.

Por fim, a abertura da administração pública às pressões. Os níveis de abertura podem variar conforme o tema, os grupos de interesse, os interesses econômicos em jogo e mesmo a cultura democrática dos decisores públicos em tomar medidas a partir de pressões públicas ou, ao contrário, de tomar medidas, mesmo sem qualquer pressão da sociedade civil. Em ambos os casos, mesmo quando não há pressões significativas, pode ser necessário proibir ou permitir determinada tecnologia ou produto que simplesmente não tem merecido a atenção da mídia.

Seção II - Diferentes percepções de risco

Mesmo que se trate de um mesmo conjunto social, na mesma época, pode-se obter percepções de risco diferentes para dois produtos, independente do risco concreto provocado por eles. Vamos fazer um exercício de comparação entre os defensivos agrícolas e os organismos geneticamente modificados. Nem o primeiro, nem o segundo podem ser analisados de forma genérica, porque existem defensivos agrícolas que não causam grandes males a saúde, como existem outros altamente nocivos ao homem e ao meio ambiente. Da mesma forma, a tecnologia da engenharia genética permite uma série de produtos diferentes, que podem ou não provocar danos.

O uso de defensivos agrícolas é antigo, tradicional e inerente ao modelo agrícola adotado hoje. O risco na sua utilização é conhecido mesmo pelas populações mais pobres. As organizações públicas e não-governamentais conhecem os potenciais efeitos nocivos do uso destes produtos. A produção de alimentos geneticamente modificados é nova. A maior parte da população brasileira

por exemplo sequer sabe o que significa esta tecnologia. Breve, a sociedade está mais habituada aos riscos relacionados com os defensivos agrícolas e menos habituada aos riscos anunciados dos organismos geneticamente modificados.

Os interesses econômicos nos dois setores são importantes. Grandes empresas multinacionais produzem os mesmos produtos que são utilizados em todo o mundo. A agricultura movimenta um mercado importante e, mesmo em países industrializados como o Brasil, o *agribusiness* representa cerca de 40% do Produto Interno Bruto. Os avanços dos organismos geneticamente modificados em relação ao total produzido, assim como o modelo de produção em larga escala, principalmente de produtos chaves, como soja, laranja e algodão aumentam cada vez mais a importância econômica da utilização de defensivos.

A divisão das entidades entre favoráveis ou contrárias a utilização de defensivos agrícolas e organismos geneticamente modificados é de certo modo uniforme. Os mesmos que são contrários ao uso dos organismos geneticamente modificados fazem objeções ao uso indiscriminado de defensivos agrícolas um controle rígido do Estado. O grau de uniformidade dos interesses é portanto muito parecido.

Ainda que a uniformidade dos interesses seja semelhante, percebe-se que a sociedade civil organizada está muito mais sensível aos temas ligados aos organismos geneticamente modificados do que a utilização indiscriminada dos agrotóxicos. Muito embora nenhum produto agrícola geneticamente modificado tenha demonstrado de forma contundente os seus malefícios para o meio ambiente ou para a saúde humana em proporção similar aqueles provocados pelo uso indiscriminado de defensivos agrícolas, as organizações não-governamentais promovem importantes campanhas contra qualquer novo produto que seja lançado no mercado ou decisão dos agentes políticos a favor dos organismos geneticamente modificados. Existe, de fato, uma rede mundial de vigilância contra os organismos geneticamente modificados, que distribui informações, alerta ao público e realiza atos contra qualquer avanço desta tecnologia.

No entanto, muito embora as semelhanças entre os dois regimes de risco, pouco interesse é manifestado com a autorização de comercialização de agrotóxicos, sem qualquer controle mais rígido pela administração pública. Ainda que os efeitos negativos dos agrotóxicos sejam muito mais importantes do que os transgênicos, o tema não merece a atenção da sociedade civil organizada, permitindo pressões do grupo de interesse e deixando o tema sob a responsabilidade única das agências de controle sanitário.

As recentes discussões no Mercosul sobre a entrada de agrotóxicos e a liberação de organismos geneticamente modificados ilustram a adoção de diferentes níveis de proteção sanitária, e de diferentes reações da sociedade civil, de forma desproporcional aos riscos assumidos, mostrando a imprevisibilidade das percepções públicas, mesmo com modelos classificatórios detalhados como o exposto acima. Cabe aqui analisar então alguns aspectos jurídicos e suas reações pela sociedade civil e política das mudanças recentes em torno destes dois sistemas.

O conjunto normativo brasileiro para a proteção sanitária e fitossanitária, em se tratando de agrotóxicos vem sofrendo há alguns anos um controle mais rígido. Com a criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, aperfeiçou-se um sistema específico para o controle dos produtos agroquímicos, exigindo diversos tipos de exames toxicológicos, registro e formas de controle que são submetidos à consulta pública, à consulta de especialistas de diferentes universidades, um procedimento que pode demorar diversos meses para ser vencido, até o atestamento da segurança do produto. Ao todo, o Decreto 4.074, de 04 de janeiro de 2002, prevê a fiscalização conjunta dos Ministérios da Saúde, da Agricultura e do Meio Ambiente, em diferentes estágios.

Esta sequência de exames aparecia como uma barreira intransponível a produtos de menor qualidade, sobretudo aqueles fabricados por grandes e pequenas empresas asiáticas, acostumadas a exportar para países com menores níveis de proteção ambiental. Tendo em vista que o Brasil é um dos maiores produtores agrícolas do mundo, com uma agricultura que passa por intenso processo de modernização, as pressões externas para a flexibilização das regras sanitárias aumentava ano a ano.

Os países vizinhos do Mercosul não possuem normas tão rígidas quanto as brasileiras. Especialmente o Paraguai, um país de pequena produção agrícola, voltada para subsistência, com raras exceções de certos produtos direcionados para o mercado exterior, possui uma das legislações mais flexíveis da região. Após negociações em diversos temas, o Brasil aceitou a equivalência dos registros. Resultou-se do acordo a facilitação de entrada de produtos estrangeiros no mercado brasileiro, pois os mesmos não mais precisam passar pelos níveis de segurança sanitária e fitossanitária da legislação nacional, bastando serem aprovados pela legislação paraguaia. Tal procedimento não está disponível aos produtores nacionais. Os instrumentos de consulta pública, inexistentes no Paraguai desaparecem, e os pesquisadores brasileiros não podem se manifestar face a potenciais riscos ao meio ambiente.

Mesmo com o potencial impacto negativo com a liberação de produtos não testados de forma adequada no mercado brasileiro, as manifestações contrárias das organizações não-governamentais foi quase inexistente. A sociedade civil organizada não promoveu embates junto ao governo federal. O mesmo se verifica com o lançamento de cada novo produto químico, para os quais a ANVISA lança consultas públicas periódicas, avisando por mensagem eletrônica uma rede de laboratórios de universidades públicas, mas raramente obtêm respostas ou objeções da população.

De forma diferente, todos os procedimentos referentes aos organismos geneticamente modificados são controlados à exaustão. A discussão técnica, em relação a adoção do princípio da precaução, tornou-se ideológica, polarizando grupos extremos completamente favoráveis ao uso da tecnologia para todo e qualquer fim, como diabolizando o uso da engenharia genética. O primeiro grupo, representado por empresas produtoras de alimentos transgênicos, defende a não-realização de estudos de impacto ambiental ou, como no caso da empresa Monsanto, o aproveitamento de estudos de impacto realizados em outros países, sabidamente inaproveitáveis para medir impactos sobre o ecossistema brasileiro. O segundo grupo, diametralmente oposto ao primeiro, defende a

proibição da engenharia genética, inclusive em relação aos produtos de grande utilidade para saúde humana, comprovadamente saudáveis. Ora, não se pode banir uma técnica por razões ideológicas. Deve-se sim adotar o princípio da precaução e, no caso de fundada dúvida, não liberar o produto no meio ambiente, realizar estudos de impacto ambiental sérios e, a partir da melhor compreensão dos riscos, decidir de forma democrática se a sociedade está ou não disposta a aceitar determinados riscos. O ideal do risco zero, de qualquer modo, não existe.

Com a exacerbação de posições em relação à engenharia genética, toda e qualquer norma pública ou produto liberado no Brasil ou nos países vizinhos era seguida de muito perto e amplamente contestada ou apoiada pela sociedade. Fóruns de organizações não-governamentais foi criado, com periódicos contra transgênicos. Os grupos de *lobbies* junto ao Congresso Nacional e a Casa Civil para pressionar em favor ou contra a liberação dos organismos geneticamente modificados. Em outras palavras, para produtos mais conhecidos e de menor impacto ambiental do que os agrotóxicos, num mesmo cenário, a percepção de riscos da sociedade civil é complementamente distinta.

A dinâmica dos regimes portanto, analisado no modelo acima¹² e que traz diferentes elementos classificatórios, não permite uma previsibilidade das reações sociais face aos riscos. Não se pode prever, com base na edição de modelos de análise, qual vai ser a reação da sociedade civil face a um determinado produto, mesmo se conhecendo os diversos elementos de outros modelos parecidos. É certo que em países da Europa, muito mais prejudicados com recentes graves crises sanitárias, como a vaca louca, o sangue contaminado, a dioxina, a confiança nos poderes públicos seja muito mais enfraquecida do que nos Estados Unidos ou no Brasil, onde não houve tais problemas. A percepção de risco irá, necessariamente, variar conforme a bagagem cultural de cada país, o relacionamento com o Estado, além de diversos outros fatores descritos. Trata-se mais uma vez, de uma decisão política e não técnica, ou científica. Por ser uma decisão política, a decisão deve partir do Poder Legislativo ou Judiciário. Como ressaltou a Corte de Justiça das Comunidades Europeias “isso seria privar os órgãos legislativos e executivos da Comunidade da margem de manobra que dispõem os órgãos similares dos parceiros comerciais”¹³. Trata-se de uma decisão discricionário, inerente a cada país. A Corte completa, em outra decisão:

“Quando a avaliação científica não permite determinar a existência do risco com suficiente certeza, o recurso ou ausência de recurso ao princípio da precaução **depende do nível de proteção escolhido pela autoridade competente no exercício do seu poder discricionário**, considerando as prioridades que ela define em função dos objetivos que ela persegue, conforme às regras pertinentes do direito internacional e comunitário. Esta escolha deve, contudo, ser conforme o princípio da preeminência da proteção da saúde pública, da segurança e do meio ambiente sobre os interesses econômicos, e também aos princípios da proporcionalidade e da não discriminação”.¹⁴

12 O modelo proposto por Hood *et alii* foi adaptado.

13 T-174/00, Biret International SA, c. Conseil de l'Union européenne, de 11 de janeiro de 2002

14 Artegodan c. Commission européenne, point 186, de 15 de março de 2004

3. A atribuição do direito internacional econômico do direito de escolha a cada Estado sobre seu nível aceitável de risco

A adoção de normas internacionais de proteção sanitária e fitossanitária (acordo SPS), no âmbito da Organização Mundial do Comércio contribuiu para reforçar o direito de escolha de cada Estado sobre o seu nível de risco aceitável. O acordo SPS, conforme esclarecido em diferentes panels pelo Órgão de Solução de Controvérsias, atribui o direito de escolha ao país, desde que não seja uma barreira desfarçada ao comércio internacional, sob a roupagem de norma de proteção sanitária ou fitossanitária. Neste contexto normativo, avançou-se em relação a outros fóruns internacionais, como a Corte Internacional de Justiça, o Tribunal Arbitral do Mercosul, entre tantos outros, com a atribuição de conteúdo do princípio da precaução e o reconhecimento de diferentes níveis de organização social em relação a adoção de medidas para evitar riscos.

O conjunto normativo da OMC prevê que cada país tem o direito de fixar seu próprio nível aceitável de risco. Existem duas situações possíveis : quando se conhece o risco e quando se trata de um risco desconhecido. Na primeira hipótese, há uma probabilidade do evento ocorrer, probabilidade que deve ser analisada politicamente, em função da aceitação de exposição aos riscos e aos benefícios gerados pela ação. Trata-se de uma decisão política sobre a adoção ou não de determinada tecnologia, prática ou mesmo de aceitação de níveis maiores de exposição aos riscos face aos interesses em jogo. Assim, o país pode escolher se aceita ou não construir uma usina nuclear, sabendo quais são suas próprias condições de controle da segurança da usina, dos resíduos gerados e os riscos de vazamentos de produtos radioativos, face aos benefícios com a preservação do meio ambiente ou seu maior avanço no domínio desta tecnologia.

Em se tratando de comércio internacional, o Estado pode proibir a comercialização de um produto com maior ou menor quantidade de substância perigosa, quando a quantidade desta substância pode trazer benefícios a sua população. Conhece-se o risco, sabe-se como controlá-lo e toma-se uma decisão em relação ao nível de exposição ao risco. O importante é que a medida seja adotada com bases no conhecimento científico e seja aplicada tanto aos nacionais quanto aos estrangeiros.

A segunda situação se refere à incerteza, ao risco desconhecido. Neste caso, é preciso ao menos ter uma suspeita, evitando assim excessos que poderiam justificar medidas protecionistas fundado no temor de riscos, sem qualquer suspeita fundada. Neste caso, evoca-se o princípio da precaução¹⁵. Encontramos a essência do acordo SPS no seu artigo 2º que expressa o direito dos membros de adotar medidas sanitária e fitossanitária para a proteção do meio ambiente ou da saúde humana. Tais medidas não podem ser criadas quando forem barreiras desfarçadas ao comércio internacional, conforme prevê o artigo XX do GATT de 1947.

A decisão sobre quando uma medida deve ser ou não tomada para a proteção sanitária ou fitossanitária se verifica com os fundamentos científicos e socioculturais da população atingida.

15 Ver obra coletiva “VARELLA, M. PLATIAU, A. Princípio da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004”.

Quando não se conhece exaustivamente um determinado produto, o país pode alegar, com argumentos técnicos, que existe uma dúvida fundada que o mesmo pode causar impactos negativos para o homem ou meio ambiente. Ao contrário, pode-se, com fundamento no artigo XX, *b ou g* do GATT impedir a comercialização conhecidamente nocivo. Cada país tem a liberdade de decidir o grau de nocividade aceito no seu território. Um país pode tolerar um determinado nível de produtos indesejáveis por grama ou litro de um alimento consumido por exemplo, enquanto outro tolera diversas vezes mais. Estará no seu direito, desde que se reconheça aos produtos fabricados no seu território as mesmas restrições daquelas impostas aos estrangeiros.

O caso dos pneus recauchutados entre Brasil e Argentina e posteriormente entre Brasil e diversos outros países europeus demonstra a dificuldade de lidar com o tema. Em função das restritivas normas européias de proteção ambiental, as empresas produtoras de pneus devem recolher parte dos produtos lançados no mercado e dar um destino ambientalmente saudável a tais pneus. No entanto, torna-se demasiadamente caro tratar os pneus, sendo mais barato recauchutá-los e enviar a preços reduzidos a países com legislações ambientais menos exigentes. Exporta-se, em verdade, lixo com impactos tardios. Uma vez que os pneus recauchutados não podem ser novamente recuperados e têm menor vida útil, em poucos anos se tornam imprestáveis novamente e não há para quem exportá-los. O Brasil optou por não aceitar os pneus, alegando a proteção do seu meio ambiente. No entanto, permite que empresas brasileiras comercializem o produto internamente, ferindo o princípio do tratamento nacional. O lógica do aparato normativo da Organização Mundial do Comércio (OMC) é simples: se um país permite aos seus nacionais fabricarem determinado produto comercial e proíbe os estrangeiros de exportarem o mesmo produto para o seu território, há uma barreira desfarçada ao comércio nacional, infringindo o princípio do tratamento nacional, princípio basilar da própria OMC.

A interpretação conjunta dos artigos 2 e 5:7 permite a adoção do princípio da precaução, com a proibição da liberação do produto até o melhor conhecimento das suas características. A interpretação dos acordos foi o resultado das discussões dos casos *Comunidades Europeias – carne com hormônios*, *Japão – Produtos agrícolas* e *Austrália – salmões*. No entanto, ao contrário do que notamos na Corte Internacional de Justiça, que não reconheceu o princípio da precaução quando teve oportunidade (*Caso Gabcíkovo-Nagymaros*) ou dos tribunais brasileiros, que declaram uma moratória cega aos organismos geneticamente modificados, o Órgão de Solução de Controvérsias proferiu uma decisão ilíquida, suspendendo o litígio por dois anos para que se realizassem mais estudos científicos.

Em resumo, a adoção do princípio da precaução no âmbito do direito internacional econômico (leia-se OMC) fica condicionada a quatro critérios objetivos:

- ☞ Existência de uma *dúvida relevante*;
- ☞ Adoção de uma medida *provisória de proibição do comércio*;
- ☞ Esforço para *obtenção de informações, em um período de tempo negociado*, com base em *protocolos técnicos*, para revisão da medida;

 Revisão da medida periodicamente.

A adoção do princípio da precaução foi utilizado por exemplo na panel *Comunidades Européias – hormônios*. A Comunidade Européia, em especial a França e a Alemanha argumentavam que havia indícios científicos de que o hormônio utilizado para engordar o gado nos Estados Unidos era prejudicial à saúde. De acordo com o princípio da precaução, previsto no artigo 5:7 do acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS), o Órgão de Solução de Controvérsias aceitou a argumentação e as partes negociaram um prazo de moratória a entrada de carne bovina de origem norte-americana em território europeu. Os americanos alegavam que os argumentos europeus eram falsos e que seu objetivo era manter a organização da produção pecuária do norte da França e sul da Alemanha. Passado o período de negociação, ambas partes apresentaram seus estudos e ficou claro que os estudos norte-americanos provavam que o hormônio utilizado não causava nenhum prejuízo ao homem. As Comunidades Européias foram condenadas a retirar suas barreiras. Para proteger seus agricultores, preferiram descumprir a decisão e sofrer as sanções comerciais.

A prática jurídica internacional permite utilizar elementos mais sofisticados de análise, como o nível de organização social. A falta de organização social adequada para lidar com determinados riscos foi utilizado no *panel Canadá – abestos*. Os amiantos tipo abestos são conhecidos pelo seu potencial cancerígeno. No entanto, o Canadá argumentava que, quando o metal é vendido de forma encapsulada, não haveria riscos ao homem, desde que aqueles que manuseassem o produto tomassem as medidas de prevenção, quais seja, o uso de máscaras. Segundo o Canadá, a informação nos rótulos e a educação dos profissionais que lidam com fios de abestos era suficiente para proporcionar um muito baixo grau de risco.

As Comunidades Européias, por sua vez, especialmente a França, argumentaram que o nível de organização social francês não permitia a adoção de medidas preventivas como sugeria o Canadá. Sendo a prática da bricolagem difundida na cultura francesa, cada pessoa tinha por hábito fazer seus próprios reparos domésticos. A compra de fios de abestos, a granel pela população em geral, dificultaria qualquer programa de educação direcionado para os usuários, até porque todos os franceses eram usuários em potencial. Além disso, de acordo com a defesa européia, não se pode esperar, conhecendo o nível de educação do povo francês, que a simples indicação no rótulo do produto, na loja, de que é necessário usar máscaras, seja suficiente para que os usuários finais do produto realmente usassem estas máscaras para prevenir o câncer. Foi com base nestes argumentos, que o Órgão de Solução de Controvérsias aceitou a demanda Européia, ampliando a interpretação do acordo SPS e legitimando a proibição do produto.

O avanço da discussão sobre o princípio da precaução pela Corte de Justiça das Comunidades Européias chegou a decisões limitadoras das possibilidades dos Estados fixarem restrições comerciais, com base em níveis de risco eleitos por eles, mas extravagantes do ponto de vista comunitário. Com base no princípio da precaução, a Dinamarca proibiu em seu território a venda de produtos que contivessem elementos químicos inúteis para os objetivos a que se destinam ou quando a população dinamarquesa não tivesse carência dos seus nutrientes. Cada produto

deveria provar suprir uma necessidade nutricional da população dinamarquesa para poder ser comercializado. Buscava-se assim evitar possíveis efeitos adversos de produtos não conhecidos anteriormente, ainda que sem qualquer suspeita de perigo. Shampoos com vitamina C, biscoitos enriquecidos com certas vitaminas e minerais, por exemplos foram imediatamente banidos. A Corte de Justiça das Comunidades Européias considerou tal decisão abusiva, por não se tratar do estabelecimento de níveis de risco, mas por simplesmente banir determinado produto em função dos apelos comerciais criados. Como tais produtos são permitidos nos demais países europeus, não causam males a população e existe uma demanda pelos mesmos, a norma dinamarquesa teve que ser revogada.

A identificação dos níveis de risco aceitos no direito do comércio internacional depende portanto de cada produto ou tecnologia. Não se pode prever de forma genérica qual vai ser a resposta da população a um determinado produto, em função das características suas, ou da organização da sociedade civil. A sociedade civil tem um papel de controlar os excessos permissivos do Estado, nesta complexa relação política, onde o direito não pode dar respostas mágicas para a solução de todos problemas. Procura-se evitar a liberação comercial de produtos nocivos, por omissões na fiscalização ou pressões de empresas ávidas de lucro, mas não há instrumentos efetivos para combater as relações entre Estados, Organizações, Empresas e Sociedade na escolha dos níveis de risco aceitos, em função dos níveis desejados de emprego, renda e mesmo em função de corrupção. O desejado seria que o Estado servisse como árbitro, aumentando os níveis de controle mesmo quando a sociedade civil não percebesse a importância dos riscos, que realizasse mais estudos sobre produtos potencialmente danosos, de acordo com o princípio da precaução ou impedindo abusos, como o banimento de produtos pelo simples fato de setores da sociedade civil serem contra o uso de uma tecnologia, seja qual for o seu resultado. O Estado não pode ser apenas reativo às percepções sociais, nem a Sociedade inerte face uma expectativa de ação estatal.



Governo dos Riscos

CAPÍTULO 7

As relações entre o Direito Internacional Ambiental e o direito da OMC, tomando-se como exemplo a regulamentação do comércio internacional dos organismos geneticamente modificados

Sandrine Maljean-Dubois

As relações entre o Direito Internacional Ambiental e o direito da OMC, tomando-se como exemplo a regulamentação do comércio internacional dos organismos geneticamente modificados

Sandrine Maljean-Dubois¹

O Acordo de Marrakech de 1994 ampliou a competência da OMC, permitindo o alcance de áreas de atuação até então fora do âmbito do GATT. Esse campo de ação expandiu-se na direção da agricultura, dos serviços, dos investimentos internacionais e, ainda, da propriedade intelectual, o que em muito contribuiu para o fortalecimento dessa organização que hoje conta com 147 membros.

Ocorre, no entanto, que ainda subsistem certas áreas que, não obstante influenciem, de modo direto e vigoroso, o comércio internacional e o acesso aos mercados, ainda não estão submetidas à competência da OMC. O meio ambiente é uma delas. De fato, as questões ambientais não se subsumem, propriamente, ao comércio. E, ao responder, em seu funcionamento, e como qualquer outra organização internacional, ao princípio da especialidade, a OMC não se propõe naturalmente a abarcar essas questões. A proteção ao meio ambiente não foi integrada ao direito internacional econômico, e nem o será, sob pena de permitir-se acusar a OMC de imperialismo.

A resposta aos múltiplos e urgentes desafios que a deterioração do meio ambiente suscita não nos remete ao direito internacional econômico, mas ao direito internacional ambiental. Este último vem se aparelhando, efetivamente, há mais de trinta anos, quantitativa e qualitativamente. Assim é que mais de quinhentos tratados multilaterais – de abrangência universal ou meramente regionais – foram adotados em torno do meio ambiente. Pelos meios convencionais conhecidos permitiu-se a formalização, nos mais variados setores e nas mais variadas áreas de atuação, de *regimes internacionais* institucionalizados, organizados e com o devido suporte financeiro.

Direito internacional econômico e direito internacional ambiental, pois, desenvolvem-se paralelamente e em grande velocidade. Paralelamente, no entanto, não é a idéia mais adequada, porque várias intersecções se interpõem em tal desenvolvimento.

Com efeito, as políticas comerciais e as políticas ambientais não são estanques. As ligações entre comércio e meio ambiente são evidentes: as políticas ambientais incidem sobre o comércio internacional e este, por sua vez, produz efeitos no meio ambiente. Esses laços são cada vez mais profundos em razão do agravamento dos problemas ambientais, de um lado, e da rápida expansão do comércio internacional, do outro. À medida que se reduzem as tarifas alfandegárias, as barreiras não-alfandegárias assumem enorme importância. Os países tendem a multiplicá-las, notadamente por razões sanitárias ou ambientais e, com frequência, para atender às crescentes exigências de seus consumidores e de seus cidadãos.

1 Chefe do Departamento de Pesquisas do CNRS-CERIC (UMR6201), Aix-en-Provence.

Vê-se, portanto, que a OMC, ainda que adstrita ao princípio da especialidade, não poderá continuar completamente impermeável às considerações ambientais, que o direito produzido em seu âmbito de funcionamento deverá levar em conta. Da mesma forma, o direito internacional ambiental não poderá mais ignorar totalmente o direito produzido na OMC.

Esse encontro entre duas esferas normativas é realmente inevitável, na medida em que as convenções internacionais de proteção ao meio ambiente (os MEA, acordos ambientais multilaterais, na linguagem da OMC) venham a determinar aos Estados-Membros a adoção de certas medidas comerciais. Extraídas do direito internacional ambiental, as *medidas comerciais de proteção ao meio ambiente* não escapam, é claro, à disciplina jurídica da OMC.

A relação entre os acordos ambientais multilaterais (MEA) e o direito da OMC não se reveste, apenas, de interesse teórico. Com efeito, questões contrapostas umas às outras – meio ambiente e saúde, livre comércio, liberdade para empreender e desenvolvimento dos países do Sul – terminam por produzir conflitos bastante concretos.

Certamente, essa problemática não é nova. Mais de vinte MEA prevêm medidas de cunho comercial, sejam principais ou acessórias. As últimas convenções ambientais quase que sistematicamente recorrem a medidas comerciais. Em uma época marcada pela crescente utilização de ferramentas econômicas e financeiras, supõe-se que tais medidas comerciais possam contribuir para o esperado fortalecimento da efetividade do direito internacional ambiental². A questão de sua articulação com o próprio direito produzido pela OMC está na ordem do dia dos trabalhos da Comissão de Comércio e Meio Ambiente da OMC (CTE), desde sua fundação. Também consta do mandato do PNUMA, tal como decidido pelo Conselho de Administração em sua 21ª Sessão, que prevê o aprofundamento da relação entre os MEA e a OMC de modo a tornar complementares as políticas comerciais e as ambientais³. Por essa razão reuniões conjuntas OMC/PNUMA são organizadas para tratar desse tema⁴, que também interessa à OCDE⁵.

De todo modo, se o problema apontado não é novo, adquire crescente importância. Os temas relativos à articulação entre o direito ambiental e o direito internacional econômico impregnaram as negociações de várias convenções internacionais recentes e podem acabar por colocar em cheque sua implementação. A questão da *biossegurança* pode exemplificar esse ponto de vista de modo bastante esclarecedor. O Protocolo de Cartagena concernente ao comércio internacional dos organismos geneticamente modificados (OGM), chamado de Protocolo da Biossegurança, adotado em janeiro de 2000 e em vigor desde setembro de 2003, situa-se, certamente, na fronteira entre

2 Cf. *L'outil économique en droit international de l'environnement*, S. MALJEAN-DUBOIS (dir.), La documentation Française, Monde européen et international, 2002, 513 p.

3 Cf. Decisão GC 21/14

4 Cf. OMC, *Bulletin sur le commerce et l'environnement*, TE/029, 30 de julho de 1999. Vide *Reunião do PNUMA sobre o respeito e a implementação das obrigações e sobre a solução de controvérsias no âmbito dos acordos multilaterais sobre meio-ambiente e no âmbito da OMC*, OMC, 26 de junho de 2001, 20 de julho de 2001, WT/CTE/W/199.

5 Cf. Relatórios do Grupo de trabalho conjunto sobre o comércio e o meio-ambiente ; *Utilização de medidas comerciais no contexto dos acordos multilaterais sobre o meio-ambiente : Relatório sintético sobre três estudos de caso*, OCDE, COM/ENV/TD(98)127/FINAL

o direito internacional ambiental e o direito internacional econômico. Por isso mesmo, convém questionar desde já sua relação com o direito da OMC⁶.

Submetidas à disciplina do citado Protocolo (desde que o Estado importador e o Estado exportador sejam ambos signatários), as medidas restritivas do comércio internacional dos OGM podem, no entanto, ser apreciadas tendo em vista o direito da OMC. Com efeito, na condição de mercadorias, os OGM estão submetidos à disciplina jurídica da OMC. A abordagem do tema, no entanto, não é simples nem evidente, seja em razão da diversidade dos OGM, seja em razão dos riscos que deles podem advir, seja, ainda, em face da pluralidade de medidas restritivas de comércio a que podem dar causa, como também em razão da própria complexidade do sistema da OMC, que se estrutura a partir de uma série de diferentes acordos. Assim, o comércio dos OGM pode ser apreciado, segundo a hipótese aplicável ao caso, à luz do Acordo sobre Medidas Sanitárias e Fitossanitárias (SPS), ou do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio (TBT), ou, ainda, à luz do Acordo sobre Agricultura ou do GATT de 1994⁷. A análise de cada caso deve ser conduzida em função, sobretudo, do OGM em causa e de seus riscos potenciais (sanitários e ou ambientais) e, portanto, do objetivo da medida a ser proposta, como também do conteúdo de tal medida (por exemplo, proibição ou restrição à importação, **rotulagem** etc)⁸. É incontestável que mesmo a articulação entre os próprios acordos da OMC não permite clareza em sua aplicação, o que contribui enormemente para tornar complexa a abordagem jurídica de tais questões⁹.

Em princípio, a disciplina jurídica da OMC só se mostra aplicável ao caso concreto em que o importador ou o exportador não seja, qualquer um deles, signatário do Protocolo de Biossegurança, situação que, na prática, poderá ser muito freqüente. Na realidade, os principais exportadores de OGM não aderiram ao Protocolo, colocando em risco, de certo modo, o próprio futuro desse tratado. Essa é a situação, por exemplo, dos Estados Unidos. Durante as negociações pertinentes ao Protocolo, os Estados Unidos se encontravam em situação peculiar: não tendo ratificado a Convenção do Rio, não podiam, portanto, tomar parte nos debates com direito de voto. Como simples observadores, no entanto, influenciaram, de modo considerável, os temas em negociação, dando apoio ao Grupo de Miami que reunia os principais países exportadores de OGM, entre eles o Canadá, a Austrália, a Argentina, o Chile e o Uruguai. Sua influência se expressa no texto do Protocolo, que contém compromissos variados, imprecisões, até mesmo lacunas, ainda que esse Grupo não tenha tido sucesso em impor ao Protocolo seu desejo de regulamentação minimalista. Todavia, os Estados do Grupo de Miami não se apressam em fazer parte do Protocolo. O Canadá, a Argentina, o Chile e o Uruguai assinaram o Protocolo, mas não o ratificaram, ainda. A Austrália

6 Cf. *La régulation du commerce international des OGM*, S. MALJEAN-DUBOIS, J. BOURRINET (dir.), La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2002, 383 p.

7 Ressalte-se que, na hipótese do GATT/1994 e um outro acordo do Anexo 1A serem ambos aplicáveis, *a priori*, a uma mesma medida, na prática examina-se tal medida em relação ao acordo que trate a medida em causa “*expressamente e de maneira detalhada*”. Cf. Relatório do Órgão de Apelação no caso *Comunidades Europeias – Regime aplicável à importação, à venda e à distribuição de bananas*, adotado em 25 de setembro de 1997, WT/DS27/AB/R, § 204.

8 Cf. S. CHARNOVITZ, “Improving the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Standards”, *Trade, Environment and the Millenium*, G.P. SAMPSON, W.B. CHAMBERS, United Nations Unisersity Press, 1999, p. 175.

9 A. H. QURESHI, “The Cartagena Protocol on Biosafety and the WTO – co-existence or incoherence?”, *ICLQ*, vol. 49, 2000, p. 850.

nem mesmo o assinou. Certamente, esses Estados não são mais os únicos exportadores de OGM mas, no momento, representam ainda grande parte do comércio internacional de OGM.

Desde então, duas demandas sobre o comércio de OGM foram apresentadas à OMC. Uma primeira, cujas consultas entre os países em questão ainda estão em curso, datada de setembro de 2000, concerne à proibição imposta pelo Egito à importação de atum enlatado proveniente da Tailândia, por suspeitar-se ter sido acondicionado em óleo de soja geneticamente modificada¹⁰. A segunda consulta consubstancia a concretização das ameaças norte-americanas contra a legislação europeia. Esta última consulta levou à formação, pelo Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), de um Grupo especial para apreciar as demandas dos Estados Unidos, do Canadá e da Argentina¹¹. Como as partes envolvidas não chegassem a um acordo sobre a composição do Grupo, finalmente foi o Diretor-Geral quem determinou a sua instalação em 4 de março de 2004¹².

Ora, nessa controvérsia, vê-se que a Europa é parte do Protocolo de Biossegurança, mas não os Estados Unidos. Quanto ao Canadá e à Argentina, sua situação é um pouco diferente: esses países assinaram o Protocolo e, portanto, demonstraram sua intenção de fazer parte do Acordo. Embora tal circunstância não possa obrigá-los a respeitar as disposições constantes do Protocolo, deveriam, no entanto, abster-se de adotar um comportamento que pudesse esvaziar por completo seu posterior engajamento, quando vierem a expressar seu consentimento¹³. O Protocolo é, portanto, o pano de fundo de tal controvérsia, sem nele exercer - ao menos *a priori* - um papel primordial.

I. O comércio internacional dos OGM: dualidade normativa e riscos de desarticulação

A dualidade das esferas normativas, no caso, deve ser analisada, levando-se em conta a disciplina jurídica dos OGM e, ao mesmo tempo, os mecanismos de solução de controvérsias. Essa desarticulação do direito internacional comporta riscos intrínsecos de incoerências e mesmo de contradições.

10 A Tailândia alega, nesse caso, violação aos artigos Ier, XI et XIII do GATT, e aos artigos 2, 3 et 5, e Anexo B, §§ 2 e 5, do Acordo SPS ; *Égito – Proibição de importação de atum acondicionado em óleo de soja*, demanda apresentada pela Tailândia (WT/DS205/1).

11 Vide no site da OMC os vários documentos relativos à WT/DS291, WT/DS292, WT/DS293 – *Comunidades Europeias – Medidas relativas ao acordo de comercialização de produtos biotecnológicos*

12 Presidente : M. Christian Häberli ; Membros : M. Mohan Kumar, M. Akio Shimizu. Vários Estados ressaltaram os seus direitos na qualidade de terceiros interessados : Austrália, Chile, China, Colômbia, El Salvador, Honduras, Nova Zelândia, Noruega, Peru, Taipei, Tailândia, Uruguai, Canadá, Argentina, Estados Unidos, México, Brasil, Paraguai.

13 Consoante o artigo 18 da Convenção de Viena de 1969 sobre o direito dos tratados, “*Um Estado deve abster-se de atos que privem um tratado do seu objeto ou do seu fim: (...) quando assinou o tratado (...), enquanto não manifestar a sua intenção de não se tornar Parte no tratado* ».

A. Uma dualidade na abordagem jurídica do tema

Os Estados que se opunham à negociação do tratado que disciplina tais questões e que se coloca ao lado da própria disciplina jurídica da OMC não lograram impedir sua adoção. Tendo sido posterior ao Acordo de Marrakech, o Protocolo da Biossegurança não ignora o direito da OMC, em relação ao qual se impôs o princípio do respeito mútuo. Na prática, no entanto, as diferenças de objetivos levam a certas divergências entre essas duas esferas normativas.

A.1. Dualidade das esferas normativas ao princípio do “respeito mútuo”

Tratando-se de OGM, várias discussões paralelas ocorreram em dois fóruns diferentes: no âmbito da OMC e no interior da Convenção do Rio sobre a Diversidade Biológica. Opuseram invariavelmente os Estados Unidos à União Europeia e os EUA aos países em desenvolvimento. Os Estados Unidos entendiam que a OMC deveria tratar os OGM como produtos agrícolas “clássicos” - produtos similares aos mesmos produtos não modificados geneticamente – e aplicar-lhes as mesmas regras. Eles não desejavam ver essa questão incluída no âmbito das negociações da OMC e preferiam uma negociação bilateral com a União Europeia na discussão desse assunto. Esta, no entanto, propugnava pelo multilateralismo, demonstrando sua preferência por um tratamento do tema no âmbito da Convenção do Rio sobre a Diversidade Biológica e a adoção de um Protocolo específico, generalizando, desse modo, os procedimentos de autorização (da utilização de OGM) aplicáveis a cada caso, que já haviam sido adotados pela Comunidade Europeia. Reclamava-se, em consequência, o reconhecimento pela OMC do princípio da precaução e o estabelecimento de regras claras de **rotulagem**¹⁴. Quando da Conferência de Seattle, o Comissário europeu acabou por aceitar a criação de um grupo de trabalho Europa/Estados Unidos, no âmbito da OMC. Mas, após as reações desfavoráveis de vários Países-Membros, a Comissão teve que publicar um comunicado, esclarecendo que permanecia vinculada aos objetivos das negociações de biossegurança no quadro da ONU e que o grupo se contentaria em apenas recolher informações¹⁵. O Fórum consultivo sobre biotecnologias pôde finalmente ser estabelecido. Permitiu certos progressos, sem, no entanto, solucionar todas as controvérsias¹⁶ sobre o tema. De outro lado, as reservas americanas não impediram a adoção do Protocolo algumas semanas após a edição do Relatório sobre Negociações Comerciais acordado em Seattle.

14 B. MARRE, *De la mondialisation subie au développement contrôlé. Les enjeux de la Conférence de Seattle*, Relatório Informativo n°1824, Delegação para a União Europeia, Assembleia Nacional, 30 de setembro de 1999, p. 106.

15 P. RICHE, “Plus qu’un jour pour s’attaquer au fond. Hier à Seattle, l’Europe a fait des concessions, contestées, sur les OGM”, *Libération*, 3 de dezembro de 1999

16 Produziu um documento em dezembro de 2000 contendo várias recomendações. Cf. M. MATTHEE, D. VERMERSCH, “The International Integration of European Precautionary Measures on Biosafety”, *European Environmental Law Review*, juin 2001, p. 191 ; http://www.europa.eu.int/comm/external_relations/us/biotech/biotech.htm .

O Protocolo de Cartagena sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos, assim chamado Protocolo de Biossegurança foi finalmente adotado em 29 de janeiro de 2000. Analisado em uma perspectiva ampla, parece promover adequada proteção, em conformidade com as intenções da União Europeia e dos países em desenvolvimento. Permite aos governos o direito de proibir, por razões sanitárias ou ambientais, a importação de organismos vivos modificados (OVM) destinados a ser plantados ou liberados no meio ambiente. Os OVM são essencialmente OGM que, como as sementes, os produtos agrícolas não transformados (cereais) ou os peixes vivos, não foram modificados e conseguiriam sobreviver se fossem introduzidos no meio ambiente. Trata-se de garantir um nível de proteção adequado com relação à segurança na transferência, no tratamento e na utilização dos OVM suscetíveis de produzir efeitos nefastos sobre a conservação da Diversidade Biológica e sua preservação, levando-se sempre em conta os riscos para a saúde humana.

Entre os avanços significativos, estabeleceu-se um procedimento de “consentimento prévio fundamentado” que abre caminho ao Estado em questão para, querendo, recusar a importação de OGM, reconhecendo-se, também, o princípio da precaução que pode ser invocado como fundamento para a recusa de importação de OGM. A **rotulagem** dos OGM tornou-se obrigatória. O Protocolo também leva em consideração as necessidades dos países em desenvolvimento e visa reforçar ou construir sua “capacitação” em matéria de biossegurança.

Contrariamente aos MEA mais antigos, o Protocolo de Cartagena foi adotado seis anos após a entrada em vigor do Acordo de Marrakech. O direito da OMC e as primeiras “jurisprudências” estabelecidas em casos relacionados à saúde ou ao meio ambiente pelos Painéis ou pelo Órgão de Apelação já se constituíam pano de fundo das negociações. A delicada questão da interação entre o Protocolo e o direito da OMC complicou as negociações até o último minuto. Preocupada com os resultados de tais negociações, a OMC participou como observadora.

O Protocolo consagrou alguns dispositivos, conquanto ambíguos, ao tratamento de suas relações com o direito da OMC. Ao longo das negociações foi previsto de submeter ora o Protocolo às regras do comércio internacional - reivindicação dos exportadores de OGM -, ora que os dois regimes se reforçariam reciprocamente. A Comunidade Europeia rejeitava a idéia de uma subordinação do Protocolo ao direito da OMC e desejava que se pudesse invocar, no contexto dos procedimentos submetidos à solução de controvérsias pela OMC, outras obrigações¹⁷ assumidas. Ao final das negociações, três disposições foram adicionadas ao preâmbulo:

Estimando que os acordos sobre comércio e meio ambiente devem concorrer, concertadamente, ao atingimento de um desenvolvimento sustentável,
Colocando em relevo que o presente Protocolo não será interpretado de modo a implicar modificação dos direitos e obrigações de um Estado-parte decorrentes de outros acordos internacionais pertinentes,
Considerando como subentendido que o presente preâmbulo não visa

¹⁷ Decisão do Parlamento Europeu sobre o Comunicado da Comissão ao Conselho e ao Parlamento sobre a posição da União Europeia em relação à ‘Rodada do Milênio’, da l’OMC (COM(1999)331-C5-0155/1999-1999/2149(COS)).

subordinar o Protocolo a outros acordos internacionais.

Essa ambígua passagem, fruto evidente de um difícil exercício de equilíbrio, constitui solução relativamente moderada¹⁸ a estabelecer uma ponte entre o direito da OMC e o Protocolo. Permite, por exemplo, que se reconheça como configurada a violação das regras, seja em relação ao Protocolo ou às normas da OMC, por aquele Estado que venha a aplicar, de modo discriminatório, os procedimentos da APPCC (Análise Prévia de Pontos Críticos de Controle), recusando-se a importar OGM e, ao mesmo tempo, aceitando que produtos similares nacionais sejam colocados em seu próprio mercado¹⁹.

Sob tal perspectiva, há uma presunção de necessária compatibilidade, que busca afastar regras clássicas de aplicação das normas (*lex posterior, lex specialis*)²⁰. Tal entendimento, finalmente, se harmoniza com a própria posição do Órgão de Apelação quando este considera as soluções multilaterais fundadas na cooperação internacional e no consenso como sendo o melhor meio e o mais eficaz de abordagem, pelos governos, dos problemas ambientais de caráter transfronteiriço ou mundial. Os Acordos da OMC e os acordos ambientais multilaterais traduzem os esforços desenvolvidos pela comunidade internacional de realizar objetivos comuns e é preciso levar em consideração, tanto uns quantos os outros, estabelecendo entre eles relações que se sustentem mutuamente²¹.

De qualquer forma, ao se recusar a estabelecer uma relação de hierarquia entre os dois sistemas jurídicos, os dispositivos constantes do Protocolo deixam sem solução prática as profundas dificuldades que tal coexistência de disciplinas jurídicas pode causar, a ponto de tornar imprevisível a solução de tais questões por um Painel da OMC. À primeira vista, no entanto, o Protocolo parece ter pontos de convergência com o direito da OMC, especialmente no que concerne aos referidos acordos SPS, TBT e GATT.

A.2. Objetivos diferentes, divergências de regulamentação

Se ambos se referem, pelo menos em parte, ao mesmo objeto (o comércio internacional dos OGM), seus objetivos são diferentes e mesmo contraditórios. Enquanto o objetivo primordial da OMC é o de favorecer o livre comércio, partindo do princípio de que este facilita as trocas internacionais

18 F. BURHENNE-GUILMIN, “The Biosafety Protocol is adopted in Montréal”, *op. cit.*, p. 48.

19 ¹⁸ Um dispositivo aplicando o princípio da não-discriminação entre os OGM estrangeiros e os nacionais, em um certo período de tempo, acabou não sendo mantido. Cf. *Bulletin des négociations de la Terre, Compte-rendu de la cinquième session du Groupe de travail spécial sur la biosécurité*, vol. 9, n°108, 31 août 1998, p. 10.

20 H. RUIZ FABRI, “Concurrence ou complémentarité entre les mécanismes de règlement des différends du Protocole de Carthagène et ceux de l’OMC ?”, in *La régulation du commerce international des OGM*, S. MALJEAN-DUBOIS, J. BOURRI-NET (dir.), La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2002, p. 149.

21 Estados Unidos – Proibição de importação de certos camarões e de certos produtos à base de camarões, Relatório do Órgão de Apelação, WT/DS58/AB/R, § 78, nota 65. Cf. no mesmo sentido, o relatório especial da OMC, Comércio de Meio ambiente, out. 1999 (<http://www.wto.org>).

que, por sua vez, ampliam o crescimento econômico, o Protocolo de Cartagena visa regulamentar, regular o comércio internacional dos OGM pelo motivo de representarem certos riscos, não devendo, portanto, ser tratados como produtos agrícolas clássicos (não-OGM). Enquanto o direito da OMC faz prevalecer o jogo do livre-mercado, o Protocolo “universaliza o poder de polícia sanitária dos Estados”²². Aqui temos duas *figuras contrapostas* - para retomar a correta expressão de Hermitte e Noiville²³²² – do comércio internacional, que, na prática, só poderão desencadear conflitos. O direito internacional consagra opções políticas que não são necessariamente coerentes. Os Estados não estão isentos de comportamentos esquizofrênicos, e a paisagem jurídica, por esta mesma razão, torna-se fragmentada.

Esses diferentes objetivos explicam por que certas normas essenciais constantes de tais acordos se revelam contraditórias.

* A oposição se reflete, antes de mais nada, na definição do produto.

Na OMC prevaleceu tradicionalmente uma concepção econômica do produto. O GATT de 1947 trata o meio ambiente ou a saúde como exceções ao livre-comércio (Artigo XX), exceções bastante excepcionais, haja vista que medidas ambientais ou sanitárias nunca foram validadas pelos casos estabelecidos à época do GATT.

A OMC, criada em 1995, representa, no entanto, uma evolução. O preâmbulo do Acordo de Marrakech que instituiu a OMC faz menção ao objetivo do desenvolvimento sustentável. Ele não mais acentua a prevalência da liberalização do comércio, como objetivo primordial, mas, ao contrário, coloca em evidência uma abordagem relativamente equilibrada entre questões de comércio, meio ambiente e desenvolvimento²⁴.

Como se sabe, as disposições constantes do preâmbulo de um tratado não são obrigatórias, mas o Órgão de Apelação, no entanto, teceu precisas considerações no sentido de que tais menções preambulares devem “guiar, delimitar e matizar” a sua interpretação do conjunto de acordos da OMC²⁵.

22 Vide a obra “Marrakech et Carthagène comme figures opposées du commerce international”, in *La régulation du commerce international des OGM*, S. MALJEAN-DUBOIS, J. BOURRINET (orgs.), La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2002, p. 326

23 ²² *Ibid*

24 ²³ Em um texto relativamente longo, as partes declararam reconhecer « *que as suas relações comerciais e econômicas devem ser orientadas pela melhoria do nível de vida, pela realização do pleno emprego, pela obtenção de um nível elevado e sempre crescente da renda real e da demanda efetiva e pelo aumento da produção e do comércio de mercadorias e serviços, permitindo-se a melhor utilização dos recursos globais em conformidade com o objetivo do desenvolvimento sustentável, com vistas a proteger e preservar o meio ambiente e reforçar os meios de atingir tais objetivos de modo compatível com as necessidades e preocupação dos diferentes níveis de desenvolvimento econômico* »

25 *Estados Unidos – Proibição de importação de certos camarões e de certos produtos à base de camarões*, Relatório do Órgão de Apelação de 12 de outubro de 1998, WT/DS58/AB/R, §153 (grifei).

De fato, em 2001, pela primeira vez, uma medida sanitária no caso Amianto²⁶ e uma medida ambiental no caso dos Camarões II²⁷ foram impostas com fundamento no Artigo XX.

De outro lado, o Órgão de Apelação deixou claro, em diversas ocasiões, que os Estados-Membros têm grande autonomia na implementação de suas políticas ambientais e sanitárias e têm o direito de fixar o nível de proteção da saúde que entendam adequado em dada situação (gasolina²⁸, hormônios²⁹, carne coreana³⁰ e o mencionado amianto).

Essa fórmula consta igualmente na Declaração Ministerial de Doha, que reafirma em 2001, que, “em virtude das regras da OMC, nenhum país deve ser impedido de tomar medidas para garantir a proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais, a preservação dos vegetais, ou a proteção do meio ambiente, nos níveis que considere adequados”[...] (§ 6º).

A interpretação de certos dispositivos fundamentais do GATT tem sido mitigada. É o caso do princípio da similaridade (para produtos similares, tratamento similar), princípio este fundamental no âmbito do GATT e, em geral, nos acordos de Marrakech, e expressão fundamental do livre-comércio internacional, que proíbe a discriminação entre produtos nacionais e estrangeiros (cláusula do tratamento nacional) e entre produtos estrangeiros (cláusula da nação mais favorecida).

Com relação aos OGM, a similaridade apresenta duas questões.

Em primeiro lugar, entre dois produtos em tudo similares, dos quais um seja ou possa ser perigoso e o outro não, deve-se manter a obrigação de tratamento similar ? Ou seja, uma semente de soja transgênica deve ser tratada como uma semente de soja não-transgênica?

A periculosidade, real ou potencial, é um critério extra-econômico. Ora, durante muito tempo, prevaleciam somente critérios econômicos interpretados a partir de uma perspectiva estritamente econômica (os famosos critérios de similaridade são quatro: propriedade, natureza e qualidade dos produtos; destinação final dos produtos; gostos e hábitos dos consumidores; classificação

26 Relatório do Órgão de Apelação de 12 de março de 2001, *Comunidades Européias – Medidas relativas ao amianto e aos produtos que contêm amianto*, WT/DS1353/AB/R.

27 Relatório do Órgão de Apelação de 22 de outubro de 2001, *Estados Unidos – Proibição de importação de certos camarões e de certos produtos à base de camarões*, WT/DS58/AB/RW. Coment. Ph. WECKEL, “Chronique de jurisprudence internationale”, *RGDIP* 2002-1, p. 190, H. RUIZ FABRI, “Chronique de règlement des différends – Organisation mondiale du commerce”, *JDI* 2002-3, p. 882. Nesse caso, a busca de cooperação e negociação levou, diretamente, à conclusão de uma Convenção sobre a conservação e a gestão das tartarugas marinhas e de seu habitat na região do Oceano Índico e do Sudeste Asiático, assinada em 14 de julho de 2000 e ratificada em 1º de outubro de 2001.

28 Relatório do Órgão de Apelação, *Normas relativas à nova gasolina e suas antigas fórmulas*, 22 de abril de 1996, p. 34

29 Relatório do Órgão de Apelação, *Medidas comunitárias relativas à carne e aos produtos à base de carne*, Relatório do Órgão de Apelação, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adotado em 13 de fevereiro de 1998, § 124, p. 53, § 172, p. 81.

30 Relatório do Órgão de Apelação *Coréia – Medidas relativas à importação de carne verde, refrigerada e congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adotado em 10 de janeiro de 2001, §§ 161-166.

tarifária dos produtos). O caso do amianto representou uma evolução. O Órgão de Apelação, naquele caso, considerou que a periculosidade deveria ser levada em conta na definição do produto. Mas a definição de um produto continua a ser essencialmente econômica. A periculosidade não é um critério em si mesmo: somente é levada em consideração à medida que modifique o nível de concorrência entre produtos. Como bem demonstra a opinião de um dos membros da divisão (Seção do Órgão de Apelação) naquele caso, opinião a que se denomina “declaração de ajuste”³¹, os outros membros da divisão rejeitaram a ampliação de seu entendimento “em razão da concepção do ‘papel’ fundamental, talvez mesmo determinante, da concorrência econômica na própria determinação da ‘similaridade’ entre produtos, com fundamento no Artigo III, 4”³²³¹. Verifica-se, desse modo, a **preeminência** da solução econômica.

Além disso, trata-se de risco particularmente grave (risco de morte) e amplamente reconhecido pela comunidade científica. Não se tem certeza, no entanto, se o Painel que irá julgar a política europeia em matéria de OGM chegará a conclusões idênticas. Os OGM e os produtos similares não-OGM concorrem realmente entre si? No plano europeu, ao menos, podemos duvidar dessa possibilidade, dada a aversão dos consumidores a produtos transgênicos. Mas não foi a própria regulamentação dessa matéria que cristalizou tal aversão? Ou, ao contrário, tais regras apenas refletiram a aversão dos consumidores? E ainda surgirão muitas outras questões a serem debatidas perante o Painel encarregado de apreciar a controvérsia entre a Europa e os Estados Unidos, relativa aos OGM.

Por outro lado, a definição de produto é diferente quando se trata do Protocolo de Cartagena. Neste último, os OGM são tratados de modo individualizado, e, justamente porque são OGM, discriminados e diferenciados entre si. A visão do conceito de *produto* não é econômica, mas global. Seu objetivo primordial é a biossegurança ambiental. Trata-se, realmente, de um protocolo adicional à Convenção do Rio sobre a Diversidade Biológica e, nessa condição, subsume-se, por inteiro, ao direito internacional ambiental. O Protocolo não se detém, apenas, na questão do risco ambiental, mas leva em consideração, ainda, os riscos sanitários, ao fazer referência, em mais de vinte passagens, à “saúde humana”, tomando-a como padrão de confronto. Trata-se, assim, de “prevenir ou [...] reduzir os riscos para a diversidade biológica, levando-se em conta, igualmente, os riscos para a saúde humana” (Artigo 2º). Vê-se, pois, que a saúde está bem presente, ainda que em segundo plano. Isso talvez explique por que o Protocolo, que é aplicável somente aos OVM (organismos vivos que podem reproduzir-se), também não se aplica aos produtos derivados de OVM, nem aos OVM farmacêuticos..., o que exclui, por si só, 90% do comércio internacional dos OGM³³. Talvez as mesmas razões justifiquem a norma constante do Artigo 11 que prevê um procedimento “sumário” no caso dos OVM que se destinem ao uso direto na alimentação humana ou animal, ou a serem industrializados: o “consentimento prévio fundamentado” aplicável aos OVM que se destinem a ser introduzidos diretamente no meio ambiente.

31 Relatório do Órgão de Apelação mencionado, § 149 ss.

32 ³¹ *Ibid.*, § 152.

33 M. MATTHEE, «L’identification et l’étiquetage des OGM : la démocratie existe-t-elle sur le marché internationale des aliments génétiquement modifiés ?», in *La régulation du commerce international des OGM*, S. MALJEAN-DUBOIS, J. BOURRINET (dir.), La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2002, p. 97

O Protocolo também autoriza os Estados, em seu processo decisório, a levar em conta as *implicações socioeconômicas* (Artigo 26) da importação de OGM, e, portanto, a se munir de uma espécie de terceira categoria de riscos. Ora, se o direito da OMC começa a levar em conta os riscos ambientais e sanitários, de um lado, vê-se, de outro, que as considerações econômicas e sociais ainda ocupam um lugar marginal³⁴. Isto demonstra que se tornou incontornável³⁵ a necessidade de discutir se o OGM é “socialmente aceitável”. De fato, trata-se, aqui, de um dos temas de discussão mais profundos no cerne da Comissão do *Codex*, no que se refere aos OGM³⁶.

Em segundo lugar, pergunta-se: a similaridade dos produtos pode ser estabelecida a partir de sua utilização final? Ou a partir de suas características finais? ou devemos também levar em conta o processo de fabricação (distinção produto / processo)?

O Protocolo de Cartagena prevê, em seu artigo 18, que uma documentação específica deve acompanhar todos os OVM, independentemente do perigo que eles possam oferecer, simplesmente porque são produtos da biotecnologia moderna. A discriminação, portanto, baseia-se no processo de fabricação e não no produto final. De igual modo, no direito europeu, todos os gêneros alimentícios derivados de OGM ou que contenham OGM ou, ainda, que sejam produzidos a partir de OGM devem ser **rotulados**. A rotulagem não advém, portanto, da diferença entre os produtos, mas da diferença entre seus processos de fabricação.

Em sua evolução, o direito comunitário ultrapassou o conceito de equivalência substancial, embora, por um bom tempo, se apoiasse nele.

De um lado, o Regulamento 1829/2003/CE sobre gêneros alimentícios e animais geneticamente modificados tem como objeto a necessidade de tratamento específico do risco biotecnológico. Esse regulamento concerne a todos os produtos alimentícios destinados à alimentação humana ou animal³⁷. De outro, esse mesmo regulamento marca o fim do procedimento simplificado aplicável, até então, aos produtos substancialmente equivalentes, como também prevê a rotulagem de todos os gêneros alimentícios derivados de OGM, ou que contenham OGM, ou, ainda, que tenham sido produzidos a partir de OGM³⁸. Entre os *consideranda* constantes da exposição de motivos, encontra-se o de nº 6, bastante interessante: ...tem como objetivo a clareza e a transparência, mas

34 C. NOIVILLE, N. DE SADELEER, “La gestion des risques écologiques et sanitaires à l’épreuve des chiffres. Le droit entre enjeux scientifiques et politiques”, *Revue du droit de l’Union européenne*, nº2/2001, p. 437.

35 Vide a Declaração de princípios relativa ao papel da ciência na tomada de decisão do Codex e outros fatores a serem levados em consideração, Codex alimentarius, 21ª Sessão, 1995. G. BOSSIS, “Gestion des risques alimentaires et droit international : la prise en compte des facteurs non-scientifiques”, *Revue générale de droit international public*, nº3/2003, p. 693.

36 C. NOIVILLE, N. DE SADELEER, “La gestion des risques écologiques et sanitaires à l’épreuve des chiffres. Le droit entre enjeux scientifiques et politiques”, *op. cit.*, p. 438.

37 Resolução (CE) nº 1829/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, datada de 22 de setembro de 2003 relativa aos gêneros alimentícios e aos alimentos para animais geneticamente modificados ; v. Também a Resolução (CE) nº 1830/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho datada de 22 de setembro de 2003 relativa à rastreabilidade de produtos destinados à alimentação humana ou animal produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, que alterou a Diretiva 2001/18/CE, *JOCE L* 268/24, de 18.10.2003.

38 Proposta de regulamentação relativa à rastreabilidade e à rotulagem dos OGMs e à rastreabilidade de produtos destinados à alimentação humana ou animal produzidos a partir de OGMs, que alterou a Diretiva 2001/18/CE. Cf. E. BROSSET, “Protocole biosécurité, droit de l’OMC et droit communautaire”, in *La régulation du commerce international des OGM*, *op. cit.*, p. 121.

também explica-se ali que *se a equivalência substancial é uma etapa essencial do processo de avaliação da inocuidade dos alimentos geneticamente modificados, ela não constitui em si mesma uma avaliação da própria inocuidade*. Desse modo, o legislador comunitário terminou por admitir que um produto geneticamente modificado mesmo quando substancialmente equivalente a um produto alimentar tradicional poderia trazer riscos à saúde humana. Pois bem, se deixarmos de lado as características finais do produto e considerarmos o próprio processo de fabricação do produto alimentar, este seria, pois, apto em si mesmo a suscitar riscos à saúde³⁹? Qualquer que seja a resposta, a noção daí decorrente parece bastante ambígua: é que a CJCE (Corte de Justiça das Comunidades Européias) já admitira a equivalência substancial, mesmo quando presentes diferenças de composição entre os novos alimentos e os alimentos existentes – como, no caso em exame, a ocorrência de certo nível de resíduos de proteínas transgênicas nos novos alimentos – desde que, de acordo com os conhecimentos científicos disponíveis, tais diferenças não possam provocar efeitos potencialmente adversos para a saúde humana⁴⁰.

O GATT, por outro lado, privilegia o produto final e autoriza a discriminação com base em características essenciais dos produtos, mas não com base em procedimentos e métodos de produção. O principal fundamento é o de que produtos “similares” (*like products*) importados ou nacionais devem receber o mesmo tratamento qualquer que seja seu método de produção. Autorizar os países importadores a impor suas normas de produção aos exportadores estrangeiros seria uma forma de imperialismo jurídico inaceitável para os países afetados⁴¹ por tal procedimento. O caso do atum demonstrou cabalmente que um atum é um atum e continua a ser um atum, não importando, para tanto, a maneira como tenha sido pescado (pesca ecológica ou não) e, portanto, em se tratando de produtos similares, seja um atum pescado “de maneira ecológica”, seja um atum pescado “de maneira não ecológica”, devem, ambos, receber tratamento similar⁴². Em seu relatório sobre o comércio mundial, adotado em 1992, o Conselho do GATT estabeleceu o que se segue:

o GATT não impõe nenhuma restrição ao direito dos Estados de proteger seu meio ambiente contra os danos causados pela produção nacional ou pelo consumo interno de produtos nacionais ou importados [...] por outro lado, no entanto, quando os problemas ambientais decorrem dos métodos de produção e de consumo praticados em um outro Estado, o GATT revela seu caráter restritivo pois este impede que se possam impor quaisquer condições de acesso ao mercado, afastando, desse modo, a possibilidade de depender-se de mudanças políticas ou de mudança de procedimentos domésticos por parte do país exportador. Admitir a solução inversa significaria autorizar um Estado a poder impor suas próprias políticas sociais, ambientais, econômicas ou a utilizá-las de maneira a reduzir a concorrências entre produtos importados

39 Estelle BROSSET, *Biotechnologies et droit communautaire : le génie génétique*, tese defendida em dezembro de 2003, Université d’Aix-Marseille III, a ser publicada, p. 359.

40 Acórdão Monsanto Agricultura Italia SpA e.a., aff. 236/01, de 9 de setembro de 2003, § 85.

41 D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, Dalloz, 2003, p. 201.

42 *Estados Unidos – Restrições à importação de atum*, chamado Caso do Atum I, Relatório DS21/R que não foi adotado e foi distribuído em 3 de setembro de 1991, demanda apresentada pelo México. Os dois relatórios do Caso do Atum não foram adotados, porque as partes chegaram a um acordo. O impacto de seu conteúdo, por isso mesmo, resta desconhecido.

e produtos nacionais.⁴³

As coisas não evoluíram muito sob a égide da OMC. O Acordo SPS prevê medidas de rotulagem e de embalagem sob condição de que estas realmente se destinem, de modo direto, à segurança alimentar (Anexo A.1). Ora, a rotulagem de produtos alimentares - uma vez obtida a autorização de colocação do produto no mercado -, pode ser realmente considerada segurança alimentar? O Acordo TBT, por sua vez, abrange a regulamentação direcionada às características dos produtos, mas também aos procedimentos ou métodos de produção de determinado produto⁴⁴. Mas quando aplicamos esse Acordo às condições de **rotulagem**, verificamos que ele exige que tais medidas sejam “necessárias”. A **rotulagem** de OGM, no entanto, ainda não é considerada necessária no âmbito do *Codex*⁴⁵. O Comitê de Comércio e Meio Ambiente da OMC reconheceu a necessidade de uma harmonização de tais normas, como também de progresso quanto a sua equivalência e reconhecimento mútuo (no âmbito de ambos os Acordos) para evitar uma perpetuação de tais controvérsias perante a própria OMC⁴⁶. Finalmente, consideradas tais circunstâncias, o Protocolo sobre a Biossegurança poderá causar problemas ainda mais graves do que os que resultam das diferenças acima referidas.

*A abordagem do risco e o lugar reservado às medidas de precaução também são diferentes em ambos os casos.

Na OMC, objetiva-se o livre comércio: trata-se de limitar e enquadrar as exceções ao livre comércio. O temor, nesses casos, é que o princípio da precaução venha a ser utilizado como pretexto para justificar medidas protecionistas disfarçadas. É por isso que os acordos no âmbito da OMC se inscrevem na teoria “clássica de análise da alegação de risco”⁴⁷.

O Acordo SPS delimitou tais medidas: exige uma avaliação científica dos riscos antes que se tomem quaisquer medidas sanitárias ou fitossanitárias. O Estado que tomar tais medidas deverá dispor de “provas científicas suficientes”. Um Estado pode adotar medidas de precaução a partir do momento em que as provas científicas pertinentes sejam insuficientes. Mas esse direito é bem delimitado e as medidas em questão só podem ser provisórias. No caso da carne com hormônios, a Europa invocou o princípio da precaução, mas o Órgão de Apelação foi bastante reticente na aplicação desse princípio. Alegando incertezas quanto ao seu valor jurídico – notadamente no nível internacional – acabou por demonstrar grande prudência e o reconhecimento do princípio da precaução permaneceu bastante limitado⁴⁸, ainda que, em caso posteriores, o Órgão de Apelação tenha aberto algumas brechas⁴⁹. Assim, “substituindo, pouco a pouco, a noção de risco ‘comprovado’

43 GATT, *Le commerce international en 1990-1991*, Genève, 1992, Vol. 1, pp. 19 et ss.

44 Cf. art. 2.8 e anexo 1.1. de l’Accord.

45 C. NOIVILLE, “Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce. Le cas du commerce alimentaire”, *JDI*, n°2/2000, p. 289, note 75 ; S. CHARNOVITZ, “Improving the Agreement on Sanitary and Phytosanitary Standards”, *op. cit.*, p. 190.

46 Cf. CTE, Informativo sobre o comércio e o meio-ambiente, p. 14.

47 C. Noiville, M.-A. Hermitte, *op. cit.*, p. 317.

48 Rapport, §125.

49 H. RUIZ FABRI, “L’OMC et le principe de précaution”, in *La décision publique et le droit de la responsabilité face au principe de précaution*, RJE, n° spécial, 2000, pp. 55-66.

pela noção de risco ‘plausível’, a jurisprudência da (...) Organização Mundial do Comércio faz (...) entrever a possibilidade de uma margem de manobra real, ainda que exígua”⁵⁰.

O Protocolo, por sua vez, reservou um espaço maior para o princípio da precaução. O conteúdo e o alcance desse princípio foram objeto de difíceis negociações, o que confirma o fato de que ainda que alguns o considerem corriqueiro não se pode dizer que seja dos mais consensuais. O Protocolo aceita, indiscutivelmente, o princípio da precaução, mas, de todo modo, era preciso determinar se ele deveria figurar como tal no texto – e, em caso afirmativo, se no preâmbulo ou no corpo do texto -, e também determinar o alcance a ser conferido a tal princípio. Essas questões permaneceram conflitivas até quase o fim das negociações. A mera referência – absolutamente neutra – ao Princípio nº 15 da Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento foi facilmente aceita pelo Grupo de Miami. Vê-se, pois, que essa mera referência figura, ao mesmo tempo, no preâmbulo e no artigo 1º do Protocolo. Por outro lado, o Grupo de Miami resistiu muito em aceitar a inclusão do próprio princípio da precaução nos artigos 9 e 10, seja como fundamento a ser invocado para rejeitar a importação de OVM agrícolas ou para rejeitar o uso de tais organismos na alimentação ou na indústria. O princípio veio, desse modo, a adquirir um conteúdo operacional, como queriam os europeus⁵¹.

B. A dualidade presente nos mecanismos de solução de controvérsias

Essas duas esferas normativas não apenas são contraditórias, em seus princípios e em seu conteúdo, como também não foi estabelecida nenhuma ponte entre os possíveis mecanismos de solução de controvérsias. Existem e coexistem dois sistemas distintos: um sistema próprio da OMC e outro do Protocolo de Cartagena.

O mecanismo do Protocolo⁵² prevê várias etapas, que podem ir desde o estabelecimento de arbitragem, como descrita no Anexo II, até a invocação da competência da Corte Internacional de Justiça. Mas tanto um quanto outro método de composição da lide está condicionado a uma declaração, por escrito, de aceitação prévia de tais procedimentos, que somente quatro Estados já fizeram⁵³. Vale dizer que uma controvérsia que não se resolva por meio de negociação entre as partes ou por meio dos bons ofícios e da mediação de terceiro, submeter-se-á ao procedimento

50 C. NOIVILLE, *Du bon gouvernement des risques*, PUF, Les voies du droit, Paris, 2003, p. 138. Vide também C. NOIVILLE, “Brèves réflexions sur la reconnaissance d’un ‘droit à la différence alimentaire’ dans le commerce international”, *Sociologie du travail*, 45(2003), p. 63-76.

51 A formulação do artigo 11 § 8 se aproxima daquela do artigo 10 § 6 aplicável aos OGMs agrícolas.

52 Aplicando-se o art. 27 § 5 da Convenção do Rio c/c o art. 32 do Protocolo, vê-se que o mecanismo de solução de controvérsias previsto na Convenção também se utiliza para as controvérsias emanadas do Protocolo.

53 Dentre os quais, três aceitaram os dois modos de solução de controvérsias (Áustria, Geórgia e Letônia) ; Cuba aceitou apenas a arbitragem.

de conciliação constante, também, do Anexo II da Convenção do Rio. Ora, se é verdade que tal mecanismo vincula as partes, podendo ser instaurado a pedido de apenas uma delas, também é verdade que da comissão de conciliação não emanam decisões cogentes, mas somente uma proposta de solução de controvérsia que as Partes devem examinar imbuídas de boa-fé⁵⁴.

Com relação aos mecanismos da OMC, que podem ser instaurados unilateralmente, têm seus procedimentos predeterminados e permitem uma composição, ao mesmo tempo, rápida e cogente, os mecanismos do Protocolo são evidentemente frágeis. Acrescentemos a isto o fato de que, se inúmeras convenções ambientais contêm cláusulas de solução de controvérsias apoiadas no modelo do Protocolo, historicamente nenhuma delas jamais foi ativada.

A fragilidade do Protocolo no que diz respeito aos mecanismos de solução de controvérsias implica o risco de deslocamento de eventuais conflitos para o âmbito da OMC. Não se pode imaginar *a priori* que o fórum que as partes elejam ao buscar a solução de suas controvérsias não tenha impacto em seu resultado. Por mais útil e efetivo que possa ser, o sistema da OMC não deixa de apresentar o inconveniente da aplicação prioritária do direito da OMC, enquanto a Corte Internacional de Justiça se apoiaria, principalmente, no direito internacional e, prioritariamente, no próprio Protocolo. De igual modo, um Tribunal de Arbitragem eleito pelas Partes em conformidade com a Convenção do Rio julgaria – a menos que as Partes escolhessem outro parâmetro – “em conformidade com as disposições constantes da presente Convenção, com todos os acordos pertinentes **e com o direito internacional**”⁵⁵.

Ainda uma outra preocupação: ambos os mecanismos podem ser acionados simultaneamente. O Comitê de Comércio de Meio Ambiente considera como pouco provável a superveniência de controvérsias. Observa, de maneira otimista, que “Na prática, a partir do momento em que as partes signatárias de um MEA acordem entre si a aplicação de certas medidas comerciais específicas, é pouco provável que suas controvérsias levem o questionamento sobre a aplicação de tais medidas para o âmbito da OMC”⁵⁶. Mas nada pode ser menos certo do que essa afirmativa, visto que há fortes interesses econômicos em jogo. A interpretação e a aplicação de vários dispositivos do Protocolo, relativamente vagos, poderiam ser conflitivas, sem se falar da possibilidade da tomada de medidas ainda mais rigorosas, como as sanções comerciais a que pode dar causa o procedimento previsto no artigo 34 para os casos de violação, sobretudo se se considerar como modelo o Protocolo de Montreal sobre a camada de ozônio.

O Comitê ainda observa que, se apesar de tudo houver a ocorrência de uma controvérsia, visto que os membros da OMC devem levar suas controvérsias perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, espera-se, em caso de controvérsia entre membros da OMC signatários de um MEA, quando devam recorrer de medidas que lhes sejam aplicadas em virtude daquele MEA, que eles devem ter em mente buscar a composição da referida controvérsia no âmbito do mecanismo de solução de controvérsias previsto no próprio MEA⁵⁷.

54 Art. 4, anexo II, 1ª parte. (grifei).

55 Doc. *op. cit.* WT/CTE/1, 12 de novembro de 1996.

56 Doc. WT/CTE/1, 12 de novembro de 1996, § 178.

57 H. RUIZ FABRI, “Concurrence ou complémentarité entre les mécanismes de règlement des différends du Protocole de

Mas, de fato, há o risco real de ativação simultânea de diferentes mecanismos de solução de controvérsias, desde que qualquer das partes entenda ser de seu interesse direcionar a disputa para a OMC, cujos procedimentos são automáticos e oferecem a vantagem da garantia de uma decisão cogente. Ora, nenhuma relação entre os dois mecanismos foi ainda estabelecida: nem sobre possíveis questões prejudiciais, nem sobre a previsão de um sistema de desistência quanto a um deles, e, como se sabe, não existe uma *Suprema Corte* Internacional. Não se pode afastar, portanto, a possibilidade de tais situações levarem a conflitos de solução de controvérsias e, além disso, a conflitos de interpretação, relativamente intransponíveis⁵⁷. Torna-se necessário, pois, refletir sobre a possibilidade de buscar uma coerência entre essas duas esferas normativas.

II. Quais são as perspectivas para uma articulação entre essas esferas normativas ou para a obtenção de alguma coerência entre elas?

Três caminhos merecem ser explorados nessa perspectiva:

C. A potencial evolução do direito da OMC

A questão da articulação entre todos esses acordos e o direito internacional econômico suscitou debates intensos no âmbito da Comissão de Comércio e Meio Ambiente da OMC (CCMA). Se, por um lado, essas profundas discussões esclareceram, de modo substancial, o que estava em jogo e quais eram as dificuldades, não conseguiram afastar todas as ambigüidades presentes. Além disso, não podemos valer-nos da “jurisprudência” para tais esclarecimentos, porque ela é escassa, seja no GATT e, posteriormente, na OMC, seja no âmbito dos acordos ambientais⁵⁸.

Numa situação em que todos os Estados em disputa sejam signatários de um MEA, admite-se, quase à unanimidade, que as medidas comerciais acordadas entre as partes daquele MEA, mesmo quando incompatíveis com as regras da OMC, devam ser consideradas como *lex specialis*, não devendo suscitar um problema jurídico em face da OMC⁵⁹. Entretanto, o preâmbulo do Protocolo parece excluir expressamente tal solução, quando reafirma, por questão de princípio, uma igualdade entre ambas as esferas e uma necessária compatibilidade, “ressaltando que o presente Protocolo não será interpretado de modo a implicar modificação dos direitos e obrigações de um Estado-

Carthagène et ceux de l’OMC ?”, in *La régulation du commerce international des OGM*, S. MALJEAN-DUBOIS, J. BOURRI-NET (dir.), La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2002, p. 149 ; G. MARCEAU, p. ss. ; “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions. The Relationship between the WTO Agreement and MEA and other treaties”, *Journal of World Trade*, 2001, vol. 35, n°6.

58 G. MARCEAU, “The Relationship between the Dispute Settlement Mechanisms of the MEA and those of the WTO”, *Journal of World Trade*, 2001, n°6, p. 1081 ss.

59 CTE, *Document d’information sur le commerce et l’environnement*, Symposium de alto nível organizado pela OMC em 15-16 março de 1999, p. 11.

Parte, decorrentes de outros acordos internacionais pertinentes...”

Inúmeros conflitos podem surgir entre Estados signatários e não-signatários, sendo que estes últimos estão em posição de opor ao Estado signatário do Protocolo o fato dele não se submeter às obrigações impostas pela OMC. Mesmo quando todos os Estados em disputa não sejam parte de um MEA, como é o caso da controvérsia euroatlântica quanto aos OGM, os **Painéis** e, sobretudo, o Órgão de Apelação da OMC parecem enviar sinais positivos de que poderiam, ainda assim, vislumbrar a possibilidade de levar tais acordos em consideração⁶⁰.

Há vários elementos que permitem vislumbrar, em um e outro caso, decisões favoráveis, se tais situações vierem a ser submetidas à solução de controvérsias no âmbito da OMC.

A evolução na interpretação de certos dispositivos fundamentais do direito da OMC – notadamente quanto ao princípio da não-discriminação entre produtos similares – já se consolidou. Além disso, se uma medida restritiva de comércio adotada com base no Protocolo de Cartagena fosse declarada em desconformidade com o direito da OMC, tudo leva a crer que, mesmo assim, ela seria validada, ainda que por derrogação. Levando-se em consideração o próprio GATT, em cuja esfera a jurisprudência é muito mais desenvolvida, basta lembrar a mitigação que sofreu a tradicional interpretação que restringia o teste de necessidade quanto às exceções previstas no artigo XX, quando do julgamento do caso da *carne coreana* e depois no caso do *amianto*. No caso da Carne Coreana, ao afastar-se de uma concepção de “medida necessária” como sendo a que menos restringisse o comércio, o Órgão de Apelação não acabou por expandir seu campo de análise⁶¹? A “necessidade” tornou-se apenas mais um critério, entre outros, “a partir dos quais a abordagem do problema e o método de controle aproximam-se da noção de proporcionalidade, bem conhecida do direito europeu”⁶². Enfatizando a polissemia da palavra “necessária”, o Órgão de Apelação, no referido caso, considerou na prática que, se tais medidas “indispensáveis”, “absolutamente necessárias” ou “inevitáveis” se resumem a uma mesma categoria, tal categoria, de fato, tem um escopo mais amplo. Uma medida necessária não é forçosamente uma medida indispensável. O Órgão de Apelação acrescentou que o intérprete de um tratado, ao apreciar uma medida tida como necessária para garantir o respeito de um lei ou de um regulamento compatíveis com os Acordos da OMC poderá, no caso ocorrente, levar em consideração a importância relativa ao interesse comum ou aos valores comunitários que se pretende ver protegidos pela lei ou pelo regulamento, cujo respeito se faz necessário. Quanto mais esse interesse comum ou esses valores comunitários sejam vitais ou importantes, tanto mais se tornará admissível a ‘necessidade’ de uma medida

60 Embora o Órgão de Solução de Controvérsias deva apenas se manifestar em relação aos “acordos pertinentes”, o Órgão de Apelação afirmou, no Caso da Gasolina entre os Estados Unidos e a Venezuela que o art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados nos convida a não interpretar o direito da OMC como estando «cl clinicamente isolado» do direito internacional público [Relatório do Órgão de Apelação, *Estados Unidos – Normas relativas à nova gasolina e a suas antigas fórmulas*, WT/DS2/AB/R de 29 de abril de 1996, p. 19]. De igual modo, em outra ocasião, na decisão relativa ao ‘Caso dos Camarões’, o Órgão de Apelação confirmou esse entendimento ao afirmar que uma expressão constante do art. XX do GATT/1994 devia ser “analisada por um intérprete dos tratados, à luz das preocupações atuais da comunidade de nações em matéria de proteção e conservação do meio-ambiente”. [Relatório do Órgão de Apelação, *Estados Unidos – Proibição de importação de certos camarões e de certos produtos à base de camarões*, WT/DS58/AB/R, § 129.].

61 Relatório do Órgão de Apelação *Coréia – Medidas relativas à importação de carne verde, refrigerada e congelada*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adotado em 10 de janeiro de 2001, §§ 161-166.

62 H. RUIZ FABRI, “Organisation mondiale du commerce. Chronique du règlement des différends (2000)”, *Journal du droit international*, n°3/2001, p. 932.

concebida como instrumento de aplicação de tais normas⁶³.

Bem por isso é que, quanto mais uma medida facilitar a realização do objetivo desejado, tanto mais poderemos considerá-la necessária, ainda que tenhamos de considerar, entre outros fatores, os efeitos de sua incidência sobre o comércio internacional. Ora, tratando-se de OGM os riscos prenunciados são, muitas vezes, graves e irreversíveis. Não seria razoável, portanto, imaginar que tal circunstância levaria à consideração de que o interesse então protegido seria *importante* ou mesmo *vital*?

Além disso, o Órgão de Apelação ampliou ainda mais tais considerações, no caso do Amianto⁶⁴, quando teve a oportunidade de lembrar enfaticamente que os Estados têm direito à livre escolha do nível de proteção que desejam adotar em matéria de saúde. Afirmou naquele caso que os Membros da OMC têm o direito de fixar o nível de proteção à saúde que julguem apropriado ao caso concreto. A França decidiu, e o Grupo Especial admitiu tal possibilidade, de que o nível de proteção à saúde escolhido pela França permitia ‘impedir’ a propagação de riscos à saúde ligados ao amianto. A medida em causa, que proíbe todos os tipos de amianto (d’amphibole), e que limita, de modo rigoroso, a utilização do (crisólito) foi claramente concebida para atingir tal nível de proteção à saúde, destinando-se a tal fim.

Mesmo considerando-se que outras fibras que poderiam substituir as fibras de amianto possam colocar em risco a saúde, provas científicas foram apresentadas ao Painel de que esse risco é menor do que o risco gerado pelas fibras de amianto (crisólito). Desde logo, pois, “parece-nos perfeitamente legítimo que um Membro busque impedir a propagação de um produto de alto risco permitindo, no entanto, em seu lugar, a utilização de um produto que ofereça menor risco”⁶⁵.

Cumprido lembrar que as medidas tomadas no âmbito do Protocolo de Cartagena são, por definição, medidas de origem multilateral com efeitos multilaterais. Ora, o Comitê de Comércio de Meio Ambiente apóia vigorosamente as soluções multilaterais, como sendo o melhor meio de os governos tratarem as questões ambientais. O próprio Órgão de Apelação teve a oportunidade de afirmar, como anteriormente mencionado, as soluções multilaterais baseadas na cooperação internacional e no consenso como sendo o melhor meio e o mais eficaz de abordagem, pelos governos, dos problemas ambientais de caráter transfronteiriço ou mundial. Os Acordos da OMC e os acordos ambientais multilaterais traduzem os esforços realizados pela comunidade internacional de realizar objetivos comuns e é preciso levar em consideração, tanto uns quantos os outros, estabelecendo, entre eles, relações que se sustentem mutuamente⁶⁶.

Por outro lado, o Órgão de Apelação não esclareceu em quais circunstâncias e em face de quais critérios de aplicação de tal orientação a adoção de medidas comerciais com base em um

63 Relatório do Órgão de Apelação citado acima, sobre a carne coreana, §§ 162-164.

64 Relatório do Órgão de Apelação citado acima sobre o amianto, § 171.

65 *Ibidem*, para. 167.

66 Estados Unidos – Proibição da importação de certos tipos de camarão e de certos produtos à base de camarão. Relatório do Órgão de Apelação já citado, § 78, nota 65. Cf. no mesmo sentido o dossiê especial da OMC, *Commerce et environnement*, de outubro de 1999 (<http://www.wto.org>).

MEA poderá ser considerada compatível com as regras da OMC⁶⁷. Não pode haver, é claro, nenhum tipo de aplicação automática desses critérios, porque os signatários dos MEA sempre têm uma margem de manobra na implementação de suas OCE (obrigações comerciais específicas). Pode-se prever, inicialmente, uma mitigação do teste de necessidade. Em princípio, seria difícil entender como uma medida considerada “necessária” em face de um MEA (que nasce de uma participação ampla e diversificada) poderia não o ser no âmbito da OMC⁶⁸. Não se pode perder de vista, neste ponto, a referência ao objetivo do desenvolvimento sustentável contido no Preâmbulo do Acordo de Marrakech, referência esta confirmada, com bastante vigor, pela declaração ministerial adotada pela Conferência de Doha⁶⁹. Não seria este o *locus* de uma nova interpretação evolutiva do direito do GATT-OMC pelo Órgão de Apelação?

Essa situação, no entanto, longe de se constituir como evidente, apresenta inúmeras incertezas. A adoção do Protocolo de Cartagena se inclui entre os eventos que buscam afastar a ambigüidade e as incertezas na interação entre os MEA, de um lado, e o sistema da OMC, de outro. Todavia, essa busca de coerência não deveria reforçar as tendências imperialistas da OMC, mas sim reorganizar a coexistência entre as regras de comércio internacional e aquelas aplicáveis ao caso concreto, que se referem à proteção ao meio ambiente e à saúde. As incertezas quanto à relação entre a OMC e os MEA dificultou bastante a redação destes. As negociações do Protocolo demonstram isso claramente: muito tempo e energia foram gastos em discussões acerca da interação com as regras da OMC. Havendo, ainda, neste momento, outros MEA em negociação, é preciso esclarecer de imediato alguns pontos. Quando se busca extrair coerência de uma ordem jurídica internacional, resulta um mosaico muito mais do que um verdadeiro sistema unificado⁷⁰. Se adotarmos uma atitude do tipo “Vamos ver como é que fica, correremos o risco de ver tais esclarecimentos produzidos por um Painel ou pelo Órgão de Apelação. A apreciação do caso concreto, no entanto, “não esclarece, necessariamente, as relações gerais entre a OMC e os MEA”⁷¹. Desse modo, impõe-se a necessidade de uma decisão política quanto a questões tão fundamentais⁷². Vários caminhos se abrem aos Estados-membros da OMC: a possibilidade de modificar o texto de diferentes acordos (notadamente o artigo XX do GATT de 1994), ou do Acordo de Marrakech; adotar a possibilidade de decisões interpretativas⁷³; ou, ainda, estabelecer

67 L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. M. MENGUE, “Le rôle des organes de règlement des différends de l’OMC dans le développement du droit : à propos des OGM”, in *La régulation du commerce international des OGM*, S. MALJEAN-DUBOIS, J. BOURRINET (orgs.), La Documentation française, coleção Monde européen et international, 2002, p. 177.

68 Nesse sentido, a Comunicação da Suíça sobre o *Esclarecimento das relações entre a OMC e os acordos multilaterais sobre o meio-ambiente*, WT/CTE/W/168, p. 4. É claro que o reclamante pode sempre avaliar a própria medida, no que concerne à sua aplicação, para verificar se constitui um meio de discriminação arbitrária ou injustificável ou uma restrição mascarada ao comércio internacional.

69 Declaração Ministerial adotada em 14 de novembro de 2001, Conferência Ministerial, Doha, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 de novembro de 2001, § 6.

70 De acordo com a expressão de J. COMBACAU, “Le droit international, bric-à-brac ou système?”, *Archives de philosophie du droit*, 1986, pp. 88-105. No mesmo sentido, G. MARCEAU, “A Call for Coherence in International Law. Praises for the Prohibition Against ‘Clinical Isolation’ in WTO Dispute Settlement”, *Journal of World Trade* 33(5), 1999, pp. 87-152.

71 Relatório da reunião de 5 e 6 de julho de 2000, Nota do Secretariado, WT/CTE/M/24, 19 de setembro de 2000, § 6.

72 Neste sentido, ver também L. BOISSON DE CHAZOURNES, M. M. MENGUE, “Le rôle des organes de règlement des différends de l’OMC dans le développement du droit : à propos des OGM”, *op. cit.*, p. 177.

73 Neste sentido, vejam as propostas da Suíça, *Relações entre os dispositivos do sistema comercial multilateral e os acordos multilaterais sobre o meio-ambiente*, WT/CTE/W/139, 8 de junho de 2000, p. 3.

um Código Processual para a adoção de medidas comerciais no âmbito dos MEA em colaboração com as Secretarias dos MEA e do PNUMA⁷⁴. Tais soluções, ainda que não afastassem por completo o surgimento de controvérsias, em muito as limitariam; mas esse é um tema cuja necessidade de adoção tem de ser sentida pelos próprios Estados-Membros⁷⁵. As negociações de Doha constituem uma excelente oportunidade para tanto. A declaração ministerial de Doha abordou perspectivas interessantes na definição da agenda de negociações quanto às relações com os MEA, orientando-se no sentido de... “não prejudicar os possíveis resultados”⁷⁶. Tais debates são bastante interessantes mas não produziram, ainda, nenhum resultado prático. Como o meio ambiente integra a agenda de negociações, deverá beneficiar-se de uma *alavancagem* decorrente da impossibilidade de reserva (*singleundertaking*), que acaba por favorecer os acordos em temas específicos e as concessões alcançadas⁷⁷. Ocorre que as negociações globais estão paralisadas, como se viu na Reunião do Conselho Geral de 15 e 16 de dezembro de 2003, ainda que, segundo informações recentes, os Estados Unidos estejam tentando retomar as negociações comerciais de Doha, por diversas razões estratégicas⁷⁸. Além disso, o mandato de Doha não alcança as controvérsias entre signatários de um MEA, deixando de lado a questão extremamente delicada de suas relações com terceiros Estados não-signatários. E indica, por isso mesmo, que as negociações não poderão modificar o equilíbrio entre direitos e obrigações que decorre das regras da OMC.

D. O possível fortalecimento do Protocolo de Cartagena

Da busca de coerência pode também advir um fortalecimento do Protocolo.

Com efeito, o próprio Protocolo representa um esforço de interação entre exigências comerciais, econômicas e exigências ambientais e sanitárias. E não se remete a nenhuma posição; apenas reflete uma série de compromissos. Sem dúvida que os interesses comerciais nunca tiveram um peso tão grande como agora, na negociação de uma convenção internacional de proteção ao meio ambiente.

Assim, quando se trata de considerações econômicas e sociais, o Protocolo é moderado. Se, por um lado autoriza as Partes a levar em conta tais considerações, por outro, obriga-as a fazê-lo em conformidade com as suas obrigações internacionais.

74 Communication des Communautés européennes, Régler la question du rapport entre les règles de l’OMC et les accords environnementaux multilatéraux, OMC, WT/CTE/W/170, 19 octobre 2000, p. 4.

75 A esse respeito, ver as discordâncias expressas no seguinte documento : Réunion du PNUE sur le respect et l’application des obligations ainsi que le règlement des différends dans le cadre des accords environnementaux multilatéraux et de l’OMC, OMC, 26 juin 2001, 20 juillet 2001, WT/CTE/W/199.

76 Declaração Ministerial adotado em 14 de novembro de 2001, Conferência Ministerial, Doha, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 de novembro de 2001, p. 7.

77 Relatório Informativo nº3569, Assembléia Nacional, B. MARRE, *Le bilan de la Conférence ministérielle de l’OMC de Doha*, 31 janvier 2002, p. 32.

78 B. Stern, “OMC : les Etats-Unis tentent de relancer les négociations commerciales de Doha”, *Le Monde*, 14.01.04, p. 6.

Investiguemos, também, as restrições ao comércio com Estados não-signatários. Essa questão é da máxima importância, na medida em que os Estados Unidos, principal exportador de OGM, não assinará o Protocolo, ao menos não tão cedo. Também é importante para a solução da controvérsia euroatlântica sobre os OGM. Nessa matéria, o Protocolo prevê que “Os movimentos transfronteiriços (de OVM) entre Estados-Membros e países não-signatários deverão ser compatíveis com o objetivo do Protocolo” (art. 14). A elaboração desse dispositivo propiciou intensas discussões. As propostas de certos Estados, especialmente dos países em desenvolvimento, que desejavam a proibição total do comércio com países não-signatários, não foram acolhidas. Até pelo contrário, essa cláusula foi pouco a pouco mitigada. No final, o Protocolo terminou por não exigir uma conformidade rígida, mas uma simples “compatibilidade”, sendo que esta só pode ser apreciada à luz dos objetivos do Protocolo. O Grupo de Miami conseguiu a modificação da fórmula originalmente prevista que exigia uma compatibilidade com “os objetivos e os princípios do Protocolo”. Enfim, o Protocolo afronta menos o direito da OMC do que a maior parte dos MEA⁷⁹. Além disso, com o propósito de afastar possíveis lides, convida os países não-signatários a aderirem e a cooperarem com o Centro de Intercâmbio de Informações e prevê, ainda, a possibilidade de “acordos e compromissos bilaterais, regionais e multilaterais” com países não-signatários em relação aos movimentos transfronteiriços. (art. 24, §§ 1º e 2º).

Também é assim quando se trata da possível adoção de medidas mais rigorosas. As convenções ambientais, de modo geral, como também as diretrizes comunitárias para o meio ambiente reconhecem tal possibilidade. De fato, seria contraproducente, em face dos objetivos buscados, impedir alguns Estados de irem mais longe. O Protocolo não escapa à regra e autoriza as Partes, em seu artigo 2º, § 4º, a adotar medidas mais rigorosas do que as ali previstas. Esse direito sofre dois limites que lhe são impostos: de um lado, tais medidas devem ser compatíveis com os objetivos e, agora, com os dispositivos do Protocolo; de outro – esta é a marca do Grupo de Miami – elas devem “estar em conformidade com outras obrigações (impostas à Parte em questão) decorrentes do direito internacional”. Essas medidas deverão, por isso mesmo, ser compatíveis com o direito da OMC. Também neste ponto o Protocolo sobre a Biossegurança se harmoniza melhor com o direito da OMC do que outros MEA. O direito das Partes de adotar medidas mais rigorosas encontra-se consideravelmente limitado e as hipóteses nas quais poderão adotá-las parecem bastante reduzidas.

O Protocolo que representa um esforço de interação pode, no entanto, ser ignorado pelos órgãos da OMC – tanto mais quando os Estados em conflito não sejam todos signatários do Protocolo – ainda que, adotado em janeiro de 2000 por consenso entre 130 membros, tenha entrado em vigor, de modo relativamente rápido, e conta hoje com mais de 90 membros. O aumento da participação no âmbito do Protocolo e a adesão as suas normas permite uma proteção em dois níveis. Em primeiro lugar, é uma proteção matemática: quanto maior o número de Estados-Membros, menor o número de potenciais contestadores do Protocolo. Em segundo lugar, a proteção é também *política*: quanto mais o tratado for ratificado, menor o risco de ser contestado por países não-signatários. Com efeito, são sobretudo as razões políticas que explicam o fato de nenhum conflito relativo a um

⁷⁹ Ver apresentação completa em “Matrice des mesures commerciales prises au titre de divers AEM”, OMC, Note du Secrétariat, WT/CTE/W/160, 14 de junho de 2001.

MEA ter sido submetido à solução de controvérsias do GATT-OMC. Sob essa perspectiva, quanto mais o Protocolo for ratificado e, portanto, amplamente reconhecido no cenário internacional, mais estará *protegido* e mais contidos os riscos de contencioso. Ora, a Convenção do Rio de 1992 conta com mais Membros do que a própria OMC - 179 contra 144 - ; situar, pois, o Protocolo sob sua égide deverá facilitar a participação de outros Estados.

Os órgãos da OMC já não podem ignorar o Protocolo. Tanto mais quando, agindo com rigor em relação a medidas unilaterais de proteção ao meio ambiente e à saúde, tais órgãos exaltem, todo o tempo, o multilateralismo e a cooperação internacional no tratamento dessas questões. Por isso é que o Comitê de Comércio e Meio Ambiente da OMC e o próprio Órgão de Apelação, no caso dos Camarões, propugnem, como já vimos, por soluções multilaterais para a solução dos problemas ambientais, ao tempo em que o Órgão de Apelação afirmou sua recusa de um *isolamento clínico* do direito da OMC.

Somemos a tudo isso o fato de que o Protocolo poderia contribuir, por meio de seu funcionamento, para a prevenção de conflitos de toda ordem.

Desse modo, a criação de um procedimento de não-conformidade poderia permitir dismantelar e mesmo compor certas controvérsias. Um tal procedimento comporta realmente uma relação de complementaridade e não de exclusão, em face dos mecanismos clássicos de solução de controvérsias⁸⁰. O próprio Protocolo dispõe que os procedimentos e os mecanismos institucionais que podem ser acionados são “múltiplos, sem prejuízo do procedimento e dos mecanismos de solução de controvérsias adotados em virtude do artigo 27” (art. 34). Ora, o procedimento previsto no art. 34 foi estabelecido desde a primeira reunião dos Membros do Protocolo, no mês de fevereiro de 2004⁸¹. O modelo acolhido é, mais ou menos, aquele previsto no procedimento de mesma natureza estabelecido no âmbito do Protocolo de Montreal sobre as substâncias nocivas à camada de ozônio e que demonstrou grande eficácia⁸². Baseado preferencialmente na cooperação e na promoção do direito do que no conflito e na sanção, tal procedimento tem um papel incontestavelmente preventivo⁸³.

Ainda mais, o fortalecimento das medidas destinadas a assegurar a transparência e o respeito às obrigações poderia reduzir a possibilidade de que controvérsias ambientais sejam submetidas à OMC, como também poderia ajudar a reduzi-la o progresso que pudesse ser obtido

80 P.-M. DUPUY, “Où en est le droit international de l’environnement à la fin du siècle ?”, *RGDIP*, 1997/4, p. 897 ; M. KOSKENNIEMI, «Breach of Treaty or Non-Compliance ? Reflections on the Enforcement of the Montréal Protocol”, *Yearbook of International Environmental Law*, 1992, p. 134.

81 BS-I/7. Establishment of procedures and mechanisms on compliance under the Cartagena Protocol on Biosafety.

82 CIPC, “Respect des obligations (article 34)”, Relatório da reunião ampla de *experts* relativa ao regime de respeito às obrigações previstas no Protocolo de Cartagena sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos, UNEP/CBD/ICCP/2/13/Add.1, 28 de setembro de 2001, 10 p. Em anexo, consta o projeto sobre os procedimentos e mecanismos de respeito às obrigações constantes do Protocolo de Cartagena sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos. Vide também Resumo dos pontos de vista e interpretações dos conteúdos entre parêntesis do texto relativo ao projeto sobre os procedimentos e mecanismos de respeito às obrigações no âmbito do Protocolo de Cartagena sobre a prevenção dos riscos biotecnológicos, Nota do Secretário Executivo, UNEP/CBD/ICCP/3/4, 6 de março de 2002.

83 L. BOISSON DE CHAZOURNES, “La mise en œuvre du droit international dans le domaine de la protection de l’environnement : enjeux et défis”, *RGDIP*, 1995/1, pp. 50 et ss.

no campo da responsabilidade. O enfrentamento dessa dificuldade foi um pouco postergado, haja vista que o Protocolo prevê que a primeira Reunião dos Estados-membros iniciará “um processo visando à elaboração de normas e procedimentos internacionais na esfera de responsabilidade e compensação por danos resultantes dos movimentos transfronteiriços de organismos vivos modificados [...] e tratará de completar esse processo em um prazo de quatro anos” (art. 27). Essa questão compõe a agenda de trabalho da Reunião dos Estados-Membros, mas é bastante conflitiva⁸⁴.

Finalmente invoquemos o fortalecimento da *capacitação* dos países em desenvolvimento. O art. 22 sobre o desenvolvimento de capacitação e o art. 28 sobre o mecanismo de financiamento e as fontes financeiras são normas-chave nesse sentido. A maior parte dos países em desenvolvimento, em princípio, não se opõe ao desenvolvimento de OGM, mas condiciona tal situação a um fortalecimento de sua *capacitação* em matéria de biossegurança. Ao promover o fortalecimento dessa capacitação, o Protocolo poderia contribuir para pacificar as relações entre os países exportadores de OGM e os países em desenvolvimento. Nesse campo, restam muitas incertezas quanto à implementação do Protocolo.

E. A evolução da padronização internacional

A evolução da padronização internacional sobre o tema pode dar-se de tal maneira que as regras aplicáveis acabem por estabelecer laços entre o Protocolo, de um lado, e o direito da OMC, de outro. O progresso que venha realizar-se no âmbito na padronização internacional poderá, então, contribuir para a interação entre os dois sistemas jurídicos.

Apadronização, de igual modo, no que se refere aos riscos oferecidos pelos OGM, desenvolve-se em dois fóruns: no âmbito da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Vegetais e no *Codex alimentarius*. Trata-se, nesse caso, de cuidar que as regras em fase de desenvolvimento se criem em conformidade com os princípios inscritos no Protocolo. Com efeito, isso permitiria que as medidas apoiadas em tais fundamentos pudessem justificar-se em face do que dispõe o art. 2.2 do Acordo TBT, criando um padrão em si e firmando a presunção de validade do art. 3.2 do Acordo SPS⁸⁵.

No âmbito da Convenção Internacional para a Proteção dos Vegetais, constata-se que o Suplemento à NIMP nº. 11, “Análise do risco fitossanitário de organismos vivos modificados”, que fixa os critérios de avaliação do risco potencial para os vegetais e a saúde dos vegetais que

84 V. a esse respeito *Responsabilité et réparation des préjudices résultant des mouvements transfrontières d’organismes vivants modifiés*, Nota do Secretário Executivo, UNEP/CBD/ICCP/3/3, 6 de março de 2002, 11 p ; *Rapport de la première Réunion des Parties au Protocole*, UNEP/CBD/BS/COP-MOP/1/15, 14 de abril de 2004, p. 142.

85 Vide a alínea 6 do preâmbulo que convida os Estados a adotarem normas, diretrizes e recomendações internacionais. Objetiva-se, por meio desse dispositivo, a harmonização das medidas SPS.

possam derivar dos organismos vivos modificados, remete em sucessivas passagens ao Protocolo de Cartagena. É interessante constatar que esse suplemento acolheu integralmente do texto do Protocolo a própria definição de OVM (p. 4). Afirma-se ali que “a coleta de informações é elemento essencial de todos os estágios da análise do risco”, que o fornecimento de informações oficiais sobre organismos nocivos é uma obrigação da CIPV (Art. VIII.1c) que deve ser facilitada pela existência de pontos de contato oficiais (Art. VIII.2), mas se refere, também, ao Centro de Intercâmbio do Protocolo e às informações que esse Centro permite que sejam trocadas. A idéia, enfim, é a de estabelecer uma padronização dos métodos de análise dos riscos fitossanitários que os organismos vivos modificados possam representar⁸⁶. Tais regras constituirão um padrão de confronto no âmbito do Acordo SPS e, se forem compatíveis com o Protocolo e servirem a seus objetivos, conduzirão de fato a uma certa harmonização.

O *Codex alimentarius*, por sua vez, trata de maneira complementar dos riscos alimentares. A Comissão do *Codex* decidiu, em julho de 1999, realizar um revisão das “normas, diretrizes e outras recomendações para os produtos alimentares obtidos por meio da biotecnologia e características introduzidas nos produtos alimentares pela biotecnologia”. Constituiu-se o Grupo Intergovernamental Especial sobre alimentos derivados de biotecnologias, com mandato de três anos, com o objetivo de criar um consenso internacional sobre a inocuidade e sobre os aspectos nutricionais de tais alimentos. Em sua reunião de março de 2002, o Grupo chegou finalmente a um acordo sobre o texto definitivo dos princípios aplicáveis à análise dos riscos relativos aos alimentos derivados de biotecnologias, que constituirão as bases para a avaliação da inocuidade e dos aspectos nutricionais dos alimentos geneticamente modificados. Esse Grupo adotou, sob forma de diretrizes, prescrições detalhadas relativas à avaliação da segurança sanitária dos vegetais geneticamente modificados, incluindo-se os testes de *alergenicidade* e as regras de conduta para a avaliação da segurança sanitária dos alimentos produzidos a partir de microorganismos com DNA recombinado⁸⁷. Em seus trabalhos e reflexões, constata-se igualmente que o Grupo levou em consideração o conteúdo do Protocolo e os trabalhos ali desenvolvidos. O último relatório do Grupo faz diversas referências a isto⁸⁸. Os debates, no entanto, esbarraram na questão da rastreabilidade e os trabalhos continuam⁸⁹. Esses debates também se desenvolvem no âmbito do *Codex* quanto à **rotulagem**, no qual não se pode obter consenso algum sobre um projeto de diretrizes relativas à rotulagem de alimentos obtidos a partir de certas técnicas de modificação genética. Essa questão estava viva na reunião de maio de 2004, que não chegou a nenhum acordo⁹⁰. Paralelamente, há animados debates no âmbito do Comitê de Princípios Gerais do *Codex*, em cujo texto a União Européia busca introduzir seus princípios em matéria de segurança alimentar, notadamente o

86 Cf. Recomendação do CIPC n°2/12, “Coopération entre le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques et la Convention internationale pour la protection des végétaux en vue de mettre au point des méthodes d’analyse des risques phytosanitaires que pourraient présenter les organismes vivants modifiés” [<http://www.biodiv.org>]. No âmbito da Convenção Internacional para a proteção dos vegetais, consultar <http://www.fao.org/ag/agp/agpp/PQ/Fr/defaultF.htm>. Ver par ex. “Mesures intégrées pour la gestion du risque phytosanitaire (approches systémiques”, *Projet de norme*, nov. 2001, CIN-2001-2.

87 Relatório da segunda Sessão do Grupo especial intergovernamental do *Codex* sobre os alimentos derivados das biotecnologias, Chiba (Japon), março de 2002, 59 p.

88 Relatório da quarta Sessão do Grupo especial intergovernamental do *Codex* sobre os alimentos derivados das biotecnologias, Yokohama (Japon), 11 - 14 de março de 2003.

89 Relatório da quarta Sessão do Grupo especial intergovernamental do *Codex* sobre os alimentos derivados das biotecnologias, Yokohama (Japon), 11 - 14 de março de 2003.

90 Relatório do Grupo de trabalho sobre a gestão da agenda relativa à rotulagem de alimentos e ingredientes obtidos com a ajuda de certas tecnologias de modificação genética, CX/FL 04/6.

princípio da precaução como instrumento de análise de riscos. Em 2000, parecia construir-se um compromisso quanto a um texto que mencionasse a possibilidade de “adotar medidas de precaução [...] enquanto se esperasse por dados científicos complementares, uma nota chamando a atenção para o fato de que certos Estados chamam esse método de princípio da precaução” fez com que as negociações se endurecessem⁹¹.

Vê-se, pois, que os trabalhos do *Codex*, até então obscuros, acabaram por adquirir, a partir de seu reconhecimento pelo direito da OMC, uma real importância político-estratégica. *Locus* de produção de padrões técnicos originários, o *Codex* tornou-se um fórum de discussão de princípios jurídicos⁹². Ao conseguir que seu ponto de vista seja adotado pelo *Codex*, um Estado se coloca a salvo de condenações por parte da OMC. Por outro lado, naquelas questões em que quaisquer desacordos impeçam a adoção de normas pelo *Codex*, as instâncias de solução de controvérsias da OMC comporão as disputas entre Estados sem poder fazer referência a normas do *Codex*. De igual modo, desde que um Estado considere que as normas adotadas não são suficientemente rígidas, deverá justificar cientificamente aquele nível de proteção mais rigoroso por ele adotado: deverá justificar a manutenção ou a adoção de sua regulamentação quanto à questão, apoiando-se, para tanto, em “provas disponíveis”. A referência às normas constantes do *Codex* torna-se, assim, sistemática, levando alguns a afirmar que estas passaram “de indicativas a obrigatórias”⁹³. O Painel e, depois, o Órgão de Apelação recentemente ampliaram o campo de incidência das normas internacionais⁹⁴.

Não é sem razão, portanto, que logo em seguida à fixação, pela Comissão do *Codex*, em sua reunião de julho de 1995, de limites máximos para cinco hormônios naturais que eram proibidos na Comunidade Européia, o Canadá e os Estados Unidos interpuseram recurso contra a União Européia, no caso da carne com hormônios⁹⁵.

91 Cf. Report of the Seventeenth Session of the Codex Committee on General Principles, Paris, April 2002, §§ 16 ss.

92 R. ROMI, *Codex alimentarius* : de l’ambivalence à l’ambiguïté, in *RJE*, 2001, 2, p. 206.

93 *Ibidem*, p. 204.

94 Relatório do Órgão de Apelação, *Comunidades Europeias – Designação comercial das sardinhas*, WT/DS231/AB/R, 26 de setembro de 2002, § 227 et ss. ((em relação ao Codex stan 94).

95 R. ROMI, *Codex alimentarius* : de l’ambivalence à l’ambiguïté, *op. cit.*, 2, p. 208.

Conclusão

Em um contexto difícil, marcado por inflamadas controvérsias científicas e grandes interesses em jogo, especialmente econômicos e financeiros, a adoção do Protocolo de Biossegurança representa, com toda a certeza, um sucesso. Este é apenas um marco inicial, no entanto. À Reunião dos Estados-Membros caberá, ainda, concretizar o aporte trazido pelo Protocolo, como também reforçar seu peso na ordem jurídica internacional, notadamente, em face da Organização Mundial do Comércio, de seu direito e de seu sistema de solução de controvérsias⁹⁶. Como bem expressou o Secretário da Convenção do Rio, nada indica, porém,

[...] que os dois sistemas evoluirão de maneira compatível. As culturas e as perspectivas diferentes dos dois regimes podem favorecer políticas divergentes (...). Daí que se deve concluir que a possibilidade de um conflito e a importância de cenários que favoreçam ambos os regimes reforça a necessidade de aprimorar a cooperação direta entre a CDB e a OMC⁹⁷.

Se o desenvolvimento sustentável faz sentido, é exatamente porque tenta conciliar diferentes políticas setoriais. Essa tentativa explica o alcance dos temas constantes da agenda da Cúpula de Johannesburg, que inclui ao mesmo tempo questões setoriais ambientais (água, mudança climática, biodiversidade, etc) e outras (comércio), como também questões transversais (financiamento do desenvolvimento, governança). Mas a comunidade internacional ainda têm muita dificuldade de alinhar esse conjunto em um processo coerente. Tampouco parece disposta a desenvolver o princípio da integração entre considerações ambientais e políticas, com base no modelo da Comunidade Européia⁹⁸. É por essa razão que, desde 1992, a necessidade de integração já fora afirmada no Princípio n. 4 da Declaração do Rio ; um capítulo inteiro (8) da *Ação 21* foi consagrado a ele. O Plano de Implementação de Johannesburg, com algumas formulações tímidas⁹⁹, não traz nenhum avanço nessa questão, quando se percebe que ela é da maior importância para o futuro. A invocação mágica do desenvolvimento sustentável não permite responder às incoerências materiais do direito internacional, nem limitar os comportamentos esquizofrênicos dos Estados, como bem demonstra o fracasso das negociações de Doha. À falta de consenso e ou de coragem política, caberá finalmente a um juiz internacional – e muito provavelmente ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC – fazer as vezes de balança, sopesando, caso a caso, as controvérsias trazidas perante ele, o que nos parece bastante deplorável.

96 A agenda dos trabalhos para os primeiros anos de funcionamento do Protocolo será particularmente movimentada. Cf. Recomendação CIPC n°2/6 “Examen d’autres questions nécessaires à la mise en œuvre effective du Protocole” <http://www.biodiv.org>.

97 Resposta do Secretário Executivo da Convenção sobre a biodiversidade biológica (CBD) ao Presidente do CTE, Comunicação do Secretário da CDB, WT/CTE/W/149, 28 de junho de 2000, §§ 53-54.

98 “As exigências em matéria de proteção ao meio-ambiente devem ser consideradas na definição da implementação de outras políticas da Comunidade” (art. 6 do Tratado de Roma revisado).

99 Vide especialmente o §140.



Governo dos Riscos

CAPÍTULO 8

**A contaminação por hidrocarboneto depois da
catástrofe do Prestige e seu impacto no Direito
Internacional e Comunitário**

Teresa Fajardo del Castillo

A contaminação por hidrocarboneto depois da catástrofe do Prestige e seu impacto no Direito Internacional e Comunitário

Teresa Fajardo del Castillo¹

I. Introdução

A socialização dos riscos oriundos do transporte marítimo dos hidrocarbonetos apoiou-se durante décadas sobre a idéia de que a sociedade devia suportar uma parte do risco dessa atividade econômica, considerando-se sua enorme projeção social. Por isso, a resposta internacional diante dos danos pela contaminação acidental por hidrocarbonetos não implicou a adoção de normas internacionais que pudessem representar um freio ou um obstáculo ao desenvolvimento do transporte marítimo, por causa de uma limitação das liberdades de navegação ou de práticas como as bandeiras de conveniência; as normas internacionais adotadas restringiram-se, então, ao estabelecimento de um regime internacional de responsabilidade civil objetiva, com uma indenização limitada à cobertura de um seguro. Atualmente, e depois de uma abominável sucessão de catástrofes marítimas, a aceitação do risco derivado do transporte marítimo de hidrocarbonetos foi contestada por uma sociedade que exige maior segurança do tráfego marítimo e que a indústria petroleira responda pela reparação dos danos causados; isto levou os Estados e as organizações internacionais a reformular o regime internacional de responsabilidade assim como suas normas internas e a complementá-lo com políticas e mecanismos de controle destinados a incrementar a segurança dos mares e a preservar o meio marinho. Sem dúvida, foi este um longo e tumultuado processo de reforma.

Desde que em 1967 houve o acidente com o petroleiro Torrey Canyon, a contaminação por hidrocarboneto tem sido objeto de uma regulamentação jurídica internacional marcada por seu caráter reativo, por ter sido articulada em decorrência dos acidentes ocorridos e por seu caráter empírico, ao responder sua evolução às mudanças que os Estados e as organizações internacionais foram incorporando, à medida que os resultados obtidos se mostravam insuficientes ou ineficazes para a solução dos problemas colocados², abordados em um único princípio a partir da reparação, para depois incorporar o enfoque da prevenção.

Num primeiro momento e diante da inexistência de normas nacionais sobre o assunto, os Estados acordaram no seio da Organização Marítima Internacional (OMI) um regime jurídico setorial que os obrigava a implantar em suas organizações jurídicas nacionais regimes de responsabilidade

1 Professora Doutora do Departamento de Direito Internacional Público e Relações Internacionais da Universidade de Granada – Espanha.

2 Ver M. Faure e W. Hui. “The international Regimes for the Compensation of Oil-Pollution Damage. Are they effective?”, RECIEL, n° 12, 2003, pág. 242.

civil que deviam responder a algumas características comuns: os particulares deviam submeter-se a um regime de responsabilidade civil objetiva e limitada, canalizada na pessoa do proprietário do navio e coberta por um seguro obrigatório. As limitações desse regime internacional e, em particular, de suas previsões em matéria de indenização, constituíram de imediato o motivo pelo qual alguns Estados decidiram adotar unilateralmente um regime jurídico alternativo mais restrito, no qual o regime de responsabilidade civil se complementava com atuações pontuais de controle dos navios por parte do Estado do porto, que com o tempo adquiriram a categoria de políticas de segurança marítima e de prevenção dos acidentes.

Diante das soluções articuladas pelo regime jurídico internacional da OMI e dos regimes nacionais unilaterais, a União Européia desenvolveu uma terceira via, regional, para discutir a prevenção e a reparação da contaminação de hidrocarboneto: partindo do regime jurídico internacional, a União Européia adotou instrumentos normativos e mecanismos institucionais para reforçar o cumprimento das normas internacionais.

Este artigo tem por objetivo estudar os traços do âmbito jurídico setorial que acabamos de introduzir e como se articularam o regime internacional e os regimes unilaterais e regionais, em resposta aos grandes acidentes.

II. A adoção dos Regimes de responsabilidade civil, em decorrência dos grandes acidentes marítimos

Um breve percurso pelos acidentes mais importantes nos permitirá apresentar uma relação dos problemas que o transporte marítimo de hidrocarbonetos gera, assim como as respostas que a OMI e os Estados ofereceram para resolvê-los.

a). O Torrey Canyon e as Convenções de 1969 e 1971

O acidente do petroleiro liberiano Torrey Canyon não foi o primeiro derramamento de hidrocarbonetos, mas certamente o primeiro que gerou uma resposta internacional e uma mudança no Direito internacional tradicional.

Por causa de uma falha humana, esse tanque encalhou nos recifes das Seven Stones, perto das Ilhas Escilas, provocando a primeira grande maré negra que açoitaria a costa do Reino Unido, da França e da Bélgica. As autoridades inglesas enfrentaram a catástrofe, bombardeando os restos do navio que, embora situados em águas internacionais, constituíam um risco para a navegação em uma rota muito utilizada³.

3 A escolha da chamada cirurgia explosiva foi considerada mais tarde um erro, visto que não impediu

Este acidente trouxe à luz algumas das causas que se encontravam na origem das catástrofes marítimas, assim como suas imprevisíveis conseqüências: as bandeiras de conveniência⁴, as limitações de seguro marítimo do barco e da carga, a situação dos destroços ou a contaminação transfronteiriça do meio marinho. Com certeza, a articulação jurídica da resposta internacional dos Estados somente atuou em duas frentes bem identificadas, a intervenção em alto-mar e a indenização por danos causados pela contaminação, com a adoção de três convenções: a Convenção de 1969 sobre intervenção em alto-mar, que permitiu regular as questões relativas à atuação do Estado ribeirinho em alto-mar, em caso de contaminação por hidrocarbonetos⁵ e a Convenção de 1969 sobre responsabilidade civil por danos causados pela contaminação por hidrocarbonetos (Convenção sobre Responsabilidade), que se completou posteriormente com a Convenção de 1971, que estabelecia um Fundo de indenização por danos causados pela contaminação por hidrocarbonetos (Convenção do Fundo).

Essas convenções, que foram elaboradas por solicitação da OMI, implicaram naquele momento uma pequena revolução para o Direito Internacional do Mar⁶, ao substituir o tradicional sistema de reparação de danos baseado na responsabilidade por culpa pelo regime de responsabilidade civil objetivo, canalizado na pessoa do proprietário do navio e coberto de forma limitada por um seguro⁷. A Convenção sobre Responsabilidade oferecia como solução principal ao problema da contaminação a responsabilidade objetiva e limitada do proprietário do navio, que devia ser coberta por um seguro obrigatório. A limitação das indenizações devidas obedecia, como bem se defendeu antes e também atualmente, à necessidade de garantir que a companhia de seguros – respaldada pelo Estado líder no setor, o Reino Unido – pudesse fazer frente ao sistema obrigatório de seguros⁸.

As críticas suscitadas pela limitação da indenização a cargo do proprietário do navio se neutralizaram com a Convenção do Fundo de 1971, que tinha por objetivo compensar as vítimas pelos danos não-cobertos pela Convenção sobre Responsabilidade, graças a um Fundo constituído pelas contribuições feitas pela indústria petrolífera e que, sendo uma organização intergovernamental, foi criada, como destacara o Professor Dupuy, “à imagem e semelhança de uma cooperativa de seguros”⁹. Articulava-se assim um duplo regime no qual dividiam responsabilidade o proprietário

que o petróleo bruto, depois de arder, formasse uma maré negra cuja contaminação se acentuou pelo fato de que os dispersantes utilizados foram mais contaminantes que o próprio petróleo bruto.

4 Sobre esta questão, ver J. L. De Azcárraga: *Algunas reflexiones en torno al siniestro del Torrey Canyon*, AHLADI, 1967, pág. 165 e seguintes.

5 Convenção de Bruxelas, de 29.11.1969, sobre a intervenção em alto-mar em caso de acidente que possa conter contaminação por hidrocarboneto. Essa convenção autoriza a intervenção de ofício em alto-mar, em condições específicas por parte dos Estados cuja costa e interesses conexos se vejam gravemente afetados ou ameaçados por uma maré negra. Um protocolo assinado em Londres, em 02.11.1973, estendeu esse sistema ao caso da contaminação marinha por outras substâncias nocivas.

6 Ver M. Faure e W. Hui, *op. cit.*, pág. 243.

7 Um seguro limitado que agora iria mais além do valor do navio e de sua carga para cobrir uma parte dos danos reais causados.

8 Ver E. Rosoeg: *The Impact of Insurance Practices on Liability Conventions*, Scandinavian Institute of Maritime Law, 2000.

9 P-M. Dupuy. *La responsabilité internationale des états pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Pedone, Paris, 1976, pág. 142.

do barco e a indústria do petróleo. Igualmente, e com carácter temporário¹⁰, as associações de armadores e a indústria petrolífera estabeleceram Fundos voluntários com os quais contribuir para as indenizações, enquanto os regimes convencionais entravam em vigor: os Fundos TOVALOP, CRISTAL e OPOL¹¹, cujos traços mais marcantes – cobriam os custos das medidas de prevenção – foram incorporados nas reformas posteriores da Convenção de 1969.

Mesmo depois do acidente do Torrey Canyon ficou evidente o risco que comportava o transporte de hidrocarbonetos em superpetroleiros; estes não deixaram de ser construídos, ao contrário, sua capacidade foi ampliada, o que fez com que, desde então e a cada ano, os riscos de contaminação tenham aumentado na mesma proporção do crescente tráfego marítimo de hidrocarbonetos.

b). O acidente do Amoco Cádiz e a aplicação do *Forum Shopping* à diversidade dos regimes

Com falhas estruturais de construção e um timão hidráulico que estava avariado há meses, o Amoco Cádiz não conseguiu enfrentar as condições meteorológicas adversas que o afundaram finalmente, diante da costa da Bretanha francesa, depois de uma fracassada operação de salvamento que se atrasara em função das negociações entre a companhia de navegação e a empresa de salvamento marítimo¹². Era o ano de 1978 e os meios previstos pelos instrumentos jurídicos internacionais para enfrentar a catástrofe “pareciam irrisórios”¹³ diante da magnitude da maré negra de 223.000 toneladas de petróleo bruto, que se pretendia reparar com uma indenização que, em termos reais, não cobria sequer 10% dos danos.

10 Sem dúvida, tiveram uma larga vigência e somente em novembro de 1995 as indústrias decidiram que os acordos voluntários não se renovariam, quando seus períodos de vigência terminassem em 20.02.1997, alegando que sua manutenção desincentivaria a adesão dos Estados que ainda não fazem parte das Convenções. Ver a nota explicativa do Secretariado del Fondo Explanatory Note, prepared by the 1992 Fund Secretariat, na Internet em <http://www.iopcfund.org/gennote.html>, pág. 8.

11 TOVALOP: Tankers Owners Voluntary Agreement for Oil Pollution, CRISTAL: Contract Regarding an Interim Supplement to Tankers Liability e OPOL: Off shore Pollution Liability Association Limited; este último estabelecia uma indenização para as vítimas em caso de contaminação por plataformas, enquanto entrava em vigor a convenção geral *off shore*, assinada em Londres, no dia 17.12.1976.

12 A escolha entre um contrato de assistência ou uma operação de salvamento marítimo e sua negociação prolongaram-se por mais de 24 horas, tempo que foi crucial para evitar não somente o naufrágio mas também para limitar a contaminação e sua extensão. Essa situação tornou claros os problemas que derivam do sistema privado de salvamento e que ainda hoje continuam sem se resolver, como se pôde ver novamente no caso do Prestige. Ver J.Dutheil de la Rochere, “Les réactions de l’OMCI au desastre de l’Amoco Cádiz, AFDI, 1978, pág. 767 e seguintes.

13 Ver L. Lucchini: A propos de l’Amoco Cádiz. La lutte contre la pollution des mers. Evolution ou révolution du Droit International, AFDI, 1978, pág. 721.

Como reação a essa situação, a França solicitou à OMI a adoção de novos dispositivos que reforçassem a segurança da navegação e a capacidade de atuação, em casos de acidente¹⁴. Entretanto, quanto às medidas de indenização, as autoridades francesas, e com elas os particulares afetados, preferiram deixar de aplicar as convenções da OMI e apresentar demandas de indenização diante dos tribunais americanos, confiando que a legislação americana faria recair sobre o capital da grande companhia americana, responsável pelo Amoco Cádiz, a reparação dos danos¹⁵. Desse modo, exerciam um *Forum shopping*, que lhes permitia eleger o tribunal e a lei aplicável mais favorável a seus interesses econômicos. O Tribunal americano levou a cabo o difícil trabalho de erguer o véu que ocultava os vínculos jurídicos entre a empresa liberiana, proprietária do Amoco Cádiz, e a grande petrolífera American Oil Corporation e a condenou à reparação dos danos, assim como também condenou a França por negligência na manutenção dos faróis para a navegação marítima e os estaleiros espanhóis, pelas falhas estruturais na construção do navio.

Como consequência do acidente do Amoco Cádiz, as autoridades francesas puseram em marcha planos de contingência que, embora não tenham podido evitar os acidentes posteriores, serviram para planejar a luta contra a contaminação marinha de forma mais eficiente.

c). O acidente do Exxon Valdés e a legislação estadunidense: a Oil Pollution Act de 1990

O acidente que marcou a regulamentação estadunidense em matéria de contaminação por hidrocarbonetos foi o do Exxon Valdés, diante da costa do Alasca. Novamente uma falha humana foi a causa da maior maré negra sofrida pelos Estados Unidos; no entanto, dessa vez o petroleiro hasteava bandeira americana e era de propriedade de uma das grandes companhias petrolíferas nacionais, o que facilitou a determinação e a execução do regime de responsabilidade. A indenização dos danos causados colocou em destaque a problemática das vítimas. O governo federal chegou a um acordo de reparação com a Exxon Mobil, enquanto as vítimas preferiram recorrer à via judicial

14 J. Dutheil de la Rochere: op. cit., pág. 756 e seguintes.

15 Dada a enorme diferença entre o teto de responsabilidade previsto na convenção e o prejuízo sofrido, como destacou Kiss, “era normal nessas condições que as vítimas da contaminação causada pelo Amoco Cádiz fizessem todo o possível para obter uma reparação dos danos sofridos, que fosse a mais próxima possível da realidade. Assim, renunciando a interpor suas demandas diante de uma jurisdição francesa – contrariamente ao disposto no artigo 9 da Convenção de Bruxelas sobre Responsabilidade Civil – o Estado francês, juntamente com o Conselho Geral do Departamento da Costa do Norte, o Departamento de Finisterre, numerosas comunidades sinistradas desses Departamentos, associações de proteção à natureza e diferentes grupos profissionais dirigiram-se ao Tribunal do Distrito de Illinois. Sua ação pretendia obter uma reparação dos danos sofridos como consequência das negligências cometidas pela diretoria do Amoco quanto à construção, à manutenção e ao funcionamento do Amoco Cádiz. Por sua vez, os responsáveis pelo Amoco interpuseram demandas de advertência contra os demandantes, alegando negligência de sua parte na prevenção e na limitação dos danos causados pelo petróleo proveniente do navio naufragado. (In re Oil Spill by the Amoco Cádiz off the Coast of France on March 16, 1978, 491 F. Supp. 161 N.D.III 1979), A. KISS: L’affaire de l’Amoco Cádiz: responsabilité pour une catastrophe écologique, Journal de Droit International, 1985, pág. 586.

para obter uma indenização maior do que a oferecida. O longo processo judicial e os distintos recursos interpostos se prolongaram até hoje. No curso desses longos anos de litígio, a situação das vítimas se agravou, enquanto, por parte da empresa Exxon, foram financiados estudos acadêmicos destinados a desenvolver teorias econômicas sobre o – inexistente – valor de existência do meio ambiente e os danos ao meio ambiente *per se*.¹⁶

Depois do acidente do Exxon Valdés, os Estados Unidos adotaram medidas de reforço da segurança marítima que obtiveram êxito considerável, em termos de redução do número de derramamentos acidentais na costa americana, embora o verdadeiro instrumento jurídico tenha sido a Oil Pollution Act de 1990 (OPA 1990), que abriu um debate permanente entre as autoridades estatais e as companhias petrolíferas para a regulação e indenização de todos os danos derivados da contaminação por hidrocarbonetos.¹⁷

d) Os acidentes do Erika e do Prestige

Ainda que o acidente do Prestige se assemelhe bastante com o do Erika,¹⁸ infelizmente as autoridades espanholas não aprenderam as lições que podiam originar-se de sua gestão. Ocorridos em rotas de navegação expostas sazonalmente a condições climatológicas adversas e diante de costas que já haviam sofrido marés negras, ambos implicaram um fracasso das tentativas de tratar a contaminação em alto-mar, ainda que por razões distintas. No caso do Erika,¹⁹ o plano de contingência e as operações de rebombeamento do petróleo bruto frustraram-se em razão das condições extremas do mar. No caso do Prestige, a atuação das autoridades espanholas demonstrou que podem ser repetidos todos os erros detectados na gestão dos acidentes precedentes.²⁰ As conseqüências do derramamento teriam sido diferentes se as autoridades espanholas tivessem levado em conta que:

- Depois do acidente do Torrey Canyon, o recurso à cirurgia explosiva não deveria ser considerado nem sequer como uma possibilidade.
- Depois do caso do Erika, a decisão de distanciar o navio poderia ter conseqüências nefastas e difíceis de prever e, no caso, de restaurar; por isso deveriam ter sido exploradas outras soluções como o rebombeamento do combustível num refúgio previamente preparado na costa.

16 Ver P. Riera: Posibilidades y limitaciones del instrumental utilizado en la valorización de externalidades, Boletim ICE, nº 711, 1992, pág. 65 e seguintes.

17 Ch. Matthews: “Industry Supports Sharing OCS Revenues with States”, Word Oil, vol. 219, 1998.

18 O Erika, com um derramamento de 20.000 toneladas de petróleo bruto pesado, não é um acidente comparável ao do Amoco Cádiz (227.000 toneladas de petróleo bruto) ou ao do Mar Egeu (67.000) ou ao do Braer (93.000) ou ao do Sea Empress (72.500); entretanto, conforme as estatísticas, é um acidente maior ao superar 7.000 toneladas. Ver o documento de CEDRE, Est-ce un autre Amoco Cádiz? Na Internet em http://www.ifremer.fr/cedre/rubriques/erika/questions/autre_amoco2.html

19 Ver sobre esta questão o magnífico dossiê do CEDRE, na Internet <http://www.le-cedre.fr/>

20 Ibidem.

- Depois do caso do Nakhodka, a peregrinação do navio com uma brecha em seu casco deveria ter sido evitada e com isso o derramamento de mais de 10.000 toneladas de combustível pesado, ao longo de uma extensão de mais de 300 km.
- Depois dos casos do Arizona e do Nakhodka, deviam saber que o combustível não apenas não se solidifica em um destroço afundado, mas se derrama durante o processo de degradação desse destroço, em uma maré negra que se prolonga durante anos e décadas.
- Apesar dos lamentáveis exemplos dos destroços do Arizona e do Jacob Lluckenbach que, depois de mais de 50 anos, continuam derramando combustível, as autoridades espanholas consideraram como uma solução a longo prazo o afundamento do navio em alto-mar, sem refletir sobre as possibilidades de corrosão e de contaminação posterior.

Quanto à indenização por danos causados, as soluções para os acidentes do Erika e do Prestige também foram diferentes. Como no caso do Exxon Valdés, no acidente do Erika viu-se implicada uma das grandes companhias nacionais da indústria do petróleo, a Totalfina, o que condicionou, diante da pressão da opinião pública e do governo francês, a empresa a assumir a reparação dos danos para além das previsões da convenção e da cobertura do seguro. Essa feliz circunstância, desgraçadamente, não se deu no caso do Prestige, petroleiro construído no Japão, com bandeira das Bahamas e propriedade de uma obscura companhia grega de navegação, que transportava petróleo bruto russo, e que responderá pelos danos com um seguro e com valores complementares obtidos pelo Fundo.

III. Os Regimes internacionais para combater a contaminação por derramamento de hidrocarbonetos

a). A Convenção sobre Responsabilidade e a Convenção do Fundo

A Convenção sobre Responsabilidade e a Convenção do Fundo foram reformuladas em distintas ocasiões, sendo a reforma mais importante a que foi concluída em 1992; desde então, coexistem duas convenções e dois fundos, porém, cada vez é maior o número de Estados que denunciaram a Convenção de 1969 e o Fundo de 1971, e hoje já fazem parte das novas Convenções 66 Estados (Convenção e Fundo de 1992).

Como já havíamos comentado, o regime de responsabilidade que estas estabelecem não se refere à responsabilidade dos Estados, mas à responsabilidade civil dos particulares e, entre os diversos tipos de contaminação por hidrocarbonetos que podem ocorrer – acidental ou voluntária – ²¹, ocupa-se da contaminação acidental por derramamento de hidrocarbonetos persistentes –

21 A primeira convenção relativa aos derramamentos voluntários foi a Convenção de Londres, de

diesel pesado, óleo combustível, alcatrão, *bunker* ²², ficando fora de seu âmbito de aplicação os danos causados pelos hidrocarbonetos não-persistentes, tais como a gasolina, o diesel leve e o querosene.

Segundo a Convenção sobre Responsabilidade, o proprietário do navio que transporta hidrocarbonetos pesados é o responsável objetivo pela contaminação e deve estar coberto por um seguro obrigatório,²³ ainda que sua responsabilidade esteja limitada por um teto cujo nível mínimo (por acidente e em função da tonelage do navio) é fixado pela convenção.²⁴ O proprietário somente perderá seu direito de limitar sua responsabilidade se ficar provado que a contaminação foi devida a um ato ou omissão dele, realizados com a intenção de causar tal dano ou perigosamente ou com conhecimento de que tal dano provavelmente poderia ocorrer. É esta uma responsabilidade objetiva porque o proprietário é responsável por todos os danos por contaminação causados pelos hidrocarbonetos derramados ou descarregados do barco, resultantes do sinistro, salvo se intervenham as causas de isenção previstas na convenção.²⁵

A Convenção do Fundo estende a indenização para além do teto assegurado aos danos não-cobertos pela Convenção sobre Responsabilidade²⁶, dentro dos limites e condições especificadas,

12.05.1954, sobre a prevenção da contaminação do mar por hidrocarbonetos – OILPOL - que foi substituída pela Convenção de Londres, de 02.11.1973, relativa à prevenção da contaminação por navios – MARPOL - assinada em Londres, Moscou e Washington, tendo entrado em vigor em 1983. A convenção MARPOL obriga seus Estados-partes a sancionar, por meio da legislação do Estado de bandeira, toda violação de seus dispositivos onde quer que esta ocorra.

22 Toda a gama dos hidrocarbonetos aromáticos policíclicos com um conteúdo de enxofre.

23 O proprietário de um tanque com uma capacidade superior a 2.000 toneladas de combustível persistente como carregamento está obrigado a contratar e manter um seguro para cobrir sua responsabilidade e a levar a bordo um certificado que ateste a cobertura do seguro. Para a entrada ou a saída de um porto ou de uma instalação de um Estado-parte da Convenção de 1992, será exigido tal certificado como requisito, assim como também será exigido dos navios que tenham a bandeira de um país que não faça parte da Convenção de 1992.

24 O proprietário do navio tem sua responsabilidade limitada no âmbito da Convenção de 1992, em função da carga, da seguinte forma:

- Para barcos que não excedam a 5.000 toneladas: 3 milhões de capital de giro (aproximadamente 4 milhões de euros);
- Para barcos entre 5.000 e 140.000 toneladas: 3 milhões de capital de giro + 420 de DEG para cada tonelada adicional;
- Para barcos de mais de 140.000 toneladas: 59,7 milhões de DEG (aproximadamente 77 milhões de euros). A convenção prevê, além disso, um procedimento simplificado para adotar o incremento desses limites.

25 Se o proprietário comprova que os danos por contaminação:

 Resultaram de um ato de guerra, hostilidades, guerra civil e insurreição ou de um fenômeno natural de caráter excepcional, inevitável ou irresistível,

 Foram totalmente causados por uma ação ou omissão intencional de um terceiro para causar danos,

 A contaminação foi totalmente causada pela negligência ou outro ato lesivo de qualquer Governo e outra autoridade responsável pela manutenção de faróis ou outros apoios à navegação, no exercício dessa função, ou

 Resultaram total ou parcialmente de uma ação ou omissão intencional para causar danos por parte da pessoa que sofreu os danos ou da negligência dessa pessoa, o proprietário poderá ser eximido total ou parcialmente de sua responsabilidade diante dessa pessoa.

26 O Fundo de 1992 paga uma compensação àqueles que sofram danos por contaminação de hidrocarbo-

graças a um fundo internacional alimentado pelas sociedades ou pessoas, por conta das quais se efetuam os transportes de hidrocarbonetos, o que permite uma divisão do peso da responsabilidade entre os armadores dos petroleiros e as companhias petrolíferas.²⁷

As mudanças ocorridas no Direito Internacional, particularmente em razão da adoção da Convenção sobre o Direito do Mar, e a emergência e o desenvolvimento do Direito Internacional do Meio Ambiente influíram igualmente na reforma cristalizada na Convenção de 1992, que cobre os danos por contaminação sofridos no território, no mar territorial e na zona econômica exclusiva ou zona equivalente de um Estado-parte da Convenção.²⁸ A reparação do dano por contaminação, além disso, inclui atualmente as medidas preventivas, onde quer que tenham sido adotadas, para prevenir ou minimizar o dano por contaminação no território, no mar territorial ou na zona economicamente exclusiva do Estado-parte da Convenção.²⁹ Para o dano ao meio ambiente *per se*, hoje contemplado,³⁰ a Convenção limita a compensação aos custos reais para a adoção de medidas razoáveis para restaurar o meio ambiente afetado pela contaminação.

O valor máximo a ser pago pelo Fundo de 1992, referente a um acidente, é de 135 milhões de DEG (162 milhões de euros), incluindo a soma efetivamente paga pelo proprietário ou por sua seguradora, no âmbito da Convenção sobre Responsabilidade Civil, de 1992.

netos, em um Estado-parte da Convenção do Fundo de 1992, que não tenham obtido a indenização completa no âmbito da Convenção, em virtude das seguintes situações:

- O proprietário está isento de responsabilidade segundo a Convenção de 1992;
- O proprietário é financeiramente incapaz de cumprir suas obrigações da Convenção de 1992 e seu seguro é insuficiente para as demandas de compensação por contaminação por danos;
- O dano excede à responsabilidade do proprietário, prevista na Convenção de 1992.

Por outra parte, o Fundo não paga compensação se:

- O dano ocorreu em um Estado que não é parte da Convenção;
- O dano resultou de um ato de guerra ou foi produzido por um derramamento feito por um barco de guerra;
- O demandante não pode provar que o dano resultou de um incidente em que se viram envolvidos um ou mais barcos.

27 A condição de contribuinte se atribui a todos os receptores de petróleo, sejam autoridades públicas, empresas estatais ou privadas, que tenham recebido em um ano mais de 150.000 toneladas. A quantidade pela qual se contribui é computada cada vez que se recebe nos portos e terminais dos Estados-membros, depois de seu transporte por mar ou de um porto a outro. A imposição de contribuições ocorre uma vez que os Estados comunicam ao Fundo o nome e o endereço das pessoas obrigadas a contribuir, assim como o total recebido por elas a cada ano.

28 O Estado de bandeira do navio e a nacionalidade do armador são irrelevantes para determinar o âmbito de aplicação da convenção.

29 Os gastos oriundos da adoção de medidas preventivas agora são recuperáveis, inclusive mesmo que não se tenha produzido derramamento, mas tenha sido uma ameaça grave e iminente de danos por contaminação.

30 Ver a explicação a respeito na comparação feita entre o antigo e o novo Regime no Report on the Activities of the International Oil Pollution Compensation Funds, em 1999, na Internet http://www.iopcfund.org/99AR_English.html, pág. 6.

b). O Protocolo do Fundo Suplementar de 2003

A limitação e o alcance da indenização têm sido até agora o calcanhar de Aquiles do regime internacional de responsabilidade. O abismo que separa os custos reais da reparação dos danos e as indenizações previstas nas convenções fez dessa questão o centro das discussões – entre os que advogam por uma indenização ilimitada e os que defendem sua limitação³¹- e a chave dos planos de reforma do sistema internacional. Apesar das limitações defendidas pelos agentes econômicos do setor, a OMI teve de ceder às exigências de alguns de seus Estados-membros – entre eles a Espanha – e da União Européia,³² adotando em sua Conferência Diplomática de 16.05.03 o Protocolo do Fundo Suplementar. Esse Fundo permanece estreitamente vinculado ao Fundo de 1992, uma vez que, entre outras características, não cobrirá as reclamações não geridas pelo referido Fundo e, da mesma forma que este, estará financiando por meio de contribuições voluntárias dos Estados e dos agentes econômicos do setor. Nessa ocasião, e dadas as circunstâncias que ocasionaram sua criação, para sua entrada em vigor bastará a ratificação de um número reduzido de Estados, número que corresponde aos que avalizam essa iniciativa e os membros da União Européia.³³

Seus limites máximos de indenização foram fixados em 750 milhões de DEG (aproximadamente 920 milhões de euros ou um bilhão de dólares, no momento de sua fixação).

IV. A União Européia e a contaminação do mar por hidrocarbonetos

Desde a catástrofe do Amoco Cádiz³⁴ até hoje e com ritmos distintos, a União Européia pôs em marcha um processo interno para dotar-se dos instrumentos jurídicos e institucionais necessários com os quais obter uma aplicação uniforme mais restrita, mas principalmente, antecipada das convenções internacionais em assuntos como a segurança dos navios, a prevenção da contaminação, os critérios de formação e de qualificação dos marinheiros assim como os controles pertinentes dos

31 Sobre estas questões, ver P. Bennett: “Mutual Risk: P&I Insurance Clubs and Maritime Safety and Environmental Performance” Marine Policy, nº 25, 2001, pág. 13 e seguintes.

32 Ver a Proposta de Decisão do Conselho pela qual se autoriza aos Estados-membros assinar, ratificar ou aderir, no interesse da Comunidade Européia, ao Protocolo de 2003, relativo ao Convênio Internacional sobre a Constituição de um Fundo Internacional de Indenização de Danos em virtude de contaminação por hidrocarbonetos, 1992, e pela qual se autoriza a Áustria e Luxemburgo, no interesse da Comunidade Européia, a aderir aos instrumentos subjacentes, Doc. COM (2003) 534 final, de 08.09.03, finalmente adotada pela Decisão de 02.03.04, DOCE L 78, de 16.03.04, pág. 22 e seguintes.

33 O artigo 21 do Protocolo do Fundo Suplementar estabelece que este entrará em vigor três meses depois que oito Estados que representem um total de pelo menos 450 milhões de toneladas de hidrocarbonetos sujeitos a contribuição convertam-se em partes integrantes do mesmo.

34 Ver o Informe da Comissão ao Conselho Europeu de Biarritz sobre a estratégia da Comunidade Européia em matéria de segurança marítima, de 27.09.00, Doc. COM (2000) 603 final, pág. 2 e seguintes.

navios pelo Estado do porto.

Da mesma forma como ocorrera no âmbito internacional, a União Européia abordou a solução dos problemas derivados dos derramamentos acidentais de hidrocarbonetos sempre de maneira reativa, embora a impossibilidade de restaurar os danos tenha levado a legislação comunitária até a prevenção.

Como consequência da catástrofe do Erika, a União Européia adotou dois pacotes legislativos, os Pacotes de Medidas Erika I e II, para reforçar a segurança marítima na Europa e dotar-se dos meios para lutar contra as marés negras. O primeiro pacote de medidas³⁵ centrava-se em um aumento do controle dos navios pelo Estado do porto, uma supervisão mais restrita das sociedades de classificação e a substituição dos petroleiros de casco único pelos de casco duplo. Além disso, a proposta se completava com medidas destinadas a alcançar maior transparência, um reforço da vigilância da navegação marítima, o estabelecimento de uma estrutura européia de segurança marítima e o estabelecimento de acordos voluntários com as companhias.

De outra parte, o pacote de medidas Erika II concentrava sua ambição em três medidas institucionais: o estabelecimento de um sistema comunitário de acompanhamento, controle e informação sobre o tráfego marítimo; a constituição de um fundo de indenização de danos causados pela contaminação de hidrocarbonetos em águas européias e a criação de uma Agência Européia de Segurança Marítima.

A execução dessas medidas, uma vez apaziguada a opinião pública, deixou de ser prioritária e afrouxou. Infelizmente, a catástrofe do Prestige voltou a pôr em marcha o procedimento legislativo, ampliou e aprofundou seus objetivos e medidas. A convicção de que se os pacotes de medidas já estivessem em vigor poderia ter sido evitado o acidente alimentou a celeridade do processo de adoção das medidas que têm em comum como traço marcante o ir mais além das normas internacionais da matéria.

a). O reforço do controle dos navios pelo Estado do porto

O caso Prestige colocou em evidência novamente alguns dos aspectos mais controvertidos da gestão do transporte marítimo de hidrocarbonetos, em particular o abandono de suas obrigações internacionais pelos Estados de bandeira, em matéria de segurança marítima. A reação da União Européia foi a de reforçar o controle dos navios pelo Estado do porto, progredindo numa prática já presente no âmbito comunitário com a Diretiva 21/95 sobre o controle do Estado do porto.

35 Comunicado da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho de 21.03.00 sobre a segurança marítima do transporte de petróleo, Doc. COM (2000) 142 final.

Essa Diretiva, que foi modificada em novembro de 2002³⁶, obrigou o Estado do porto³⁷ a cumprir as principais obrigações internacionais e comunitárias em matéria de segurança marítima, de proteção do meio marinho e das condições de vida e de trabalho a bordo – e das quais seria responsável em primeiro lugar o Estado de bandeira – referentes a todos os navios que façam escala em um porto de um Estado-membro ou em uma instalação fora da costa ou em um ancoradouro ou em um terminal.³⁸ Sua acentuada aposta pelo controle do Estado do porto não é, sem dúvida, excludente das competências reconhecidas ao Estado de bandeira que, juntamente com as sociedades de classificação, terá que retomar o controle do cumprimento dessas obrigações, como condição necessária para que as autoridades portuárias levantem a proibição de acesso aos portos da União.³⁹

Essa Diretiva ambiciona o cumprimento mais efetivo das normas internacionais, na medida em que, de um lado, pretende uma aplicação uniforme, no âmbito europeu, dos padrões previstos nas convenções internacionais.⁴⁰ Por outro lado, amplia o campo de aplicação das normas internacionais – incluindo o Memorando de Acordo de Paris sobre o controle pelo Estado do porto – a todos os navios, aos que hasteiam uma bandeira de conveniência e aos procedentes de Estados que ainda não aderiram às convenções internacionais, para evitar que estes recebam um tratamento mais favorável do que aquele que receberão os submetidos à norma comunitária.⁴¹

36 Diretiva 21/95/CE do Conselho, de 19.06.95, relativa ao controle dos navios pelo Estado do porto, Doc. L 157, de 07.07.95, pág. 1. Atualmente seu título completo é: Diretiva relativa à aplicação aos navios que façam escala nos portos da Comunidade ou nas águas de jurisdição dos Estados-membros das normas internacionais relativas à segurança marítima, à prevenção da contaminação e às condições de vida e de trabalho a bordo dos navios, conforme sua modificação pela Diretiva 84/02/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 05.11.02, Doc. L 324, de 29.11.02, pág. 53.

37 Em seu preâmbulo, a Diretiva 21/95 determina que “considerando que o controle do cumprimento pelos navios das normas internacionais sobre segurança, prevenção da contaminação e melhoria das condições de vida e de trabalho deve corresponder diante de todo o Estado de bandeira; que, sem dúvida, se observa uma falta grave de aplicação e observância das normas internacionais por parte de um número crescente desses Estados; que os Estados portuários têm também que assegurar o controle do cumprimento das normas internacionais sobre segurança, prevenção da contaminação e condições de vida e de trabalho a bordo”, op. cit., pág. 1.

38 Artigo 3 da Diretiva 21/95, op. cit.

39 Anexo XI da Diretiva 21/95, parte B, sobre os procedimentos relativos à proibição de acesso aos portos da Comunidade, item 2, op. cit., pág. 35.

40 Ver o artigo 2.1 da Diretiva 21/95: “o Convênio Internacional sobre Linhas de Carga, de 1966 (LL 66), o Convênio Internacional para a Segurança da Vida Humana no Mar, de 1974 (SOLAS 74), o Convênio Internacional para Prevenir a Contaminação pelos Navios (1973) e o Protocolo de 1978 do referido Convênio (MARPOL 73/78); o Convênio Internacional sobre Normas de Formação, Titulação e Guarda para a Gente do Mar, de 1978 (STCW 78); o Convênio sobre o Regulamento Internacional para Prevenir as Abordagens (CORLEG 72); o Convênio Internacional sobre Arqueação de Navios (ARQUEO 69); o Convênio sobre Normas Mínimas da Marinha Mercante, de 1976 (OIT n° 147); o Convênio Internacional sobre Responsabilidade Civil por danos devidos à contaminação por hidrocarbonetos, 1992 (CLC 1992), junto com os Protocolos e Emendas dos referidos Convênios e os códigos conexos de caráter obrigatório, em sua versão vigente”. O parágrafo 2° refere-se ao Memorando de Acordo de Paris sobre o controle dos navios pelo Estado do porto, assinado em Paris em 26.01.82, em sua versão vigente.

41 O artigo 1 se refere “aos navios de todas as bandeiras” e o parágrafo 3° do artigo 3 da Diretiva 21/95 dispõe que “quando se inspecione um navio com bandeira de um Estado que não seja parte num Convênio, os Estados-membros garantirão que não se dê ao referido navio nem a sua tripulação um tratamento mais favorável do que o outorgado a um navio que traga a bandeira de um Estado que seja parte no Convênio. Com relação

Como complemento dos controles previstos, a Diretiva 21/95 determina a publicação periódica das informações relativas aos navios que não cumpram as normas internacionais referentes à segurança, à saúde e à proteção do meio marinho, visto que se considera que essa publicação “pode ser uma forma efetiva de dissuasão, que dificulte a utilização desses navios pelos expedidores, e um incentivo para que seus armadores tomem as medidas corretivas necessárias, sem necessidade de forçá-los a fazê-lo”.⁴² Com referência a essas medidas de intercâmbio, de informação e publicação de listas negras, a OMI manifestou opinião favorável.⁴³

b). A proibição de entrada no porto dos navios com características inferiores às normas aplicáveis nas águas sob jurisdição dos Estados-membros

Diante da pressão exercida pela Espanha que havia adotado medidas unilaterais⁴⁴ para proibir a entrada no porto dos navios de casco simples que transportarão hidrocarbonetos pesados ou substâncias perigosas,⁴⁵ a União Européia adotou o Regulamento Comunitário 1726/2003 referente à introdução acelerada das prescrições em matéria de casco duplo ou das normas de concepção equivalentes para os petroleiros de casco simples,⁴⁶ cujas medidas evidentemente são aplicáveis no conjunto da União Européia, incluídos os novos Estados-membros, que entram na categoria de Estado com bandeira de conveniência, Malta, Chipre e os Países Bálticos.

a esse dispositivo, o Anexo VI sobre os critérios para a imobilização de um navio e no que se refere à falta dos certificados e documentos preceptivos exigidos pelos instrumentos pertinentes, dispõe que “não obstante, os navios que hasteiem a bandeira de Estados que não façam parte de um Convênio (instrumento pertinente) ou que não tenham aplicado outro instrumento pertinente, não têm direito de trazer certificados estabelecidos pelo Convênio ou outro instrumento pertinente. Portanto, a falta dos certificados exigidos não deveria ser por si só motivo para imobilizar tais navios; sem dúvida, na aplicação da cláusula de ‘tratamento não mais favorável’, exigir-se-á o cumprimento substancial dos dispositivos antes que o navio zarpe”, op. cit., pág. 2,3 e 26.

42 Preâmbulo da Diretiva 21/95, op. cit., pág. 4.

43 Ver H. HOPPE: Port State Control – an update on IMO’S work (2000), em <http://www.imo.org/home.asp>

44 Ver as medidas que barram a entrada em portos espanhóis dos navios de casco simples que transportem mercadorias perigosas ou contaminantes e que, na prática, estenderam-se até a zona econômica exclusiva: “Real Decreto-lei 9/2002, de 13 de dezembro, pelo qual se adotam medidas para navios-tanque que transportem mercadorias perigosas ou contaminantes”, BOE, nº 299, 14.12.02, pág. 43555. Na continuação, a Espanha conseguiu o Acordo de Málaga com a França, ao qual posteriormente aderiram Portugal, Alemanha e Itália, para proibir a entrada de navios que não reunissem as condições previstas nos pacotes de medidas Erika I e II, em suas águas jurisdicionais, assim como decisões reforçadas à espera de que se adotassem medidas comunitárias.

45 E da mesma forma a Espanha as apresentara perante a OMI, sem esperar uma proposta conjunta com a Comissão Européia.

46 Regulamento (CE) nº 1726/2003 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22.07.03, que modifica o Regulamento (CE) nº 417/2002, relativo à introdução acelerada das prescrições em matéria de casco duplo ou de normas de concepção equivalentes aos petroleiros de casco simples, DOCE L 249, 01.10.03, pág. 1.

A União Européia justificou esse Regulamento, evocando o artigo 211 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar⁴⁷ que estabelece em seu parágrafo 3º que:

Os Estados que estabelecerem requisitos especiais para prevenir, reduzir e controlar a contaminação do meio marinho, como condição para que os navios estrangeiros entrem em seus portos ou águas interiores ou façam escala em suas instalações terminais costa a fora, darão a devida publicidade a esses requisitos e os comunicarão à organização internacional competente. Quando dois ou mais Estados ribeirinhos estabelecerem esses requisitos de forma idêntica, num esforço para harmonizar sua política sobre essa matéria, o comunicado indicará quais são os Estados que participam desses acordos de cooperação. Todo Estado exigirá do capitão de um navio que hasteie sua bandeira ou esteja matriculado em seu território, quando navegar pelo mar territorial de um Estado participante desses acordos de cooperação, que comunique, por solicitação desse Estado, se ele se dirige a um Estado da mesma região que participe desses acordos de cooperação e, em caso afirmativo, que informe se seu navio reúne os requisitos de entrada em portos estabelecidos por esse Estado. Este artigo será entendido sem prejuízo do exercício continuado pelo navio de seu direito de passe livre nem da aplicação do parágrafo 2º do artigo 25.⁴⁸

Apesar dessa remissão ao direito internacional que busca a legitimação das medidas adotadas, o regulamento suscitou a reação das autoridades da OMI, que criticaram seu caráter igualmente unilateral, e exigiram que toda norma relativa à segurança marítima, à prevenção da contaminação marinha ou aos padrões de controle deve ser decidida no âmbito institucional da OMI.

c). A gestão da crise

Depois do naufrágio do Prestige, a União Européia habilitou um sistema para coordenar os meios dos Estados-membros e oferecer assistência técnica com o objetivo de “normalizar” a gestão das crises dessa natureza. Sem dúvida, esse sistema é ainda embrionário porque, embora seus meios cresçam, ainda estão por desenvolver as sinergias de cooperação entre os Estados-membros e seus serviços nacionais. Por outro lado, a União Européia não pretende desenvolver um sistema

47 O artigo 2 do Regulamento estabelece que a presidência do Conselho, atuando em nome dos Estados-membros, e a Comissão informam conjuntamente à Organização Marítima Internacional sobre a adoção do presente Regulamento, fazendo referência ao artigo 211, parágrafo 3º, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

48 Lembremo-nos de que o parágrafo 2º do artigo 25 estabelece que “No caso dos navios que se dirijam para as águas interiores ou para atracar numa instalação portuária situada fora dessas águas, o Estado ribeirinho terá também o direito de tomar as medidas necessárias para impedir qualquer descumprimento das condições a que esteja sujeita a admissão dos referidos navios, nessas águas ou nessa instalação portuária”.

comunitário que substitua o dos Estados-membros⁴⁹, mas coordená-los. Será necessário aguardar o desenvolvimento do coração institucional desse sistema – o Centro de Resposta da Comissão⁵⁰, o Comitê de Segurança Marítima e Prevenção da Contaminação pelos Navios (COSS)⁵¹ e a Agência Europeia de Segurança Marítima - ⁵² para estabelecer uma estratégia coordenada e conjunta de trabalho com os Estados-membros. Esta estratégia deverá inserir-se na futura política marítima da União Europeia⁵³, cujo debate acaba de abrir a Comissão Europeia com uma proposta de caráter globalizante, na qual terão espaço todas as políticas.

V. A competência entre regimes autônomos

Como pudemos observar, diante do problema da contaminação por hidrocarbonetos e em razão das catástrofes por contaminação por hidrocarbonetos, foram articulados Regimes nacionais, regionais e internacionais que, embora em alguns aspectos se complementem, em outros competem, gerando certas disfunções, mas também um desenvolvimento progressivo das normas e um reforço de sua aplicação que estão permitindo reduzir a queda dos padrões de segurança, provocada pelas “forças da liberalização e da competência que atropelam o setor do transporte marítimo”.⁵⁴

Entre estes regimes, o dos Estados Unidos marcou a cadência dessa competência até o momento em que a União Europeia tomou a frente, depois do acidente do Prestige.

49 O que, por outro lado, seria contrário aos princípios de subsidiariedade que regula o exercício das competências comunitárias compartilhadas.

50 Decisão do Conselho de 23.10.01 que estabelece um mecanismo comunitário destinado a favorecer uma cooperação reforçada, no âmbito das intervenções de salvamento relativas à proteção civil (792/2001/CE, EURATOM), DOCE L 297, 15.11.01, pág. 7-11.

51 Regulamento (CE) n° 2099/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho de 05.11.02, que estabelece um Comitê para a segurança marítima e a prevenção da contaminação pelos navios, DOCE L 324, 29.11.02, pág.1.

52 Regulamento (CE) n° 1406/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27.06.02, que estabelece uma Agência Europeia pela Segurança Marítima, DOCE L 208, 05.08.02, pág. 1 –9, modificado pelo Regulamento (CE) n° 2099/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22.07.03, DOCE L 245, 29.09.03, pág. 10-12.

53 Assim, a Comissão Europeia destaca que “Uma formulação integrada ajudaria a evitar conflitos e a potencializar as sinergias entre as diversas atividades navais para impulsionar suas oportunidades econômicas e salvaguardar o meio ambiente. Também estimularia a participação das principais partes interessadas e permitiria a todos os interessados que considerassem o mar em seu conjunto e compreendessem as repercussões de cada série de atividades nele. Um grupo de trabalho, formado pelos comissários responsáveis pelas políticas relacionadas ao mar e presidido pelo Comissário Borg, elaborará um documento de consulta sobre a futura política marítima da União Europeia. A Comissão estudará de que forma deve adotar a nova política antes de formular propostas nesse sentido”, ver o Doc. IP/231/05, de 02.03.05. A Comissão vai começar as consultas sobre a futura política marítima para a União Europeia, pág. 1; ver também o Doc. MEMO/72/05, Vers une politique maritime de l’Union, de 02.03.05.

54 Resolution A 944(23), adopted on 25.11.03, Strategic Plan for the Organization (For the Six-Year Period 2004 to 2010), Annex ! 23/Res. 944, 18.03.04, pág. 1.

Os Estados Unidos, uma potência naval indiscutível e o principal consumidor de hidrocarbonetos, adotaram diante da contaminação uma abordagem nacional que os levou a rejeitar o sistema das convenções internacionais e a defender soluções alternativas, a partir de uma fase bem anterior: já em 1973 apresentaram uma proposta na III Conferência das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, em que defendiam o reforço das competências de controle do Estado do porto; embora não tenha sido incorporada à Convenção sobre o Direito do Mar, marcou o desenvolvimento posterior de suas normas nacionais e, particularmente, de sua prática na matéria. Da mesma forma, os Estados Unidos rejeitaram a limitação da indenização pelos danos de contaminação que se estabeleceu em seu Oil Pollution Act de 1990. Sua negativa em participar do sistema internacional, embora tenha enfraquecido e limitado suas possibilidades de êxito, determinou uma competência entre os regimes jurídicos autônomos que forçou o desenvolvimento das normas, no âmbito institucional da OMI, especialmente na União Européia.

Certamente a não-adesão dos Estados Unidos minou o regime internacional, na medida em que a vocação universal da convenção se sentia frustrada com a não-participação de uma das principais frotas, e a capacidade financeira do Fundo via-se igualmente diminuída com a não-contribuição de um dos principais consumidores; como efeito secundário de sua existência, a normativa estadunidense mais restritiva gerou a migração dos petroleiros menos seguros para a costa européia. Esses agravos seriam irrelevantes se a normativa internacional tivesse alcançado por si mesma um alto nível de cumprimento e de eficácia; entretanto, não foi assim. Diante das normas norte-americanas que obtiveram um alto grau de cumprimento, as convenções internacionais da OMI apenas cresceram em número e não em efetividade, dada a incapacidade de assumir competências de controle que garantirão o cumprimento e a aplicação uniforme de suas normas.

Por sua vez, a União Européia sempre buscou uma solução, no âmbito da ação multilateral concertada pelos Estados ou proposta pela OMI; sem dúvida, isto não impediu que, diante da incessante queda dos níveis de cumprimento das normas internacionais, adotasse medidas internas para elevar a efetividade das medidas internacionais, especialmente depois dos acidentes do Erika e do Prestige, como já analisamos.

Nessa competição entre os vários regimes, o marco de legitimidade internacional da OMI passou para um segundo plano, em benefício de uma legitimidade baseada na eficácia. No caso da União Européia, a premissa de que o êxito e a eficácia da normativa comunitária dependerão de que sejam tratadas as ações no seio da OMI já não é inquestionável; paradoxalmente, esse novo posicionamento da União Européia converteu-se em sua melhor jogada para negociar e propor reformas perante a OMI.

Por tudo isso e diante das normas internacionais, as ações unilaterais e regionais se estão consolidando com bastante êxito e numa perspectiva de progresso na regulamentação. Estas ações não se articulam setorialmente, mas em um contexto global, no qual tentam dar respostas coordenadas e complementares para alcançar um desenvolvimento integrador de todas as políticas marítimas; nessa linha, destacam-se como exemplos as políticas dos Estados Unidos, Canadá e

Austrália⁵⁵ e as iniciativas propostas no âmbito da União Europeia.

Essa competência entre regimes levou a OMI a tomar consciência da necessidade de reagir diante desse fenômeno e, então, em seu Plano Estratégico para 2004-2010, identifica como um de seus desafios: “Proporcionar uma resposta efetiva e eficiente às tendências, desenvolvimentos e incidentes no setor marítimo; fazendo isto, evitar as tendências regionais e unilaterais que entram em conflito com o contexto normativo da Organização”.⁵⁶

Um exemplo disso foi a criação do Fundo de 2003 pela OMI, que é de certa forma uma resposta forçada⁵⁷ diante da possibilidade da constituição de um fundo no seio da União Europeia,⁵⁸ no caso da OMI não aceitar as propostas comunitárias.

55 L. Juda: “Changing National Approaches to Ocean Governance: The United States, Canada, and Australia”, *Ocean Development and International Law*, nº 34, 2003, pág. 161 e seguintes.

56 *Ibidem*, pág. 3.

57 Assim, na cláusula 12 das Conclusões do Conselho de Transportes, de 06.12.02, confirmado uma semana depois pela Cúpula de Copenhague “REAFIRMA-SE o respaldo dos Estados-membros à criação, no seio da Organização Marítima Internacional (OMI), de um fundo complementar em favor das vítimas da contaminação pelos futuros derramamentos de petróleo até um montante de 1 bilhão de euros, que preveja um mecanismo rápido de pagamentos e seja operacional antes que finalize 2003, assim como a intenção dos referidos Estados-membros, que são partes dos regimes globais de indenização vigentes, em ratificar o novo fundo complementar. No caso em que não se crie o fundo complementar de indenização, ACORDA examinar imediatamente um regulamento sobre a criação de um fundo para a indenização dos danos causados pela contaminação por hidrocarbonetos em áreas europeias, com o objetivo de criar esse fundo antes do final de 2003”.

58 Diante das limitações que apresentava o Fundo de 1992, a Comissão propôs uma alternativa, visto que sua opinião a respeito era clara: “A Comissão considera que um aumento de 50% referente aos limites atualmente vigentes, que levaria a um montante total de uns 250 milhões de euros, não é suficiente para garantir uma proteção adequada às vítimas de eventuais derramamentos catastróficos na Europa. Por isso, propôs em dezembro de 2000 um regulamento com o objetivo de servir de complemento ao regime internacional vigente, mediante a criação de um fundo suplementar europeu, o Fundo COP, com o efeito de indenizar as vítimas dos derramamentos de hidrocarboneto em águas europeias. O Fundo COP indenizaria unicamente as vítimas cujas demandas tenham sido consideradas admissíveis, mas que não tenham podido obter uma indenização plena, recorrendo ao regime internacional, em virtude dos limites insuficientes de indenização. As indenizações do Fundo COP se baseariam nos mesmos princípios e normas do sistema do Fundo Internacional atualmente vigente, porém teriam um limite máximo suficiente para cobrir toda possível catástrofe, que ascenderia a um bilhão de euros”, Proposta de Decisão do Conselho pela qual se autoriza aos Estados-membros assinar, ratificar ou aderir, no interesse da Comunidade Europeia, ao Protocolo de 2003, op. cit., pág.3.

VI. Conclusões

A competência entre os diferentes regimes nacionais, regionais e internacionais que regulam a contaminação por hidrocarboneto teve como consequência não a desregulação do setor, mas um desenvolvimento progressivo de suas normas e dos mecanismos institucionais de controle. Sob o ponto de vista da melhoria e do cumprimento das normas e de sua efetividade, destaca o regime habilitado pela União Européia que, depois das terríveis experiências das catástrofes do Erika e do Prestige, aposta num reforço no contexto regional das normas internacionais.⁵⁹

Aguardando que a OMI ofereça a seus Estados-membros dispositivos mais ambiciosos e adequados que se manifestaram,⁶⁰ a União Européia decidiu tomar a iniciativa no âmbito europeu com a adoção e a execução acelerada das medidas destinadas a melhorar a segurança marítima, a luta contra a contaminação, a proteção do meio marinho e o controle dos navios pelo Estado do porto, que analisamos e consideramos que terá uma influência determinante no desenvolvimento progressivo desses setores no Direito Internacional do Mar, mas também em sua aplicação e cumprimento.

A normativa comunitária permitirá aplicar antecipadamente os dispositivos mais importantes das convenções internacionais, universais e regionais, “aos navios de todas as bandeiras”⁶¹ que façam escala nos portos ou nas instalações dos Estados-membros; entretanto, a União Européia irá mais além: “quando não exista convênio aplicável, tomarão as medidas que resultem necessárias para garantir que os referidos navios não sejam claramente perigosos para a segurança, a saúde e o meio ambiente”.⁶² E, nesse sentido, a União Européia defende particularmente o reforço das competências de controle do Estado do porto, como instrumento principal para a prevenção dos riscos de contaminação, seguindo uma tendência que já é objeto de discussão no seio da OMI.⁶³

59 O artigo 211.3 relativo à contaminação causada por navios, dispõe que “Os Estados que estabelecerem requisitos especiais para prevenir, reduzir e controlar a contaminação do meio marinho, como condição para que os navios estrangeiros entrem em seus portos ou águas interiores ou façam escala em suas instalações terminais costa afora, darão a devida publicidade a esses requisitos e os comunicarão à organização internacional competente. Quando dois ou mais Estados ribeirinhos estabelecerem esses requisitos de forma idêntica, num esforço para harmonizar sua política sobre essa matéria, o comunicado indicará quais são os Estados que participam desses acordos de cooperação. Todo Estado exigirá do capitão de um navio que hasteie sua bandeira ou esteja matriculado em seu território, quando navegar pelo mar territorial de um Estado participante nesses acordos de cooperação, que comunique, por solicitação desse Estado, se ele se dirige a um Estado da mesma região que participe desses acordos de cooperação e, em caso afirmativo, que informe se seu navio reúne os requisitos de entrada em portos estabelecidos por esse Estado. Este artigo será entendido sem prejuízo do exercício continuado pelo navio de seu direito de passe livre nem da aplicação do parágrafo 2º do artigo 25”.

60 Estas medidas seriam sempre conciliáveis com a Convenção de Montego Bay, visto que o artigo 197 pretende a cooperação regional, na ausência de cooperação no âmbito mundial: “Os Estados cooperam com o plano mundial e, no caso de fracasso, com o plano regional diretamente ou por intermédio das organizações internacionais competentes, para a formulação e elaboração de regras e de normas, assim como de práticas e procedimentos recomendados de caráter internacional compatível com a Convenção, para proteger o meio marinho, considerando-se particularidades regionais”.

61 Artigo 1 da Diretiva 21/95, op. cit.

62 Artigo 3.2 da Diretiva 21/95, op. cit..

63 Ver H. Hoppe: Port State Control – an update on IMO’S work (2000), na Internet <http://www.Imo.org/home.asp>

A União Europeia e uma parte importante de seus Estados-membros sustentam na OMI uma interpretação da Convenção sobre o Direito do Mar que busca um deslocamento de seu centro de gravidade: do Estado de bandeira até o Estado costeiro, para benefício da segurança e de uma maior proteção do meio marinho. E a União Europeia mantém essa interpretação com sua prática, na aplicação da Diretiva 21/95 sobre o controle do Estado do porto. Se essa prática comunitária com dimensão regional não for contestada ou denunciada pelos Estados de bandeira – o silêncio é atualmente sua reação mais freqüente – poderia consolidar-se pela invocação de interesses superiores como garantia da segurança marítima e da proteção e preservação do meio marinho.

Por último, reiterar que, no contexto global, no qual concorrem os regimes autônomos, e no âmbito internacional para a prevenção e reparação da contaminação por hidrocarbonetos, a aplicação do corpo normativo e dos mecanismos de controle e sanção da União Europeia poderá ter como resultado a promoção de uma aproximação das diferentes medidas, não somente no âmbito europeu como também em nível mundial.



Governo dos Riscos

CAPÍTULO 9

**Contribuições para uma crítica da gestão de risco
a partir da experiência uruguaia no caso da
contaminação por chumbo**

Luís Barrios

Contribuições para uma crítica da gestão de risco a partir da experiência uruguaia no caso da contaminação por chumbo

Luís Barrios^{1*}

I. Plumbismo no Uruguai: Antecedentes de uma descoberta inesperada

No final do ano 2000, em Montevideu, um menino de 6 anos foi levado ao médico porque, há algum tempo, mostrava-se “hiperativo” e se queixava de dores nas articulações. Quatro meses antes, outra família vizinha tinha procurado um médico em razão de anemia crônica e dores de cabeça cada vez mais fortes e constantes. A partir de sucessivos exames de sangue, o médico diagnosticou que o menino sofria de *diseritropoiesis*, enfermidade que provoca formação inadequada de glóbulos vermelhos. Insatisfeita com o diagnóstico – visto que revelava a doença, mas não sua origem – a mãe, depois de algumas averiguações pessoais, solicitou que se submetesse a criança a um exame de plumbismo. O resultado indicou 31,2 microgramas por decilitro de sangue. Dada a proximidade das famílias, os pais da primeira criança decidiram submeter seu filho ao mesmo exame, obtendo resultado semelhante: ambos apresentavam chumbo no sangue em porcentagens suficientes para causar as alterações apresentadas.

Após obter opiniões coincidentes de alarme em seu ambiente, os pais de um dos meninos diagnosticados decidiram denunciar o caso ao Centro Municipal 14 da Intendência de Montevideu (IMM), cujo responsável resolveu levar a sério a denúncia sobre o que vinha ocorrendo no distrito comunal e comunicou o fato ao Departamento de Desenvolvimento Ambiental da IMM. Enquanto isso, novos exames e outros tantos diagnósticos indicavam a presença de um foco de contaminação por chumbo nessa região do bairro de La Teja. Algumas análises realizadas a título de amostragem, além de 15 adultos e 25 crianças diagnosticadas por iniciativa particular, levaram as autoridades municipais a circunscrever como área de risco um perímetro que limitava umas 30 quadras, no total. Existe a tendência natural de minimizar a existência de qualquer fenômeno plausível que cause pânico público, e um dos recursos para conseguir isto é delimitar da maneira mais precisa possível “o foco” de qualquer anomalia. Durante mais de um ano as investigações sobre o fenômeno seguiram a orientação oficial e se limitaram à área apontada na qual examinaram solos, veredas, tetos e paredes das casas, assim como estabelecimentos industriais, alguns dos quais foram fechados.

O bairro em questão, La Teja, foi uma localidade tradicional de operários industriais até a década de 1970. Socialmente, sua população se destacou por um grande senso de solidariedade e de desenvolvimento de organizações de assistência mútua e melhoramento de bairro. La Teja de hoje é um testemunho materialmente decadente daquele florescimento. A deterioração de

1 * Professor da Faculdade de Direito de Montevideu – Universidade da República.

seu nível de vida há mais de 30 anos é consequência do fechamento das indústrias, que causou desemprego, do consequente corte da renda familiar e da passagem de muitos para a informalidade de trabalho. Vários assentamentos precários surgiram nesse período, justamente em terrenos que eram ocupados anteriormente pelas fábricas que foram fechadas.

A degradação ambiental da área nunca foi notícia, pois os curtumes já haviam agredido os correços e a região costeira durante décadas. Os frigoríficos e a refinaria de petróleo, as fábricas de tintas, as metalúrgicas, enfim, o pequeno desenvolvimento industrial concentrado naquela área havia proporcionado emprego aos habitantes e construído suas classes sociais. Entretanto, também havia empestado o ambiente. O ar encheu-se de emanações industriais, os correços eram verdes e espessos, os resíduos sólidos se acumulavam em terrenos baldios. A novidade era que agora, além do velho quadro de deterioração ambiental, fora encontrado chumbo no sangue das crianças e dos adultos que moravam em alguns de seus populosos quarteirões.

No dia 17 de fevereiro de 2001 (Imprensa), um artigo jornalístico de circulação nacional apresentava a situação sob o título “Situação não é grave” e informava que os níveis de plumbismo detectados oscilavam entre os 17 e os 26 microgramas, segundo o Centro de Informação e Assessoramento Toxicológico (CIAT) do Hospital das Clínicas, dependência da Universidade da República. Uma das mães, consultada, declarava que tanto o CIAT quanto o hematologista que atendia seu filho garantiam que os valores de chumbo encontrados não justificavam um tratamento, pois indicavam que as pessoas estavam “contaminadas, mas não intoxicadas”. Somente a partir de 30 a 40 microgramas haveria necessidade de tratamento. Entretanto, o CIAT decidiu alertar sobre a situação o Ministério de Organização Territorial, Habitação e Meio Ambiente (MVOTMA), ao Ministério de Saúde Pública – MSP e à IMM. Cada um deles, por sua vez, já tinha informações anteriores do problema. A essa altura, uns seis meses depois de diagnosticado o primeiro caso, as famílias haviam solicitado apoio do MSP, mesmo que fosse apenas para autorizar os exames periódicos, uma vez que cada um deles custava mais ou menos US\$ 50.00.

Somando-se os casos e tornando-se pública a insatisfação dos atingidos pela falta de assistência, a frieza tecnocrática dos primeiros diagnósticos e declarações foi transformando-se em preocupação oficial, traduzida timidamente em medidas que, de certa forma, pretendiam conter o problema e acalmar os protestos, sem encará-lo em sua magnitude e seriedade. Assim, em abril, o Ministério do Trabalho e Assistência Social (MTSS), por intermédio do Instituto Nacional de Alimentação (INDA) e em coordenação com o MSP, anunciou que começaria a fornecer um complemento alimentar rico em ferro e proteínas para cerca de mil pessoas da área atingida, sendo a metade, crianças.

De acordo com o declarado pelo então Ministro da Saúde Pública, “a ingestão de determinado tipo de alimentos neutraliza os efeitos do chumbo e melhora as condições de vida dos cidadãos afetados”. A entrega dos alimentos, inicialmente destinados a umas trinta famílias, se realizaria esporadicamente, isto é, sem a devida continuidade e sem estabelecer relação entre o tamanho dos grupos afetados e o conteúdo da cesta por grupo, o que motivou protestos de rua. (Imprensa, 17.05.01). Três órgãos oficiais da mais alta hierarquia demonstraram sérias dificuldades para

coordenar a iniciativa ministerial, Entretanto, o que o Ministro certamente não imaginava, ao fazer tais declarações, a magnitude do compromisso anunciado. Quatro anos depois, estima-se que existam aproximadamente 10.000 casos de crianças contaminadas até os sete anos de idade e que mais de 600 entre os já diagnosticados têm entre 45 e 70 microgramas de chumbo por decilitro de sangue, ou seja, estão intoxicados.

Inicialmente, o INDA expôs as dificuldades orçamentárias para cumprir o prometido e responsabilizou o Ministério da Economia. Depois, à medida que fomos conhecendo a verdade sobre o número de pessoas contaminadas, compreendemos que a expectativa ministerial de melhorar “as condições de vida dos cidadãos atingidos por meio de um subsídio alimentar era definitivamente impraticável para a burocracia estatal”. Um ano depois, os exames continuaram confirmando a estabilidade do chumbo no sangue dos atingidos e, em alguns casos, o aumento de seu nível. (Imprensa, 12.06.02). Não obstante isso, o subsídio alimentar era sempre bem-vindo quando chegava.

Conscientes de que enfrentavam um desafio que excedia suas modestas possibilidades econômicas, os habitantes da zona atingida começaram a reunir-se periodicamente em suas casas e diante do centro municipal da IMM. As ruas do bairro povoaram-se de cartazes denunciando a situação e pedindo soluções. Suas primeiras gestões em busca de apoio para os exames clínicos e para promover soluções básicas mostraram que era relativamente simples encontrar interlocutores, porém muito difícil obter ações favoráveis. “Há um sentimento generalizado de que, na verdade, ninguém presta atenção neles, embora cheguem ao bairro legiões de médicos, assistentes sociais, autoridades e funcionários de distintos ministérios e imprensa de todo tipo e cor”, comentou um jornalista. (Imprensa, 17.05.01).

Como veremos, a perseverança e a sabedoria dos moradores que se reuniram espontaneamente diante da emergência resultariam no principal agente dinamizador dessa gestão de risco ainda inconclusa, da qual, porém, podemos tirar algumas lições importantes.

I. O dano e sua difusão: acerca da população afetada, o envolvimento dos profissionais da saúde e o critério do relevante

Em 17/02/01, sob o título “Situação não é grave”, tomamos conhecimento das declarações do Dr. Carlos Hughes, responsável pela direção do CIAT do Hospital das Clínicas. Nas mesmas, ele fazia menção aos “casos detectados” que, no entanto, “não chegam a registrar intoxicação e estão bem abaixo dos níveis necessários para que esta ocorra”. Com o mesmo aparente objetivo de tranquilizar a população agitada pelo “foco” inesperado de plumbismo, anunciava-se a chegada de um perito internacional em toxicologia, por solicitação do governo uruguaio à Organização Panamericana de Saúde (OPS), Dr. Carlos Augusto Mello da Silva, para analisar as iniciativas

oficiais e recomendar novas medidas, objetivando controlar o fenômeno. Deprendia-se das informações técnicas oficiais que não existiam danos até o momento e esperava-se que o visitante especialista confirmasse o diagnóstico da situação, dando aval internacional à opinião científica e política nacional.

O núcleo inicial de atingidos compreendia umas 240 famílias. Rodolfo Rincón, nome do primeiro assentamento diagnosticado, passou de uma localidade desconhecida às manchetes da grande imprensa uruguaia. Entretanto, dentro da seriedade e do salutar temor que qualquer contaminação comunitária provoca, a dimensão do “foco” surgia como controlável e circunscrita a uma região em que o risco ambiental não era uma novidade. Segundo os dados que a Direção de Epidemiologia do MSP manipulava, em abril de 2001, apenas 9% dos quase 2000 adultos e crianças examinados apresentavam valores superiores a 10 microgramas, número aceito internacionalmente como tolerável para a saúde humana, “então, até o momento menos de 200 pessoas” eram consideradas afetadas. De forma que, segundo opiniões autorizadas, não havia um sério prejuízo a se lamentar, pois não havia intoxicação nem a quantidade do “foco” era preocupante.

Todavia, certo alarmismo da mídia era inevitável, pois, uma vez instalado o assunto na imprensa, cada novo caso passaria a ser notícia. Isto é, o que antes era real, porém invisível, graças à repercussão social e política passou à hierarquia de relevante. Como destaca Garrido Peña, (1997), “o sistema não separa o verdadeiro do falso no conjunto caótico da informação que brinda o meio ambiente, apenas destaca o relevante, descartando aquilo que considera irrelevante”. Assim, por exemplo, três operários de uma fábrica de baterias, com níveis de 50 microgramas de chumbo no sangue que, antes de fevereiro de 2001, não tinham passado de simples registros de histórias clínicas particulares, converteram-se um ano depois (Imprensa, 17.02.02) em notícia, assim como várias empresas que lançavam os resíduos de chumbo fundido no ambiente próximo aos estabelecimentos da região. Neles muitas crianças brincavam despreocupadamente há décadas.

Recentemente (Imprensa, 13.06.04), a Diretora do Departamento de Saúde Ambiental do MSP lembrou que, quando a intoxicação por chumbo surgiu no debate público, o problema já era conhecido no Uruguai pelos especialistas em toxicologia e saúde ocupacional. No resto do âmbito médico era, segundo ela, “pouco conhecido, mal conhecido ou desconhecido”. Quer dizer que a informação existia no sistema, porém categorizada como doença profissional, situação assumida normalmente. Na mesma entrevista, a Dra. Ponzio reconheceu também que o mundo identificara esse risco há mais de 54 anos. “Este foi um tempo de aprendizagem”, concluiu. Devo afirmar que depois de ter lido várias vezes a entrevista, tentando identificar o tipo de aprendizagem ao qual ela se referiu, penso que, em qualquer hipótese, são aprendizagens difíceis de se admitir para uma funcionária de sua hierarquia. A contribuição sincera da Dra. Ponzio confirma que o sistema de saúde induz a arquivar informação profissionalmente útil em lugares em que se torna apenas parcialmente utilizável. Para recuperá-la, é necessário fazer depois aprendizagens motivadas por estímulos dolorosos. Um marco conceitual adequado à “sociedade de risco” (Beck, 1998) poderia contribuir para a solução desse problema.

Retornemos à seqüência cênica do primeiro semestre de 2001 para resgatar um episódio sobre o qual comentei acima. A sensação de alívio foi reforçada quando, em fins de abril, chegou o esperado perito da OPS que, após uma rápida análise da situação, apresentou seu veredito. Mello da Silva chegava precedido de ótimos antecedentes. Professor de Toxicologia Médica na Universidade de Caxias do Sul, chefe de Emergências do Centro de Informação de Toxicologia de Porto Alegre, assessor da OPS e pediatra. Suas prudentes, porém indubitavelmente valiosas declarações lembravam uma parte do texto de Beck, no qual o autor afirmava:

As ciências da natureza e da técnica se converteram, em que pese conservar exteriormente toda sua objetividade, em uma sucursal da política, da ética, da economia e da jurisprudência com a roupagem dos números...- pois – faz falta um respaldo político-moral fortalecido e garantido institucionalmente para que se possa continuar uma investigação... que deverá assumir e carregar conscientemente o peso das implicações políticas.

Numa longa entrevista publicada em 28.04.01 (Imprensa), o especialista desculpava a falta de preparação dos “organismos atuantes”... “pois nos países latino-americanos geralmente se está preparado para enfrentar focos epidêmicos originados de vírus ou bactérias, porém não se está conscientizado para problemas de origem química”. Ainda que não existissem infra-estruturas adequadas, e num primeiro momento a atuação não tinha enfrentado problemas, era o momento adequado para criar uma estrutura necessária, dada “a consciência que repentinamente se originou” como conseqüência do “incêndio” que as autoridades estavam apagando. À medida que “a fumaça ia-se dissipando,” surgia a oportunidade de tomar medidas drásticas para prevenir novas ocorrências. Isto é, que a contaminação - casos de declarada intoxicação de adultos e crianças, ele já reconhecia como sendo uns 900 diagnósticos - era quase uma circunstância feliz, sendo melhor celebrar do que lamentar.

Em outros trechos mais sombrios do final de suas declarações surgiam as primeiras indicações sobre o que presumidamente ele suspeitava acerca da magnitude do “foco”. Recomendava “legislar imediatamente quanto ao controle das indústrias potencialmente contaminadoras, proibir a utilização do chumbo na fabricação de tintas - muitas delas utilizadas para pintar brinquedos infantis - e acima de tudo, eliminar a presença de chumbo na gasolina, que contribui para a permanência do perigo de contaminação em todos os setores da população.” Para um bom entendedor, estas últimas observações cobravam sua real dimensão dramática quando se estabelecia a conexão com a insistência do especialista em levantar fundos para um estudo epidemiológico em nível nacional. Todos os produtos industriais mencionados eram de consumo maciço e o tinham sido durante décadas. A presunção era clara: o problema transcendia amplamente a dimensão de um “foco” e era necessário considerar sua difusão de norte a sul do país.

Seria necessário acrescentar duas coisas para se ter uma visão mais correta da confusão de supostos dados que, naquele momento, se sobrepunham e que boa parte deles permanecem até então. Quase ao mesmo tempo em que o perito da OPS expunha suas conclusões, representantes da comissão interinstitucional responsável pela gestão do problema reuniram-se com a Comissão

do Meio Ambiente da Câmara dos Deputados que, a pedido das pessoas afetadas, também tinha tomado conhecimento do assunto. Surpreendentemente, na saída da reunião foi informado de que, realizada uma nova amostragem, se confirmara que a quantidade de casos de contaminação detectados ascendia a mais de 1700 pessoas com mais de 10 microgramas, um número quase 80% superior ao que utilizara Mello da Silva. Talvez não se pudesse exigir maior precisão em circunstâncias tão adversas; por isso havia sido prudente esperar que se realizasse o estudo recomendado pelo especialista, em seu diagnóstico. Entretanto, na mesma entrevista já mencionada, dois anos antes, a Dra. Ponzo exigira a realização do estudo que até o dia de hoje não foi feito. A fumaça a que se referiu Mello da Silva demorou demais para dissipar-se.

No período de três anos entre 2001 e 2004, seriam detectados casos de contaminação e intoxicação em muitos bairros de muitas cidades e de muitos territórios do país, bastante distantes entre si. Com certeza, na ausência de dados mais seguros, a informação mais confiável seja a da Comissão Viver sem Chumbo - VSV, cujo coordenador e porta-voz Carlos Pilo garante que atualmente – agosto de 2004 – há umas 10.000 crianças de até 7 anos contaminadas no Uruguai. O risco de viver uma modernidade que não enfrenta com franqueza os problemas ambientais que ocasiona em plena consciência cobrou muitas vítimas silenciosamente. Como se sabe, cada micrograma de chumbo no sangue, depois de um tempo a ser determinado em cada caso, causa a perda de 0,25% da capacidade intelectual do portador. Essa perda é irreversível ainda que se consiga descontaminar o organismo.

II. O risco toxicológico e as fontes da contaminação; reações oficiais

Vejamos inicialmente algumas citações simples e eloqüentes a respeito do impacto toxicológico da contaminação por chumbo no ser humano.

“As manifestações clínicas da intoxicação crônica por chumbo são polimorfas e abarcam praticamente todos os órgãos e sistemas, em particular o sistema hematopoiético, nervoso (central e periférico) e renal. Também podem ser afetados o sistema gastrointestinal e cardíaco. São considerados sintomas habituais: perda de apetite, anemia, mal-estares não-específicos, insônia, cefaléia, irritabilidade, dores musculares e articulares, tremores, paralisia flácida sem anestesia, alucinações e outros distúrbios da percepção, debilidade muscular, gastrite e alterações hepáticas.

Considera-se primordial no tratamento da ILPb – plumbismo – prevenir futuras exposições e isto é exatamente uma das maiores dificuldades no tratamento desses pacientes. A média de tempo fora da exposição laboral deve ser entre 3,4 e 4,4 meses, para valores elevados de chumbo no sangue”.

Piola JC, Ezpeleta DC. Revista de la Sociedad de Medicina Legal de Rosario , Ano 7, nº 7, pág. 2-4. dez. 1998.

“Há vários anos foi reconhecido o problema da intoxicação por chumbo. Quando seus níveis são muito altos, podem levar a danos no funcionamento cerebral com convulsões, perda do conhecimento e outros fenômenos neurológicos sérios. Inclusive, quando não chega a esses patamares tão graves, produz alterações do conhecimento em crianças e adultos.

É necessário levar em conta que as conseqüências da intoxicação plúmbea deixam seqüelas permanentes. Por isso, o fato exige cuidadoso atendimento por parte dos médicos e das autoridades sanitárias.

Assim, na revista médica *New England Journal of Medicine*, de 10 de maio, foi publicado um estudo com 780 crianças de 1 a 3 anos de idade, na cidade de Nova York.

Ficou comprovado que a ação quelante do medicamento, neste caso *succimer*, não alterava as mudanças neuropsicológicas atribuídas ao chumbo, como rebeldia e dificuldade de trato. Entretanto, puderam observar como um aumento de chumbo nos níveis sanguíneos, numa escala de 10 a 20 microgramas por decilitro, se reflete numa diminuição de 2 a 3 pontos no quociente de inteligência das crianças.

Arquivo da Clínica de la Salud Hispana – Dr. Severo Steves MD.

Estas citações, por demais eloqüentes, são encontradas com relativa rapidez e podem ser confirmadas por qualquer especialista que não tenha medo de se ver envolvido em questões que ponham em risco seu cargo ou sua prática profissional. Há afirmações também eloqüentes e ilustrativas como, por exemplo: “No sistema nervoso periférico, de maneira característica é afetado o nervo radial, comprometendo os músculos extensores da mão, fazendo o enfermo com os dedos o sinal de chifres. Depois, toda a mão pende”. Ou então: “O sistema nervoso central das crianças, em pleno amadurecimento, é muito vulnerável e surgem encefalopatias hipertensivas com mortalidade de 10 a 15%”. As citações pertencem ao segundo material apresentado. Embora as crianças sejam vítimas prediletas desse tipo de contaminação pela natural tendência de levar à boca as mãos e assim ingerir pó com chumbo, na história da medicina os adultos têm sido os tratados com assiduidade como enfermos ocupacionais, especialmente se provenientes de empresas que trabalham com chumbo fundido e, em particular, se são pequenos estabelecimentos. Outras tantas conseqüências da síndrome neuropsiquiátrica do plumbismo podem ser: irritabilidade, vômitos, convulsões, coma, paralisia, psicopatias diversas, impotência sexual, frigidez, neurites óticas, etc.

Em 2001 coube à IMM e ao MVOTMA iniciar a busca das fontes contaminantes. Desde o início da década de 1990, o Uruguai conta com um subsistema ambiental específico em nível ministerial e municipal. Em ambos os casos, sua ação se encaixa no contexto conhecido como “Políticas Ambientais Administrativas” (Garrido Peña, op. cit.), caracterizadas por um desempenho que privilegia os cenários próprios do modelo burocrático, processando as demandas ambientais em termos puramente administrativos sancionadores e de controle.

Especialmente no âmbito da direção setorial ministerial (Direção Nacional do Meio Ambiente, DINAMA), o modelo aplicado produziu um conjunto de normas legais (Chabalgoity, 2002) cuja eficácia é governada pela racionalidade típica da matriz burocrática, ou seja, limites orçamentários, disponibilidade e capacidade de pessoal, centralização e coordenação até onde permitem as estruturas constitutivas gerais (Serrano, José Luis, 1997). Em nível municipal, ainda que o Decreto 25.657/92 da Junta Departamental de Montevideu que estabelece os “princípios e objetivos básicos da política ambiental do departamento” (Gadea, Maria, 2003) determine a participação da sociedade civil como imprescindível na “análise, tomada de decisão e acompanhamento” dos temas ambientais, como veremos, a possibilidade de reprogramar o sistema político (Serrano, op. cit.) dificulta grandemente o relacionamento com os setores sociais envolvidos e tende a introduzir motivos de conflito em seus nucleamentos espontâneos.

Tudo ocorreu em meio a pressões e contrapressões de ordem política e em tom de modo geral estrondoso, na medida em que a desinformação e a inexperiência caracterizavam o debate, gerando os mais distintos temores e conflitos. Como diz Beck (op. cit.), os riscos reconhecidos socialmente têm a propriedade de transformar o apolítico em político e assim adquirir um conteúdo explosivo. Muitas chefias podiam presumir sua responsabilidade por não ter previsto o perigo ou, pior ainda, poderia haver implicância direta de suas dependências na disseminação de resíduos de chumbo por todo o país.

A primeira reação foi defensiva e de auto-afirmação. Ao longo de suas respostas, de um modo geral, demonstraram pouco conhecimento do tema, falta de coordenação e muito pouca consideração efetiva pela sorte dos afetados, que certamente cobravam a dimensão de um problema inesperado, mal recebido e, pior ainda, não-orçado. Considerando que a tese que predominou oficialmente durante quase um ano foi a do “foco” de contaminação no bairro montevideano de La Teja, os esforços para localizar a fonte centralizaram-se na análise dos solos do bairro, dentro do perímetro da zona considerada como de risco. Quando se comprovou a contaminação grave dos terrenos, o problema passou a ser a realocação dos afetados. Enquanto se processava o tratamento dessa questão, foi crescendo a convicção de que havia multiplicidade de fontes de contaminação e de que o mal atingia zonas e populações disseminadas por todo o país. Vejamos alguns registros encontrados no acompanhamento jornalístico do caso.

“Levou um certo tempo averiguar que os principais agentes de contaminação eram os terrenos que haviam sido compactados entre 1965 e 1978. Hoje se sabe perfeitamente que há detritos industriais, que há chumbo um ou dois metros abaixo. Existem terrenos que praticamente estão sobre fábricas que fecharam suas portas nas décadas de 1960 e 1970, que foram destruídas, e depois os terrenos foram compactados. Ali, com certeza, existe chumbo; embora se continue trabalhando para verificar os graus de contaminação, são muito altos no local. Um dos assentamentos irregulares, o Rincón, estabeleceu-se ali em 1980, aproximadamente” (trechos de uma entrevista de E. De los Campos, ex-intendente interino de Montevideu, abril de 2001).

Ao mesmo tempo em que a IMM mostrava certeza absoluta quanto à contaminação dos terrenos “o Diretor Nacional do Meio Ambiente Daniel Sztern revelou que, com o apoio da Força

Aérea, será realizado um levantamento exato dos terrenos compactados com terra e chumbo, na região de La Teja, a partir de 1929. A informação foi dada pelo Diretor aos membros da Comissão de Saúde do Senado. Por esse motivo, obteve-se que a Força Aérea apresente todos os dados gráficos dos vôos que foram feitos na região, nos anos 1929, 1941, 1967, 1991 e 2001, com o objetivo de comparar as alterações na configuração da superfície. Sztern esclareceu que com isso vamos poder encerrar o estudo de compactações e constatar se essas regiões compactadas implicam ou não um risco de contaminação por chumbo”.

Além disso, o Diretor parecia conhecer outras fontes de risco industrial dentro e fora de La Teja, razão pela qual a “zona de risco” recebia em suas declarações contorno e extensão indefinidos. Referia-se às fontes com os olhos voltados para o passado, mas com certeza a produção industrial com chumbo, sobretudo de tintas, combustíveis, tubulações e acumuladores de energia, era normal naquele tempo. “O Diretor do Meio Ambiente esclareceu para os legisladores que esse tipo de estudo não se restringirá apenas a La Teja e que nesse sentido “já se desenvolveu uma metodologia com a Direção Nacional de Tecnologia Nuclear para mapear Montevideu e o resto do país, associado a zonas de risco”. Informou ainda que se consideram “zonas de risco” todas aquelas em que houve atividades industriais de fundição, metalurgia, tintas e outras atividades com chumbo” (Imprensa, 24.04.01).

Nos Estados Unidos, em 1970, começou a redução gradual de conteúdo de chumbo na gasolina, proibindo-se definitivamente o acréscimo desse metal em 1992. Em 1978 proíbe-se concentração de chumbo nas tintas >0,06%. Entre 1976 e 1980, 12,8% da população dos Estados Unidos apresentavam plumbismo > ou = a 10 ucg% que se reduziu a 2,2% entre 1991 e 1994, quando foi eliminado o chumbo da gasolina e da tinta.

Os resultados do estudo aerofotogramétrico, entretanto, ainda estão por ser conhecidos, caso presumível num país em que os aviões da Força Aérea, já há um certo tempo, não têm combustível até mesmo para realizar seus vôos de rotina. Além disso, os fatores de risco mais visíveis transcendiam à atividade privada e envolviam diretamente duas empresas públicas. Um consistia nos combustíveis com chumbo, produzidos pela refinaria estatal monopolista (ANCAP), e o outro era a água potável oferecida pelas Obras Sanitárias do Estado (OSE), cuja rede de encanamentos tinha, em sua imensa maioria, conexões de chumbo fabricadas pelo próprio órgão, que comprava o chumbo em lingotes e o derretia para essa finalidade. Não obstante, como primeira reação os órgãos públicos envolvidos tentaram eximir-se da responsabilidade ao mesmo tempo em que lançavam a responsabilidade sobre outros.

O Vice-presidente das Obras Sanitárias do Estado (OSE), embora admitisse que os encanamentos de água potável tinham umas 350.000 conexões de chumbo, descartou a incidência da água na contaminação humana, pois essa água apresentava apenas “5 microgramas de chumbo por decilitro, quando o mínimo tolerável é de 10 microgramas”. Então, conforme sua opinião, a água da empresa pública era de “excelente qualidade e absolutamente confiável”. Entretanto, comprometeu-se a substituir as conexões de chumbo, condicionando essa troca a seu financiamento

mediante “um sistema que incentivará os inadimplentes a saldar suas dívidas, sem as multas e os encargos” (Imprensa – 19.04.01). Com uma fonte de financiamento assim tão incerta, é bem provável que a substituição nunca tenha ocorrido. De fato, tomamos conhecimento de que algumas localidades fizeram isso com seus próprios recursos.

Por sua vez, “o presidente da ANCAP Jorge Sanguinetti ratificou que os estudos realizados em Montevidéu, com relação aos níveis de contaminação por chumbo no sangue, não registraram problemas para a saúde e advertiu que os casos conhecidos de plumbismo estão associados ao contato direto que as pessoas têm mantido com fontes do metal.” Em quase todos os casos de plumbismo que foram encontrados, [...] foi possível estabelecer uma relação causa-efeito. Tratava-se de solos com compactação ou situações de contato direto [...]. Não podemos dizer que existam casos que se originem do consumo de gasolina com chumbo no Uruguai”, garantiu Sanguinetti, diante da Comissão de Meio Ambiente do Senado da República (Imprensa, 25.05.02). Como já vimos, o então Ministro da Saúde Pública havia manifestado, tempos antes, sua disposição de tomar medidas para “mitigar os efeitos do problema”, declarando, porém, seguidamente que as soluções de base não eram responsabilidade de sua pasta”.

O governo federal e as autoridades municipais criaram uma Comissão Interinstitucional (CI) para enfrentar a situação. Graças a denúncias de moradores, ao longo de 2001 a IMM localizou restos de fundição de chumbo descartados em uma quadra do bairro La Teja, onde tinham sido registrados os maiores índices de plumbismo, assim como localizou também três fábricas que emitiam chumbo em níveis não permitidos, duas das quais trabalhavam sem licença. O MTSS e o MSP, ambos integrantes da CI, tomaram medidas complementares no esquema de contenção.

“O MSP resolveu dar apoio àqueles casos que possam ser identificados diretamente como afetados pela contaminação com chumbo, que serão atendidos na policlínica que funcionará no Hospital Pereira Rossell, para ali receber atendimento médico e um complemento alimentar a cargo do INDA. Como já vimos, o ministro entendia que essas medidas adotadas pelo MTSS e pelo MSP objetivavam “mitigar os efeitos do problema”. Entretanto, esclareceu também que as soluções de base, que não são competência de sua(s) pasta(s), estão sendo coordenadas pelo poder executivo, juntamente com a Intendência Municipal de Montevidéu”.

O mesmo artigo, com o subtítulo “PREOCUPAÇÃO”, comentava que “as mesmas autoridades sanitárias indicaram ontem que cada família que tenha crianças com mais de 20 microgramas de chumbo por decilitro de sangue será indicada para tratar o problema no Pereira Rossell, reservando-lhe dia e hora para seu atendimento” (Imprensa – 19.04.01).

A indefinição do universo de afetados, que por sua vez dependia dos exames que a Saúde Pública devia realizar a pedido dos interessados, circunscrevia a eficácia das decisões burocráticas no âmbito declarativo. De fato, alguns conseguiam ser examinados, outros conseguiam chegar a um atendimento mais apropriado e outros obtinham um complemento alimentar, tudo caoticamente gerido e organizado ao acaso. Dois anos depois que a contaminação decidira abandonar sua invisibilidade para gerar comoção na Sociedade de Risco e em seu vulnerável sistema político,

o então titular do MVOTMA, engenheiro Carlos Cat, resumiu a situação em uma longa entrevista radiofônica concedida ao jornalista Alejandro Vaneskahian, em 16.01.03, da qual extraímos alguns trechos. Quando foi realizada essa entrevista, o MVOTMA, centro nervoso do subsistema administrativo ambiental, tinha 13 anos de existência.

Cat – “O meio ambiente é muito importante e, bem, nós o estamos corrigindo, eu diria em assuntos difíceis, em temas novos, e para o qual existem dificuldades de regulamentação, de legislação e também há dificuldades de pessoal. No Ministério da Habitação, a maior parte dos funcionários está no assunto habitação; na direção do Meio Ambiente temos na ordem de 70 (sobre 500 admitidos), e não conseguem... Alguém tem que dedicar mais tempo àqueles setores do Ministério que geram mais problemas neste momento... (A lei) passou, diríamos, a responsabilidade, porém, não passou nem recursos nem material humano... eu penso que nenhum Ministro do Meio Ambiente pode garantir que esteja cumprindo aquilo que gostaria de cumprir, e ainda menos tratar, nem diria cuidar, porém, diria controlar fundamentalmente... Temos em nosso Ministério o que se chama COTAMA, que é a Comissão Técnica Assessora do Meio Ambiente, que está integrada, eu diria, por todos aqueles que tenham competência no assunto: ministérios, intendências, Câmara de Indústria, PIT-CNT, ONGs, todos que tem a ver”.

V – Crê que à medida que vá caminhando e podendo de alguma forma cumprir mais eficazmente seu papel no meio ambiente, vai descobrir coisas que estão prejudicando severamente o meio ambiente uruguaio?

Cat – “É provável, é provável; existem muitas coisas que prejudicam o meio ambiente e que prejudicam o ser humano como contaminações; gravíssimas, assim, eu diria, não existe, porque normalmente se existissem, sempre há alguém que vai denunciá-las, e em função do tipo de denúncias, se é algo que você não pôde detectar, bem, diante de uma denúncia você age...”

(Questionado a respeito do plumbismo) - “Há muita gente que continua vivendo como vivia antes de saber do problema, porque você não pode apertar um botão, por exemplo, e dizer eu os tiro do lugar onde moram todo o pessoal que hoje tem problemas, porque não temos para onde levá-los... No caso de La Teja digamos, houve problemas com o pessoal, sobretudo com as crianças, não é verdade? que são os filhos, os netos, bem, que são os que temos que cuidar mais. Nós, a competência neste assunto de nosso Ministério, está no tema fundamentalmente habitação, com certeza, no assunto meio ambiente também, controlar, ver, analisar as terras, depois é necessário que haja uma ação conjunta... há uma comissão coordenadora, muitas vezes os moradores se queixaram da, eu diria, da ineficiência da comissão; eu penso que não, que estavam enganados, não é que seja ineficiente, é um assunto também que surge novo, não é? E foi necessário coordenar muito bem... agora todo mundo quer saber se o solo está contaminado, e os laboratórios que temos têm uma capacidade limitada de resposta... atuamos em função daquilo que a Saúde Pública nos pede, isto é, aqui existe tal família, tem problemas com os filhos, que têm plumbismo elevado ou pode ter cinco filhos, dois deles com plumbismo muito elevado e os outros têm, porém menos, é preciso retirá-los; os casos mais, mais agudos temos que resolvê-los e temos recorrido a alguma casa que fica vazia, que são muito poucas...”

Para níveis entre 20 e 24 $\mu\text{g}/\text{g}$, número que se confirmará com um segundo controle de plumbismo, a diminuição da exposição ao Pb é o pilar fundamental.

Para as crianças com níveis entre 45 e 69 $\mu\text{g}/\text{g}$, a identificação da fonte contaminante continua sendo prioritária. A administração de um quelante é um coadjuvante no tratamento da criança. Após a administração do mesmo, se a criança volta a ser exposta a uma fonte de Pb, os níveis de plumbismo podem subir a níveis elevados que põem em risco sua vida.

Para níveis maiores ou iguais a 70 $\mu\text{g}/\text{g}$, a criança será internada, pois se trata de uma emergência, existam ou não sintomas clínicos evidentes, requerendo tratamento em terapia intensiva, caso exista encefalopatia saturnina.

Arquivo da Clínica de la Salud Hispana (citado acima). Quadro inserido pelo autor à guisa de comentário.

(continua o Ministro **Cat**) – “... e agora estamos com outro bairro que também aparece com plumbismo, em outra área que, bem, também estamos nisso, estamos esperando que a Intendência nos diga onde será o terreno que vai nos doar” (fim dos trechos da entrevista).

Para além das óbvias dificuldades de conceitualização e de coordenação apresentadas pelas autoridades, existem medidas elementares que podem ser tomadas sem maiores complicações nem reserva orçamentária. Quando, faz uns trinta anos, vários países desenvolvidos encararam sua “cruzada” contra esse tipo de contaminação, primeiro a Suécia, depois os Estados Unidos, foram várias as medidas adotadas, porém sempre um pilar estratégico foi a informação à população a respeito das características do mal e das modalidades de contaminação, a fim de evitar a propagação do dano por meio de atividades potencialmente perigosas, como lixar velhas pinturas em lugares fechados, entre outras coisas. Entretanto, no Uruguai, essa campanha educativa maciça - até onde sabemos - não existe nem em projeto.

III. A ação organizada dos afetados e a gestão burocrática do risco.

Alarme público e esquema de contenção

Como vimos, a notícia de que o “novo” fator de risco, o plumbismo, poderia ocasionar sérios danos irreversíveis à infância uruguaia provocou considerável alarme e incerteza, e por esta razão, entrou na agenda social e política de 2001. A população esperava ações de contenção imediatas que a tranqüilizassem, questão que se tornou evidente através de manifestações de opinião pública

O que mostra o resumo feito é que a burocracia estatal ensaiou um esquema de contenção do alarme, muito mais do que de contenção do risco e do dano, por meio de um conjunto de ações concretas de muito baixa efetividade, acompanhadas de um discurso de auto-afirmação.

Isto é coerente com o que destaca Serrano (op. cit.) acerca das opções de ação ou inação do poder político, quando recebe demandas de atuação. A partir de uma perspectiva sistêmica, o autor afirma que, nesses casos, a decisão “dependerá fundamentalmente do custo de legitimidade que suponha uma ou outra opção”. Ou seja, o objetivo perseguido com a ação seria o reconhecimento a se obter (Habermas, 1974) e não a gratificação que possa derivar de pressupostos éticos de solidariedade ou de cumprimento do dever funcional. Naturalmente, isto abre uma brecha considerável entre a motivação e as metas de um grupo de moradores afetados por um problema de contaminação e a burocracia estatal encarregada de resolvê-lo. Em geral, será muito mais simples e menos oneroso orçamentariamente para a burocracia gerar reconhecimento por meio da manobra inteligente de um discurso publicitário do que agir eficazmente para eliminar a fonte de contaminação, para evitar a provocação de mais dano e para reparar, dentro do possível, aquilo que já ocorreu. Além disso, essa via de ação evitará entrar em conflito com potenciais aderentes implicados na contaminação e permitirá continuar centrando-se em suas tarefas já programadas.

Entretanto, esse curso de ação pode chocar-se com o limite imposto pela ação organizada dos afetados, empenhados em obter soluções e estimulados pela necessidade. É claro que se alguém compara a capacidade de mobilizar recursos de um conjunto de moradores em situação crítica com os do aparato estatal que pretende dinamizá-los em seu favor, a balança é muito desfavorável para os que reivindicam direitos difusos, neste caso de natureza humana e ambiental. Esse conceito de pressupostos teóricos sobre os vínculos entre sistema político, aparato estatal e grupos mobilizados da sociedade civil pode prolongar-se demasiadamente, dada a extensão do presente artigo. Assim, a partir das indicações notadas, veremos e comentaremos o mais relevante da experiência até o momento, no caso que nos ocupa.

Passado o primeiro impacto de opinião, até o final do ano 2001, o plumbismo e suas vítimas foram perdendo espaço na consideração da mídia e, conseqüentemente, na atenção oficial. A situação, entretanto, era cada vez mais preocupante. Em 04.10.01 (Imprensa), o Vice-Presidente – na ocasião Presidente interino – Luis Hierro López revelou que já tinham sido atendidos 6.822 pacientes contaminados, dos quais 5.450 eram crianças e 400 delas eram casos mais críticos, isto é, intoxicados. A maioria dessas análises correspondia aos primeiros meses do ano; entretanto, o tempo e a lógica do sistema político haviam determinado que recentemente, em outubro, tinham sido conhecidos os resultados e isto ocorrera pela boca do Vice-Presidente, durante seu mandato interino, numa coletiva à imprensa. Nos casos extremos, a demora chegou a 14 meses, como o fez saber Carlos Pilo, porta-voz da Organização de Moradores, em declarações à imprensa feitas algum tempo depois (Imprensa, 07.06.02). Para ele, portanto, os moradores já haviam deixado de procurar a CI. Sua percepção sobre a marcha das gestões era obviamente muito distinta da do Vice-Presidente que, nas declarações citadas, elogiou os esforços “coordenados e eficientes” da Comissão, num assunto “que significou aprender uma porção de coisas”.

Por sua vez, os moradores se organizaram para fazer contatos diretos com as distintas dependências institucionais, método que estava dando melhores resultados. Isso significava que haviam assumido a função de centralização das gestões, o que lhes permitia substituir com vantagens a pesada comissão oficial. É sabido que, em nível burocrático, “quanto maior ... a cooperação e o consenso requerido (mais coordenação de dependências para tomar decisões e executá-las), maior a tendência a atrasos, demoras, iniciativas abortadas, normas proliferantes e ineficazes...” (Serrano, op. cit.). Com os exames em mãos, os moradores mostravam preocupação porque os níveis de chumbo no sangue não haviam decrescido, o que já era esperado, uma vez que, depois de ser atendidas, as crianças retornavam ao local contaminado. Entretanto, viam-se estimulados porque, graças aos contatos diretos com a IMM e o MVOTMA, já estava definido o terreno no qual seriam construídas 113 casas para as famílias de afetados e também já se havia adjudicado a obra por licitação. Estávamos, então, em meados de 2002.

A organização dos moradores. Incidência conflitiva do sistema político

Analisar prolixamente o processo de nucleamento dos moradores e sua transformação numa organização social de projeção nacional seria um objetivo justificado e desafiador. Entretanto, por razões de espaço e oportunidade não se fará isso aqui e agora. Apesar disso, comentarei alguns obstáculos superados e alguns fatores de êxito mais óbvios. A organicidade que o grupo adquiriu rapidamente foi em boa parte atribuída à liderança de alguns antigos dirigentes qualificados em grandes lutas sindicais, durante o período do auge industrial da região. O caso mais notório é o do atual presidente da Comissão Viver sem Chumbo, Carlos Pilo, um veterano militante sindical gráfico cuja liderança indiscutível se reafirmara recentemente quando os moradores que ocuparam o primeiro conjunto de casas construído para as vítimas do plumbismo decidiram batizar o complexo com seu nome. Sua habilidade e experiência pesaram graças à perseverança mostrada nos momentos de maior isolamento relativo do grupo por sua insistência em não se alienar no vínculo com as instituições oficiais, graças à busca da presença midiática plural para divulgar a situação, ao tipo de medidas de luta classicamente sindicalistas que impulsionou em determinadas ocasiões, à obtenção de apoio profissional especializado e, sobretudo, graças a seu compromisso ético com os afetados.

O movimento não foi isento de tensões internas por sua composição heterogênea e pela exposição a pressões políticas e tentações patrimoniais. A dialética do sistema político é particularmente difícil de manobrar por qualquer movimento social, porque pretende *limitar* qualquer vinculação a oficialismo/oposição ou a algumas de suas variantes, por exemplo, adesão/deserção ou participação/exclusão. A entrevista realizada em um programa de rádio, em abril de 2001 (citada mais acima), por uma autoridade da IMM ilustra concretamente o problema. A circunstância era particularmente sensível para o sistema político, pois os moradores estavam em greve de fome, numa tenda localizada em um espaço público. Vejamos algumas partes da entrevista.

De Los Campos – IMM – “Os moradores que participam foram eleitos em uma grande assembléia pelos próprios moradores. Esse pessoal que ativou os poderes públicos e trabalha com eles está sendo apossado por outros grupos de moradores. Não estou dizendo que sejam os pais que estão fazendo o jejum, mas aqueles que organizaram algumas coisas. Essas pessoas estão sendo apossadas e ameaçadas para que não trabalhem com os poderes públicos”.

Cotelo – (jornalista) – O senhor acha que estão fazendo política? Estão pedindo que seja declarado Caso de Emergência a região de La Teja, a internação imediata das crianças com níveis acima de 20 microgramas de chumbo por decilitro de sangue, um acompanhamento por escrito das crianças com valores inferiores a este. Exigem a coordenação interinstitucional para facilitar o acesso a quatro refeições diárias para as crianças contaminadas, assim como erradicar as fontes contaminantes, entre outros pontos.

De Los Campos – “Correto, nisto se está trabalhando. Penso que foi muito positiva a reunião da 6ª. feira entre todos os poderes, porque, entre outras coisas, se chega a uma das necessidades básicas que é o assunto dos recursos. No princípio não se sabia qual era o agente contaminante. Muitos moradores falavam da refinaria da ANCAP e do assunto do ar. Eu não disse que eram anarquistas ou trotskistas, disse que são grupos radicais, bem, se eu disse isso, eu retifico, no sentido de que não posso estar individualizando-os, porque não os conheço. Acho que existe uma atitude equivocada que fez vizinhos se enfrentarem. Na 6ª. feira à noite estávamos com os moradores que estão trabalhando desde o início, que têm sido muito críticos em relação às autoridades do Estado e que são os que fizeram coisas e continuam fazendo, moradores eleitos pelos vizinhos desde o começo, e estes estão recebendo ameaças”.

Com o devido e sincero respeito ao entrevistador e ao entrevistado, qualquer análise de discurso baseada unicamente nesses dois inícios de uma longa conversa diante dos microfones mostraria que as intervenções de ambos tentam enquadrar os atores de referência em algum dos pares dicotômicos que comentamos como próprios da dialética política.

Assim também o descrevia um artigo de maio de 2001 (Imprensa, 01.05.01), do qual retirei alguns trechos. Esse artigo rotulava os dois grupos hipotéticos, constituídos muito mais pelo esforço de *outsiders* do que por diferenças entre os próprios afetados.

“Os moderados aceitam a ajuda. Os radicais apelam para a promotoria. Existem duas comissões confrontadas em relação ao tema. Uma delas trabalha junto com o Centro Municipal e a Intendência. A outra protesta e exige tanto das autoridades nacionais quanto das departamentais. A comissão mais combativa, de alguma forma liderada por Clelio Salmantón, há décadas morador na esquina da rua Alaska com Agustín Muñoz, é partidária de adotar uma posição radical. Os moradores também decidiram queimar pneus diante do Centro Municipal para protestar, enquanto a outra comissão distribui folhetos editados pela Intendência. “Uma lástima”, comentou Walter Migliónico, coordenador da Comissão de Saúde do Trabalho e Meio Ambiente do PIT-CNT (Central Sindical Federada Única), enquanto se ouviam as amargas queixas sobre a atuação da comissão pró-intendência. Do outro lado do balcão, as autoridades observam os fatos. Ninguém fala de

problemas ambientais, muito menos de desastre ambiental.

O sistema político e as organizações sociais. Opções da Comissão Viver sem Chumbo

As conquistas, entretanto, foram reforçando a coesão do grupo, ensinando a superar dificuldades e confirmando o acerto de uma seqüência ampla de gestões, assim como o reforço da autonomia funcional para dirigir as ações. A persistência em sua conduta de denúncia e demandas assegurou o ingresso definitivo da voz do grupo de moradores de La Teja na agenda pública do país, a partir de 2001, mesmo depois de passado o momento de maior atenção da mídia.

O movimento de moradores foi encontrando seu caminho de permanência como organização social à medida que compreendeu que o plumbismo não era um problema exclusivo de La Teja nem da cidade de Montevideu, mas de todo o país e, por ter sido discutido por outros países com êxito, existia legitimidade e apoio internacional para repensar a questão em termos de racionalidade ambiental nacional e global. Como veremos no tópico referente às ações legais, essa postura lhes valeu o apoio ativo da Promotoria da Corte e a sensibilização de um “promotor verde” que tomou iniciativas de grande transcendência. Em meados de 2001 já estavam sendo dados os primeiros passos para criar uma associação nacional para combater o plumbismo e apoiar os afetados. No início, a organização conectou-se com moradores de mais duas regiões, nas quais se havia detectado a contaminação: Canelones e Mercedes. Hoje, sua cobertura aspira ser nacional.

Com relação à participação permanente de organizações sociais em organismos burocráticos de conexão, é interessante destacar algo já observado faz duas décadas, na queda das ditaduras militares, quando os “Novos Movimentos Sociais” (cf., por exemplo, Krischke e outros, 1989) conheceram um auge que desembocou imprevistamente em uma desativação abrupta em pouco tempo. A capacidade das organizações sociais de reprogramar as pautas básicas de funcionamento ou as orientações de valor dos atores políticos é muito baixa quando se incorporam a esses órgãos integrados. Ao contrário, seu desempenho sistemático nesses cenários tende a desgastá-las rapidamente e a introduzir em seu seio os conflitos próprios da frustração.

Vinte anos depois, podemos acrescentar que para os atores do sistema político, em compensação, os órgãos, comissões ou plenários com participação social são duplamente rentáveis. Por um lado, os atores da sociedade civil contribuem com quotas de legitimação sistêmica que são exibidas publicamente pela burocracia e diante de organismos de crédito. Por outro, a participação implica – para as organizações sociais – compromissos de abstenção em relação a modalidades de mobilização que as fortalecem e que são freqüentemente eficazes para a conquista de seus objetivos.

A presença de ONGs nesses organismos tem conotações distintas - não é o caso de analisar - mas é importante destacar que essas organizações funcionam atualmente com uma grande especialização temática, embora lhes falte transversalidade mesmo dentro dos temas ambientais, no que se presume que deveria existir a mais estreita vinculação e complementaridade. Em parte, daí que sua ação, por exemplo, na CI ou no MVOTMA não significou um ponto de apoio substantivo para os afetados por plumbismo e o respaldo público das ONGs ambientalistas à ação dos moradores nunca foi notória. Como vimos, a Comissão VSP, em vez de fazer sua experiência de coordenação interinstitucional, optou por constituir-se como centro de gestão e ação, coordenando sua atividade com cada um dos organismos aos quais recorre com requerimentos e propostas. Desta forma, passou na realidade a coordenar a ação dos próprios organismos nos casos de cooperação e pôde modificar várias ações planejadas de acordo com as pautas da intervenção administrativa.

Quando o MVOTMA quis realojar os moradores em pequenos grupos e em pensões, a comissão se opôs com argumentos claros, pois implicava criar vários problemas além dos que eles tentavam solucionar. Quando a Direção da Habitação propôs comprar um terreno para a transferência de moradores, a comissão apresentou uma contraproposta de outro mais barato e melhor localizado. Quando teve que projetar o conjunto residencial, a comissão surpreendeu os técnicos explicando que precisavam de um espaço para os cavalos e suas carroças, pois muitos ganhavam a vida com esses meios de transporte de carga e se encarregaram de elaborar um censo de carroças e cavalos. Quando se tratou de garantir recursos para as obras, mobilizaram-se junto à IMM para materiais de construção e equipamentos, junto ao Parlamento por apoio de lei e junto ao Ministério da Economia por registros e assim, sucessivamente.

Tempos políticos, tempos críticos

Em fins de 2002, o assunto foi retomado com certo vigor na agenda política e pudemos constatar uma renovação, em alguns pontos, radical do discurso oficial: de um lado, modificava a avaliação do risco e as propostas de ação enquanto reiterava como novas algumas das medidas supostamente postas em prática há mais de um ano e meio. Os tempos políticos são parte da racionalidade da política e da burocracia estatal. O que ocorreu no final de 2002 poderia ser erroneamente interpretado como uma “tomada de consciência”, em nível oficial, da situação crítica do ambiente e dos afetados pelo plumbismo. Vejamos alguns textos da imprensa e informações nesses meses.

No final de novembro, a Direção Geral da Saúde do MSP, em documento oficial, reconheceu que os níveis de chumbo na água, admitidos no Uruguai, eram demasiadamente permissivos, sendo necessário aproximá-los daqueles aceitos internacionalmente; que a causa principal dos altos níveis de plumbismo era a utilização de combustíveis com chumbo, e que a ANCAP deveria cessar sua produção; que era preciso estabelecer normas e controles sobre as tintas e os brinquedos que

tinham chumbo, e protocolizou o atendimento aos afetados, segundo o nível do metal no sangue. Além disso, informou que estava fazendo um estudo epidemiológico para detectar a incidência da contaminação por chumbo, representativo de toda a população do país.

Uns dias antes, o Poder Executivo, convencido da gravidade e da amplitude da contaminação, resolveu tomar uma medida extrema: “Diante da extensão do problema, o Poder Executivo acaba de decretar a criação de uma comissão de vigilância e prevenção dos efeitos adversos sobre a saúde humana dos contaminantes químicos ambientais. O grupo buscará assessorar e coordenar a prevenção e a vigilância no assunto. Estará integrado por todas as entidades que têm competência na questão”. Ou seja: à antiga comissão foi superposta uma nova, ampliando no discurso a competência até abarcar toda contaminação química. Como uma não fora possível controlar, então era preciso abarcar todas de uma vez. De fato, ainda que nesse ano tenha havido novos casos de contaminação química ambiental por arsênico, por outros metais e por efluentes gasosos, todos foram tratados pelos respectivos governos municipais.

Como já comentava antes de inserir as citações, alguma coisa ocorria no interior do sistema. Efetivamente, em 03/11/02, a Convenção de um dos partidos integrantes da coalizão governista oficializou sua intenção de abandonar o governo, retirando seus ministros. Vários deles vinham atuando diretamente no caso do plumbismo: o do MVOTMA, o do Trabalho e Previdência Social, o da Educação e Cultura, e o da Indústria e Mineração. O partido do governo começou a atravessar seu período de maior isolamento dentro do sistema político e procurou recuperar a imagem através da mudança do discurso. Apesar de que todos esses acontecimentos careciam de qualquer vinculação provável com a contaminação por chumbo e seus afetados, em 04 de novembro começou a se perceber a mudança. À medida que entrava o novo elenco ministerial, surgiam novidades que, de modo geral, apareciam como críticas às gestões dos ministros anteriores. Nesse contexto, inseriam-se as referentes à gestão do risco ambiental. Uma das intervenções críticas podemos encontrar num artigo a respeito das declarações do novo Ministro da Educação e Cultura, publicadas em 02.05.03 (Imprensa). A autoridade, não obstante a recente criação da megacomissão *catch all* (agarre tudo), tornou a centrar sua preocupação na contaminação por chumbo.

“A falta de uma política oficial de organização territorial nos últimos dois anos para assentar os afetados por plumbismo em locais seguros foi ontem denunciada pelo Ministro da Habitação Saul Irueta. Além disso, advertiu que o risco de plumbismo atinge Montevideú inteira. O ministro informou que serão alugados quartos de pensões para alojar as pessoas temporariamente, enquanto serão concluídas as casas dentro de alguns meses e que serão atendidos dessa forma os casos que o MSP informe. Irueta reforçou que a aplicação de políticas sociais para atender este problema requer uma ‘coordenação territorial’ e acrescentou que não acredita no atendimento de casos isolados porque ‘vão continuar surgindo famílias com plumbismo’”.

Entretanto, tivemos que esperar mais um ano para ver os primeiros resultados concretos que, certamente, não foram consequência da mudança do discurso oficial. Entretanto, o tom acidamente crítico das novas autoridades fortalecia a comissão VSP diante do público, outorgando-lhe razão e legitimidade para exercer maior pressão. A comissão soube aproveitar a inesperada ampliação

de espaço para a qual não havia contribuído, mas que, de todas as formas, a favorecia. Coisas do vínculo tortuoso entre sociedade civil e sociedade política.

A socialização do risco. Tempos e custos de uma aprendizagem incompleta

A aprendizagem, mecanismo típico de qualquer socialização, leva um certo tempo. Entretanto, as aprendizagens da socialização na sociedade de risco consomem um tempo que custa vítimas e danos muitas vezes irreparáveis. No caso da contaminação ambiental, o agente socializador é o próprio risco que, como se torna claro, emerge por maturação da própria natureza dos contaminantes e dá lições.

Essas lições podem ser aproveitadas ou não. A necessidade de informar a população por meio de campanhas sistemáticas a respeito do risco da contaminação química do ambiente não fez escola no Uruguai. Não é que falem argumentos. O Poder Executivo reconheceu explicitamente a existência do risco ao criar sua “comissão de vigilância e prevenção dos efeitos adversos sobre a saúde humana pelos contaminantes químicos ambientais”. Essa comissão, sobre cuja ação nunca nos inteiramos, tal como a primeira, poderia bem assumir a tarefa elementar de informar. Eu me refiro a uma informação sistemática, didática e compreensiva, como já comentei, uma campanha de informação. Todavia, isso nós não aprendemos, apesar das lições do mestre risco e das duas megacomissões formadas. Como eu disse, a aprendizagem leva um certo tempo.

A ciência também aprende e ensina. Isto nunca tem valores absolutos. Os profissionais da ciência, muitas vezes, têm aprendizagens incompletas. As declarações recentes de uma pediatra angustiada pela impotência, diante do avanço inexorável do plumbismo, evidenciam com crueza esse problema. Dizia a profissional: “Quando começou o problema, a intoxicação com chumbo era conhecida no Uruguai pelos especialistas em toxicologia e em saúde ocupacional. No resto do âmbito médico era pouco conhecido, mal conhecido ou desconhecido. Este foi um tempo de aprendizagem” (Ponzo, declarações, 13.06.04).

Na realidade, o “problema” começou bastante tempo antes para todos os intoxicados e contaminados. Começou com o descarte irresponsável de resíduos sólidos contaminantes, continuou com a omissão municipal e a especulação imobiliária inescrupulosa, prolongou-se em situações de marginalização social, complementou-se com uma prática rotineira da medicina que não encontrava questionamentos éticos no trabalho com seus pacientes, vítimas de “insalubridade ocupacional”, contou com a cumplicidade tácita da autoridade do trabalho e depois com a mesma, por parte dos responsáveis dos órgãos de tutela ambiental que tinham já uma década de existência. Por que não acrescentar que implicou pelo menos a ignorância de todos os responsáveis por zelar pelo cumprimento das disposições constitucionais que, desde 1996, incluem a “proteção do

ambiente” (art. 47)? Para cada um dos envolvidos, vítimas e mediadores, o “problema” começou há muito tempo. A diferença para cada um foi determinada pelo lapso em que, em distintas formas e medidas, tardou em denunciar o impacto do risco emergente. Quando isso ocorreu, cada qual se viu forçado a voltar para a escola a fim de prosseguir em sua aprendizagem incompleta.

Por exemplo, um grupo de moradores do bairro montevideano de Peñarol sentiu o impacto em novembro de 2001, quando foram divulgadas as notícias sobre a contaminação em La Teja. O temor em uma sintomatologia atribuída até então a outras causas levou-os a “denunciar diante da Junta de Montevideú e da Promotoria de Corte que uma fábrica de acumuladores havia jogado durante anos toneladas de carcaças de baterias cobertas com ácido de chumbo na vizinhança, conhecida como 25 de Agosto” (Imprensa, 07.06.02).

No momento desse alerta dos moradores, a IMM analisou amostras desses terrenos e encontrou locais que tinham 800 miligramas de chumbo por kg de solo, quando o máximo permitido internacionalmente é de 140 miligramas. As análises de sangue da população apresentaram altos níveis de plumbismo. No interior da fábrica, o terreno continha 9.000 miligramas por kg de solo e os trabalhadores estavam contaminados. Assim foi que tomamos conhecimento do segundo caso notório de alta contaminação por chumbo, numa área montevideana: o 25 de Agosto. Até o momento, foi possível apenas transferir uns poucos afetados com altíssimos índices de plumbismo. A grande maioria continua ali. A fábrica não mudou e continua produzindo.

Mas, além de sua presumidamente nula qualificação no assunto, os moradores desse bairro periférico fizeram sua aprendizagem sobre o perigo do chumbo muito mais rápido do que a burocracia tecnológica estatal. O estímulo foi o que alguém chamou de “efeito chumbo”, em síntese, uma cadeia de reações de medo. Houve comunicação entre eles. Houve difusão ampla e didática do problema. Até denúncia política da qual todos nos beneficiamos. E foi assim que o “25 de Agosto” incorporou-se à crônica do plumbismo. Essa é a modalidade de aprendizagem que criou um certo estado de consciência e de alerta entre a população. Entretanto, a aprendizagem por essa via continua sem saber o imprescindível sobre fontes, vias, danos, sintomas, assistência, tratamento e modos de evitar a contaminação. E o sistema continua omissivo por não divulgar isso. Para uns, são tempos críticos; para outros, ainda não chegou o tempo político ou a consumação da aprendizagem.

Os tempos, o diagnóstico e os “realojamentos”

A brecha entre tempos críticos e tempos políticos manifestou-se com maior intensidade na questão dos realojamentos ou traslados das áreas contaminadas. Este problema continua pendente de solução pois, até o momento, são relativamente poucas as famílias realojadas e tampouco sabemos com uma precisão aceitável quantos devem ser transferidos nem onde se encontram.

Os números que existem são recontagens da identificação de casos “emergentes”, como chamou uma pediatra. Há pouco mais de dois meses (Imprensa, 02.07.04), a Diretora do Departamento de Saúde Ambiental do Ministério da Saúde Pública – MSP expôs a situação nos seguintes termos: “Nestes quatro anos, 600 crianças foram detectadas com altos níveis de chumbo no sangue e as autoridades não sabem quantos mais podem estar afetados, nas centenas de famílias que vivem nos terrenos contaminados”. Um mês antes (Imprensa, 03.06.04), havia reiterado a já conhecida declaração de intenções: “O MSP lançará no próximo semestre o primeiro estudo epidemiológico sobre a população infantil de Montevideú”.

O procedimento assistencial e terapêutico de internação e tratamento não ocorre com detecção mais cedo nem com monitoramento posterior, em caso de alta incidência. Há muitos casos de segunda e terceira internações. O que ocorre entre uma e outra permanência no centro assistencial? Em geral voltam ao lugar de origem e continuam absorvendo chumbo até que a sintomatologia obrigue a uma nova consulta. Há histórias mais dramáticas do que outras em que o valor do tempo crítico torna-se mais evidente pela particular falta de defesa e vulnerabilidade dos expostos ao risco.

Por exemplo: no dia 03.01.04 (Imprensa) publicou-se a notícia a respeito de uma menina de 14 meses que foi internada no Hospital Pereira Rossell, com um elevado nível de chumbo no sangue. “A pequena, que vive no bairro 25 de Agosto, tem atualmente 55 microgramas de chumbo por decilitro de sangue. Trata-se de uma garotinha que estávamos vigiando há bastante tempo: fora feito um teste de plumbismo em agosto e ela tinha por volta de 20 ou mais microgramas. Entretanto, naquela época, ainda não caminhava, ficava nos braços dos adultos e assim que começou a caminhar e a ter contato com o solo, o nível aumentou sensivelmente”, explicou a pediatra. Cento e cinquenta dias podem ser insignificantes se medidos em tempo político e em rotina burocrática. O tempo crítico de exposição ao chumbo para essa curta vida e já altamente comprometida significou 30 microgramas de chumbo adicionais no sangue.

Uma pediatra, que por razões presumíveis “pediu para não ser identificada” (Imprensa, 13.06.04), ao questionar a eficácia de sua estratégia terapêutica, mostrou ter aprendido que a medicina não tem como solucionar os problemas de saúde que se originam em causas sociais: “... quando as crianças surgem com plumbismo próximo aos 45 microgramas, é preciso isolá-las do meio. A única forma que temos é interná-las, colocá-las numa cama de hospital. É horrível; entretanto, se chegam a 70 microgramas, correm risco de vida”. A médica se anima a prognosticar como é a evolução: “o índice de intoxicação vai baixar, voltarão para sua casa no assentamento quando têm menos de 20 microgramas; um tempo depois, voltam a intoxicar-se e retornarão, é quase certo, para o hospital. O que estamos solucionando com isto? Nada, tapando o sol com a peneira, mas é o que se faz”, reflete. Ela garante que a causa desses casos é “muito mais um assunto social do que da saúde”.

O “assunto social” se remetia ao realojamento dos contaminados. Como já vimos, podia não existir um número preciso, mas existia um registro de famílias que urgia transferir. É importante dizer que a população não contava com os recursos para fazer isto por conta própria. Os proprietários

de imóveis com terrenos contaminados não poderiam vendê-los. Os que eram ocupantes precários estavam objetivamente na mesma situação. Além disso, muitos deles nem sequer tinham um trabalho formal. Em 26.07.02, entre o MVOTMA, a IMM e o MSP fizeram o levantamento de cerca de 700 casas que não estavam aptas para serem habitadas, dado o grau de contaminação de seus terrenos. Pela falta de coordenação de esforços, é provável que muito casos se sobrepuerem; mas, para se ater aos números oficiais de contaminados, não poderiam ter sido menos de 400 as famílias a transferir. O certo é que, dois anos depois de ter essa certeza e quatro anos depois de ter iniciado seu trabalho no assunto, o MVOTMA havia conseguido realojar somente “25 famílias cujos filhos estavam severamente afetados pelo plumbismo” (Imprensa, 02.07.04).

Desde 2001, de tanto em tanto tínhamos ouvido promessas e compromissos com data, todos não cumpridos, para proceder ao realojamento. Em 04.10.01 (Imprensa), o Vice-Presidente Luis Hierro informou que no dia 11 de outubro daquele ano seria aberta a licitação para construir 115 casas em La Teja - que seriam construídas em oito meses - para as famílias que estavam em terrenos contaminados. Acrescentou que a IMM estava construindo outras 65 unidades, que ficariam prontas antes do final do ano. No fim daquele ano, somente duas famílias foram transferidas.

Mais de um ano depois das declarações de Hierro (Imprensa, 07.06.02) “começaram as obras para a construção das casas e os moradores se reuniram com autoridades do Ministério da Habitação, no terreno de Nuevo Paris, no qual serão construídas as 113 casas. Bernardino Ayala, Diretor da Habitação, ... admitiu que “há uma defasagem importante, pensávamos terminar nesta época em que estamos começando”.

Quase um ano depois, em 14.04.03 (Imprensa), tomamos conhecimento de que “as promessas feitas tanto pela IMM como pelos ministros da época não se traduziram em ações e as famílias afetadas ainda aguardam soluções. Os terrenos que foram comprados para construir novas casas continuam vazios. As casas para as quais se mudariam os contaminados, entretanto, não foram construídas e mais de 200 famílias continuam vivendo em assentamentos com altos níveis de chumbo... as soluções apresentadas pelas autoridades há um ano já não servem. Os níveis de chumbo no sangue de algumas crianças continuam subindo. Os moradores dos assentamentos de Inlasa, Cañada Victoria e Rodolfo Rincón já perderam todas as esperanças”.

Finalmente, 15 meses depois de ter perdido qualquer esperança, realizou-se a cerimônia de entrega de um complexo de 92 casas, das quais 70 foram entregues a famílias afetadas por plumbismo. O intendente, o ministro e vários funcionários intervenientes no extensíssimo processo destacaram os esforços de coordenação interinstitucional, admitiram que havia ainda muitos casos para serem resolvidos e se comprometeram a perseverar no mesmo caminho. Os agradecidos beneficiários batizaram o complexo com o nome de Carlos Pilo.

Tempos de “virtuosismo burocrático” na urgência crítica

Em março e abril de 2004, ventilou-se publicamente um incidente que talvez possa qualificar-se como a mais alta demonstração de insensibilidade do virtuosismo burocrático. Em 23 de março soubemos pela imprensa escrita, falada e televisiva que as crianças com alto nível de chumbo no sangue aguardavam, há pelo menos oito meses, que o MSP, a Direção Nacional da Alfândega (DNA) e o laboratório Bologne se pusessem de acordo e decidissem se era possível que uma doação de 180 caixas de suplementos alimentares provenientes da Coréia para a policlínica do chumbo do Centro Hospitalar Pereira Rossell chegasse a seu destino.

O suplemento em questão, que ajuda a eliminar o chumbo no sangue, foi inicialmente importado para ser vendido no Uruguai. Para que não incidisse no preço ao consumidor, a firma importadora solicitou isenção tributária, argumentando sobre a natureza do envio e a emergência sanitária que estava destinado a atender. Quando isso lhe foi negado, o laboratório decidiu doar o complemento alimentar. Como ainda nessa hipótese teria que se tributar, solicitou-se novamente a isenção que, finalmente, lhe foi outorgada em 04 de março. Foi então que as caixas foram consideradas “desaparecidas”.

Consultado pela imprensa, o Diretor da Alfândega, visivelmente constrangido, disse (Imprensa, 23.03.04) que à empresa não “convinha” pagar os impostos e por isso decidiu doar o produto. “Estamos esperando que a importadora se apresente para retirar a mercadoria, a fim de entregá-la. Sabemos em que depósito ela está, temos a identificação. A Alfândega não tranca nada”, esclareceu Pérez. Acrescentou que assim que se apresentar o importador, o produto será entregue. “Provavelmente não aceitam a taxa que têm que pagar ao depósito, por todo o período em que as caixas ficaram guardadas”, comentou.

O trâmite e a controvérsia levaram mais de oito meses, período durante o qual foi surpreendente comprovar o zelo funcional com que se aplica a lógica típica do “virtuoso burocrata” (Merton, 1949), ainda que em casos de urgência crítica para a saúde infantil. Outra série de dificuldades ocorreu também dentro do MSP, onde alguém questionou a utilização do complemento alimentar e ordenou uma investigação administrativa. Entretanto, o MSP resolveu aceitar a doação em janeiro, porém o Ministro e o Diretor da Saúde manifestaram seu ceticismo com relação ao estado da doação e disseram que poderia ser destruída, depois de ser inspecionada. Quando se tornou pública a insólita situação, os pais das crianças internadas e a comissão VSP manifestaram mais uma vez seu aborrecimento ante os entraves burocráticos e, finalmente, um juiz da Alfândega decidiu interferir no caso de tão incompreensível “impasse” e ordenou a imediata entrega das caixas à policlínica hospitalar.

IV. Intervenções no conceito da ordem normativa e do sistema jurisdicional

Por meio da Lei 16.137, o Parlamento uruguaio ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança. O artigo 4º da referida Convenção diz que os Estados que a ratificaram adotarão todas as medidas administrativas, legislativas e de outra natureza para efetivar os direitos reconhecidos na Convenção. O artigo 24 diz que os Estados devem adotar medidas adequadas para, entre outras coisas, combater as enfermidades e a desnutrição, levando em conta os perigos e riscos de contaminação do meio ambiente.

Em 1990, foi criado o MVOTMA, como resultado de um reordenamento setorial de pastas com a finalidade de atualizar a estrutura ministerial do Poder Executivo e incluir no primeiro patamar hierárquico a gestão ambiental e a organização do território (Chabalgoity, op. cit.). A partir de então, entre 1994 e 2000, foram aprovadas várias iniciativas de grande importância: a Lei de Avaliação de Impacto Ambiental (1994), o Plano de Reorganização Territorial (1998), a Lei Geral de Proteção do Meio Ambiente (2000) e foi criado por lei o Sistema Nacional de Áreas Protegidas. Além disso, introduziu-se a proteção do meio ambiente como norma constitucional e se ratificou a convenção citada acima. Já existia, segundo o Dr. Plá Rodriguez (2003), uma série de dispositivos que amparavam o trabalhador em sua saúde laboral. Em nível municipal, um decreto da Junta Departamental de Montevideu, de 1992, estabeleceu “os princípios e objetivos básicos da política ambiental do Departamento de Montevideu, seus mecanismos de formulação e aplicação, assim como os principais instrumentos de gestão para a defesa, conservação e melhoria do Meio Ambiente, com a finalidade de melhorar a qualidade de vida da população” (Gadea, op. cit.).

Como vimos, essa abrangente estrutura normativa, à qual se deveria acrescentar, pelo menos, os dispositivos sobre o cuidado da saúde pública, tanto em nível constitucional quanto em relação às incumbências do MSP, e as obrigações assumidas no contexto do Mercosul revelaram a preocupação do estado e do município de Montevideu com os temas ambientais e suas possíveis decorrências. Entretanto, como vimos, essa louvável preocupação, no que se refere ao caso da contaminação por plumbismo, não se traduziu no pleno cumprimento dos dispositivos. Ano após ano, a partir do segundo semestre de 1999, em que surgiram os primeiros casos de pessoas contaminadas, as autoridades reiteraram em suas declarações que o assunto os havia colhido de surpresa. Bem, não foi por falta de indicações legais.

Em 02.08.03 (Imprensa), um matutino de circulação nacional publicou uma enorme lista de dispositivos legais com exemplos de seus respectivos descumprimentos reiterados. Entre eles figurava a atuação oficial no caso do plumbismo. O jornalista criticava o recurso freqüente à aprovação de novas leis para resolver os mais variados problemas. “Entretanto, a aprovação de uma lei”, argumentava, “não garante seu cumprimento, nem mesmo quando é o próprio Estado que deve respeitá-la. Os exemplos abundam”. Intitulou: “Letra morta. Muitas leis existem somente no papel. O próprio Estado não as respeita”.

As primeiras ações começaram em abril de 2001, por meio de um recurso contra a IMM, o MSP e o MVOTMA. Foram iniciadas por doze mães com filhos contaminados, aduzindo omissão por parte dos processados. “A tentativa da juíza Rosina Rossi para chegar a uma conciliação, dizendo que a parte processada se comprometia, em curto espaço de tempo, a proporcionar atendimento médico, reforço alimentar e mudança de residência das crianças afetadas, foi ineficaz, e a ação de apoio seguirá seu curso. (Imprensa, 24.04.01). O artigo jornalístico salientou: “a parte processada argumentou que atuou sempre, fazendo o que era necessário”. Depois de um certo tempo, o recurso migrou para o fórum penal, de onde não saiu.

Em abril de 2001, a comissão de moradores de La Teja solicitou a intervenção do Promotor da Corte Peri Valdez, que assumiu o “papel de mediador entre o Estado e a sociedade”. Com esse objetivo, ele estabeleceu vínculos interinstitucionais com a Habitação, Saúde Pública, a IMM e também com o Comandante-Chefe do Exército, a quem pediu colaboração para limpar as áreas contaminadas. Quando os moradores se retiraram da Comissão de Coordenação oficial, Peri Valdez assumiu de bom grado a representação deles na Comissão Coordenadora (CI).

Enquanto isso, reunia antecedentes sobre empresas implicadas em presumíveis ações de contaminação e remetia aos fiscais com instruções para processá-las. A intervenção de Peri Valdez foi bem-vinda para muitos, porém malvista por outros. No Uruguai, de um modo geral, a Promotoria intervém quando os juízes competentes lhes dão vista, sempre a partir de uma ação iniciada por um demandante. Finalmente, a enérgica e ampla conduta da Promotoria, neste caso, foi abruptamente interrompida por meio de um sumário. O processo foi movido pelo Ministro da Educação, seu superior hierárquico, também parte interveniente na coordenação interinstitucional para o plumbismo. Ainda que a atuação de Peri Valdez, neste caso, não fosse considerada como detonante do sumário, integrou a lista de “abusos de função” aduzidos.

Melhor sorte no âmbito judicial tiveram as iniciativas de outro representante do Ministério Público, o promotor Enrique Viana Reyes, que passou a ser conhecido como o “promotor verde”, no cenário uruguaio. Em junho de 2001, Viana pediu à justiça civil que investigasse várias dezenas de empresas industriais por presumíveis implicações em ações contra o meio ambiente. Solicitou também dados ao MVOTMA e ao MSP sobre suas atuações no caso do plumbismo. O promotor afirmou que atuava dentro de sua competência “em defesa dos interesses difusos que fazem parte da causa pública”. Mas, além da maioria de suas intervenções ter conseqüências de relativa importância, o êxito indiscutível de Viana Reyes foi conseguir que a empresa petrolífera estatal, ANCAP, deixasse de produzir e vender combustíveis com chumbo, a partir de julho de 2004.

Depois de dois anos de atuação, em novembro de 2003 (Imprensa, 07.11.03), o promotor pediu ao juiz que responsabilizasse a ANCAP por “contaminação grave” e que proibisse a produção de combustíveis com chumbo e... “reiterou o requerimento para que, a partir de 31.12.03, seja obrigada a pagar 900 Unidades Reajustáveis por cada dia que, a partir dessa data, demore a cumprir a ordem judicial”. Também afirmou que a ANCAP é “autor mediato do dano ambiental e à saúde pública, uma vez que, produzindo de forma monopólica tais combustíveis com preços inferiores àqueles que não contêm chumbo, está determinando o uso maciço pelos consumidores e

com isso causa a degradação contínua e progressiva do ambiente ecológico e da saúde humana”.

Atendendo a solicitação do promotor Enrique Viana Reyes, no início de dezembro de 2003 (Imprensa, 10.12.03), “o magistrado declarou a ANCAP responsável por omitir o cumprimento do dever de abster-se de realizar atos de contaminação grave ao meio ambiente” e proibiu a empresa de produzir e vender combustíveis com chumbo, a partir do final deste ano. Contestando os argumentos da empresa pública, cujos diretores até o último minuto negaram obstinadamente que tivessem sido omissos em seus deveres de proteção ambiental, o juiz afirmou que “ninguém disse que os combustíveis da ANCAP são os causadores de todo o problema surgido, (mas que) a falta de estudos sérios não é inconveniente para determinar a existência da contaminação que a ANCAP produz, fabricando combustíveis com tetraetilo de chumbo”.

V. Inconclusividades e projeção do caso plumbismo no Uruguai

É preciso ter presente que a contaminação por chumbo é apenas mais uma manifestação da deteriorização ambiental generalizada que existe no Uruguai e que nós contribuimos diariamente para aprofundar, com ações ou omissões como as que vimos. Entretanto, seria um engano pensar que isto reflita no estado coletivo de consciência já estabelecido. Esta é a primeira e a mais importante inconclusividade. A aprendizagem não foi feita.

Por outro lado, no terreno das inconcludências práticas, ficou claro mais uma vez que o risco governa a sociedade e que, quando emerge com manifestações observáveis de dano, expõe a insuficiência conceitual com que se pretende enfrentá-lo. Ela é a responsável pela imprevisibilidade, pela inadequação institucional, pela incompreensão com a qual se trata de reparar o dano, uma vez ocorrido, e pelas resistências que opõem as distintas lógicas sistêmicas às tentativas de ação corretiva e reparadora. Por mais que exista um conceito legal apropriado, desprovidos como estamos de um sistema de alerta assim como de mecanismos de detecção do risco latente, nunca será possível prever a ocorrência do dano e deveremos sempre correr atrás da nova emergência, assumindo a causa das vítimas, justificando-a por tratar-se de um fenômeno “novo” e transferindo a responsabilidade para o coletivo e para a história ou para o comportamento dos indivíduos afetados, conforme as distintas versões.

Não obstante, a revisão deste caso permite alimentar esperanças e afirmar que a lenta aprendizagem em todas as frentes avança. Os sucessos dessa batalha inconclusiva são modestos se pensarmos que o tempo crítico da intoxicação continua correndo inexoravelmente, como risco latente ou como dano irreversível, para milhares de crianças e de adultos uruguaios. Depois da primeira entrega de casas e da interrupção do uso de combustível com chumbo, a organização social Viver sem Chumbo reiterou seu compromisso com os afetados e por um ambiente livre de contaminação química. Contamos com sua ação catalizadora para seguir adiante. Seus recursos

materiais, entretanto, são muito modestos. É óbvio dizer que é necessário obter um relacionamento mais fluido e mais sensível entre atores sociais e políticos, e ao mesmo tempo aprofundar a inserção dos “interesses difusos” no mundo da operação jurídica. A Academia é outra grande omissa. Neste assunto da desproteção ambiental e do dano à saúde, qualquer caminho divergente é uma manifestação de inconclusividade social.

Seria muito bom poder substituir a “imagem do futuro” (Luhmann, 1997) por uma mais estimulante, porém isto deve ser feito sem que se renuncie à necessária observação crítica e à superação do presente. De outra forma, implicaria uma sentença de morte autoconfirmatória, só que com mudança de fachada para distrair a atenção. Parece que as inconclusividades sociais que sofremos são heranças de uma modernidade incompleta. Montamos e aperfeiçoamos nossas instituições “modernas” à maneira de “sistemas funcionais” (Luhmann, op. cit.), com o propósito de que contribuíssem para a coesão social. Entretanto, como nunca conseguimos dotá-las de uma missão comum ou, se conseguimos por um tempo, isto já perdeu o efeito, transformaram-se em unidades autônomas com seus próprios fins e seus próprios critérios de avaliação de eficácia. Para enfrentar os tremendos desafios ambientais e sociais é necessário corrigir esse desvio, completando o processo de sua socialização nos valores de uma missão comum: o bem-estar humano num ambiente sadio.

O caso do plumbismo no Uruguai expõe muitos exemplos da disfunção destacada, mas permite também identificar uma organização social que atua “fora do programa” e, talvez por isso, consegue coordenar o não-coordenável. Consegue, além disso, mesmo sem se propor, comandar uma ação comunicativa nacional que cobre parcialmente a omissão informativa dos organismos especializados e estimula ações individuais como a do promotor Viana, como a da pediatra que retomou o curso de sua aprendizagem incompleta, como a do juiz que ordenou que fossem entregues os complementos alimentares à policlínica. Este pode ser um caminho para melhorar a imagem do futuro.

Referências:

- Beck, Ulrich. “La sociedad del riesgo”, Editorial Paidós, Barcelona, 1998.
- Chabalgoity, Manuel. “La ordenación ambiental del territorio...”, em “Perfil ambiental del Uruguay 2002, pág. 185-194. Editorial Nordan Comunidad, Montevideo, 2002.
- Gadea, María. “Ordenamiento municipal del Medio Ambiente, Gobierno Departamental de Montevideo”, em “Derecho Ambiental”, pág. 91-105. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003.
- Garrido Peña, Francisco. “Las Ecopolíticas” em “Sociedad y Medio Ambiente”, pág; 301-319. Editorial Trotta, (1997), Madrid, 1997.
- Habermas, Jürgen. “Problemas de legitimación en el capitalismo tardío”, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1974. Para o conceito de legitimidade e crise, ver especialmente o Capítulo 1.
- Krischke, Paulo e outros. “Crise política, movimentos sociais e cidadania”, Editora da UFSC, Florianópolis, 1989. Ver especialmente o artigo de Tulio Vigevani, pág. 127-142.
- Luhmann, Niklas, “Observaciones de la modernidad”. Paidós, 1997 (orig. de 1992). Ver especialmente os Capítulos 1 e 3, parte V.
- Merton, Robert. “Teoría y Estructura Sociales”, Fundación de Cultura Económica, México, 1980 (orig. de 1949). Ver especialmente pág. 264 e seguintes.
- Piola JC, Ezpeleta DC. Revista de la Sociedad de Medicina Legal de Rosario, Año 7 - Número 7. pág. 2-4. Dezembro de 1998.
- Plá Rodríguez, Américo. “Derecho de trabajo y medio ambiente”. Em “Derecho Ambiental”, pág. 9-13. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2003.
- Serrano Moreno, José. “Principios filosóficos de la gestión ambiental”, em “Sociedad y Medio Ambiente”, pág. 323-336. Editorial Trotta, (1997), Madrid, 1997.
- Severo Steves DR. Archivo De La Clínica De La Salud Hispana.
- Entrevista de Ernesto De los Campos, ex-intendente interino de Montevideú, 23-04-01, na Rádio *El Espectador*, de Montevideú.
- Diário “El País”, 17-02-01, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 19-04-01, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 28-04-01, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 11-05-01, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 17-05-01, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 04-10-01, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 07-06-02, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 12-06-02, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 17-02-02, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 25-05-02, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 02-05-03, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 02-08-03, seção Notícias nacionais.

- Diário “El País”, 07-11-03, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 10-12-03, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 03-01-04, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 23-03-04, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 03-06-04, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 13-06-04, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 02-07-04, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 04-10-01, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 07-06-02, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 12-06-02, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 17-02-02, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 25-05-02, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 02-05-03, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 02-08-03, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 07-11-03, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 10-12-03, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 03-01-04, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 23-03-04, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 03-06-04, seção Notícias nacionais.
- Diário “El País”, 13-06-04, seção Notícias nacionais.

Diário “El País”, 02-07-04, seção Notícias nacionais.



Governo dos Riscos

Vivemos em uma sociedade de riscos. O conceito de sociedade de classes não é mais suficiente para explicar a sociedade pós-industrial. Os conceitos de modernidade e pós-modernidade também se apresentam insatisfatórios para explicar escolhas, desejos e medos das populações. Com as novas tecnologias, o terrorismo e as mudanças globais, o ser humano e o planeta como um todo são submetidos a riscos, que pretendem governar, mas na maioria das vezes, são governados por eles. A racionalidade científica abandona sua neutralidade, torna-se política e perde seu monopólio de legitimidade para justificar os atos humanos, cedendo espaço para uma racionalidade social, ainda pouco reconhecida pelo Direito. O mundo jurídico tenta acompanhar estas mudanças mas, como sempre, caminha a passos curtos, enquanto as mudanças globais avançam rapidamente. Este livro é a reunião de oito grupos de pesquisa jurídica da América Latina e da Europa que trabalham sobre o tema. A Rede Alfa sobre Governo dos Riscos é um projeto de pesquisa multilateral, financiado pelas instituições de origem dos pesquisadores e pela Comissão Européia, com apoio da Capes, do CNPq e do Cofecub. Trata-se do primeiro livro de uma coleção que se pretende publicar sobre o Governo dos Riscos, e que tem como objetivo aprofundar e despertar os operadores jurídicos para o tema.

Marcelo Dias Varela