

# ESTADO E GESTÃO DO RISCO TECNOLÓGICO

Carla Amado Gomes

*Professora Auxiliar, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa*

*Professora Convidada, Faculdade de Direito, Universidade Nova de Lisboa*

## 1. Gestão do risco tecnológico e “direito à segurança”;

### 2. Gestão do risco tecnológico e soberania do Estado

1. Da mesma forma que a Revolução industrial e os novos riscos sociais relacionados com a protecção dos trabalhadores conduziram à adopção das primeiras políticas que viriam a inspirar a mutação do modelo de Estado – leis sociais de protecção operária de BISMARCK, de 1883 –, a Revolução tecnológica de finais do século XX reformatou o *modus faciendi* estadual na tomada de decisões. Na realidade, não se trata de novas funções, mas de um novo método de abordar uma atribuição imemorial do Estado: a segurança das populações<sup>1</sup>. Esta surge, no entanto, com um âmbito distendido, porque se não resume à segurança física (vida; liberdade), nem à segurança material (qualidade de vida, bem estar), antes avança para domínios como a segurança alimentar (protecção do consumidor) ou identitária (protecção do genoma humano). Quando FRANKLIN ROOSEVELT incluía nas quatro liberdades dos cidadãos a ser alvo de protecção estadual a “freedom from fear”<sup>2</sup>, não imaginava os desafios que tal fórmula poderia colocar.

Gestão do risco tecnológico e gestão do risco social revelam algumas afinidades: têm ambas vocação universal (nenhuma categoria social está, à

1 Neste sentido, Luciano Parejo Alfonso, “El Estado Social administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos”, in RAP, n.º 153, 2000, pp. 217 e segs., 230 e segs.

2 No discurso sobre o Estado da União, em 1942 – cfr. George Katrougalos, “Human rights in the Welfare State”, in JÖR, Band 44, 1996, pp. 137 e segs., 142 (as restantes três eram as freedom of speech, religion and from want).

partida, excluída); como ideias puras, geram um capital político que se alimenta dos temores mais básicos dos cidadãos; em versão extremada, promovem dinâmicas de alienação da liberdade; a sua concretização está limitada pela reserva do financeiramente possível (risco social) e do tecnicamente possível (risco tecnológico). Em contrapartida, a concretização de direitos sociais que afaste do cidadão os fantasmas da ignorância e da necessidade enfrenta um obstáculo traduzido na existência de meios económicos de criação e manutenção das prestações e serviços de assistência – uma vez e enquanto garantida esta, a posição individual de vantagem ganha consistência, exigibilidade. Já no plano da gestão do risco tecnológico, a formulação tem que ser outra: a incerteza que envolve esta tarefa torna impossível a densificação de uma posição de vantagem judicialmente sindicável.

Por outras palavras, concebe-se a existência de um direito ao subsídio de desemprego, ao abono de família, à pensão de aposentação – independentemente da eventual variação dos montantes. Estruturalmente, as prestações em que se consubstancia a posição de vantagem são fáctica e juridicamente conformáveis<sup>3</sup> – só dependem de uma condição de viabilidade financeira. Em contrapartida, não se configura um direito à segurança contra o risco tecnológico que imunize o cidadão contra todo o mal e transforme o Estado num segurador de todos os riscos, reais e imaginários: o Estado protege na medida do cientificamente possível, dos limites do conhecimento humano<sup>4</sup>. A gestão do risco reclama do Estado a promoção de políticas de investigação científica que lhe permitam contar com peritos que o assessorem, na detecção de epidemias, no controlo da qualidade do ar, na neutralização de engenhos explosivos. Impõe-lhe que cultive uma dúvida metódica, mas sem se demitir da decisão – ainda que provisória ou revisível. Porque envolve a salvaguarda de valores de grandeza colectiva e vivencial, a tarefa de gestão do risco repercute-se na esfera jurídica dos cidadãos, investindo-os em deveres de intensidade variável – económica e politicamente falando<sup>5</sup>. O risco tecnológico gera medo na proporção directa de bem-estar: é

3 Para a caracterização da figura do direito subjectivo fundamental, veja-se José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001, pp. 113 e segs.

4 É, afinal, a conclusão que deve retirar-se da jurisprudência do Bundesverfassungsgericht sobre a extensão do direito à vida, que o Estado deve proteger na medida da previsibilidade e gravidade do risco, por um lado, e da natureza e importância dos bens e interesses em jogo, por outro lado – cfr. George Katrougalos, *Human rights...*, cit., pp. 149 e 151. Leia-se também as reflexões de D. Rauschning (“Staatsaufgabe Umweltschutz”, in *VVDStRL* 38, 1980, pp. 167 e segs., p. 172) sobre os perigos de uma concepção totalizante de “direito à protecção de um mínimo existencial ecológico”.

5 Pensamos na imposição de deveres de protecção do ambiente ao industrial, do património cultural



prática e politicamente ineliminável na dimensão residual essencial à afirmação da liberdade numa sociedade democrática e pluralista.

A dupla dimensão, objectivizante, do direito à vida, não deve servir de suporte à configuração de um “direito à segurança” – o preço da neutralização da liberdade individual é demasiado alto (recordem-se os atropelos que as liberdades têm sofrido, na Europa e nos EUA, em nome da segurança interna no pós 11 de Setembro). Afirmação que não invalida a tarefa – partilhada – de redução do risco a mínimos socialmente aceitáveis e a responsabilidade por défice de ponderação de dados científicos suficientemente credíveis para atestar a lesividade de determinados produtos e actividades (v. g., infecção de hemofílicos com sangue contaminado com vírus HIV em transfusões realizadas em hospitais públicos). Mas, em contraponto, afirmação que torna eventualmente questionável a legitimidade de imposição de medidas restritivas – *maxime* proibitivas – de assunção de riscos pessoais, numa atitude de paternalismo bem típica do Estado-providência<sup>6</sup>.

A questão da defesa do indivíduo contra si próprio<sup>7</sup> extrema-se no contexto da protecção contra o risco tecnológico, que motiva alguns a enunciar um pretense “direito à segurança”; o problema desponta, todavia, com a equação de “deveres de protecção do Estado” induzidos da dimensão positiva dos direitos reactivos e ancorados na expressão subjectiva do princípio da dignidade da pessoa humana. Estamos na encruzilhada dos limites do Estado Social na salvaguarda do bem-estar físico e psíquico dos cidadãos. Do ponto de vista da liberdade, a imposição de comportamentos de redução do risco de lesão exclusivamente individual – mesmo de intensidade baixa – constitui uma restrição de direitos fundamentais, porque funcionaliza o direito a um dever de o exercer de uma determinada maneira. Ora, não há “direitos obrigatórios” num Estado de Direito<sup>8</sup>. Numa

---

ao proprietário do bem classificado, que implicam dos sujeitos um esforço económico. Mas interrogamo-nos identicamente sobre a admissibilidade de constituição de deveres de sujeição dos cidadãos, em geral, à videovigilância ou ao rastreio de doenças infecto-contagiosas.

6 Segundo F. Cosentino, as características de uma norma paternalista (cuja qualificação é deixada à “perspicácia do intérprete”) são: tratar-se de uma norma imperativa, da qual decorra uma proibição ou uma obrigação; e estabelecer uma limitação à liberdade de escolha de um indivíduo ou de uma categoria de pessoas, em função do seu interesse e não do interesse colectivo – “Il paternalismo del legislatore nelle norme di limitazione dell’ autonomia dei privati”, in *Quadrimestre – Rivista di Diritto Privato*, 1993, n.º 1, pp. 119 e segs., p. 130.

7 Ressalvados os casos de indivíduos que não têm capacidade de autodeterminação individual (por insuficiência psíquica ou por mero efeito da idade) – situações, segundo F. Cosentino (“Il paternalismo...”, cit., p. 129), de “paternalismo necessário”.

8 Jorge Reis Novais, “Renúncia a direitos fundamentais”, in *Perspectivas Constitucionais*, I, org. de Jorge Miranda, Coimbra, 1996, pp. 263 e segs., pp. 287-288.



sociedade democrática e pluralista, cada pessoa deve ser livre de optar por correr ou não correr riscos (escalar montanhas; ir para a praia nas horas de maior calor; fumar; beber; comer comida “de plástico”), sobretudo se essa atitude decorrer de uma expressão de personalidade (v.g., o exemplo avançado por autores norte-americanos: conduzir moto sem capacete<sup>9</sup>).

“Se o direito do Estado de direito serve para alguma coisa, essa é a de constituir uma espécie de «linha Maginot» contra o «totalitarismo social» disfarçado em providência do Estado”<sup>10</sup>. Todavia, numa matriz de Estado Social (democrático, de Direito), a repercussão de custos sociais na colectividade por condutas “temerárias” pode justificar a imposição de restrições – limitações, não proibições –, desde que assentes em parâmetros de proporcionalidade (v.g., aplicação de multa por condução sem cinto de segurança; imposto sobre o tabaco(?))<sup>11</sup>. O Estado é *democrático* – salvaguarda as escolhas vivenciais da população – mas é também *social* – responsabiliza-se pelo bem-estar das pessoas e por isso, porque os recursos são escassos, deve cuidar para que a incúria de alguns não ponha em causa o acesso dos restantes a prestações básicas. O Estado assegura a liberdade, mas não deve descuidar a igualdade<sup>12</sup>.

*Salvo quando o risco for inequívoco e de consequências graves e imediatas para a saúde ou segurança dos cidadãos* – porque não pode então falar-se em risco residual, uma vez que a sua eclosão é certa e o resultado deve ser evitado –, o Estado deve limitar-se a *educar para a prevenção* de actuações que possam pôr em risco a integridade física e psíquica dos cidadãos<sup>13</sup>, a *advertir para as*

9 A imposição de uso de acessórios de segurança é alvo de grande consenso ao nível das populações dos Estados europeus (cfr. Les européens et la sécurité routière, 1987, s/ local, 1987, pp. 32 e segs.). Pelo contrário, nos Estados Unidos, a introdução dessas obrigações (em 1966, no que toca ao capacete e em 1968 no que concerne ao cinto) foi acompanhada de grande contestação, invocando-se o seu carácter atentatório da liberdade individual e o receio de Big-brotherism (Task form report on safety belt usage laws, US Department of Transportation, s/ local, 1977, p. VIII). L. Tribe dá o exemplo da imposição do uso de capacete a indivíduos que entendem a condução sem aquele acessório como definidora de um estilo de vida, apelando ao exemplo do famoso easy rider dos anos '70, imortalizado por J. Nicholson no filme com o mesmo nome – American Constitutional Law, New York, 1978, pp. 938 e segs.

10 J. J. Gomes Canotilho, Estado de Direito, Lisboa, 1999, p. 37.

11 Cfr. G. Morange, “Réflexions sur la notion de sécurité publique (A propos d’une prescription contestée de la police de la circulation: l’obligation du port de la ceinture de sécurité)”, in Recueil Dalloz, Chronique VII, 1977, pp. 61 e segs., p. 63.

12 Cfr. Ernst Benda, “El Estado Social de Derecho”, in Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Manual de Derecho Constitucional, Madrid, 1996, pp. 487 e segs, 548 e segs.

13 V. g., a medida tomada pelo Governo britânico no sentido de incluir nos currículos escolares do ensino básico uma disciplina de culinária, com vista à educação alimentar para prevenir a obesidade.

*consequências* nocivas de certos comportamentos<sup>14</sup>. Ressalvadas situações de perigo iminente ou risco muito grave e intensamente provável para bens jurídicos fundamentais, nas quais se configura um dever de ingerência ou protecção inequívoco e uma margem de risco residual intolerável, é vedado ao poder público, todavia, sufocar a liberdade da pessoa forçando-a a viver sensata ou saudavelmente – desde que sem prejuízo para terceiros. Citando BENDA, “o modo como o indivíduo deva entender a sua dignidade e as consequências que isso acarrete à sua apresentação e à sua forma de vida é algo que deve estar confiado à sua exclusiva responsabilidade. (...) É legítima a protecção de terceiros ou da colectividade perante exhibições agressivas, incómodas ou perigosas (por exemplo, para os jovens). Mas o importante é essa protecção, não a ideia de que alguém deva ser protegido contra si mesmo ou contra uma concepção duvidosa da sua dignidade”<sup>15</sup>.

A intervenção positiva do Estado, através de medidas legislativas, na esfera de autonomia pessoal do cidadão só se justifica, em nosso entender (e ressalvadas as situações-limite *supra* referidas), com o propósito de salvaguardar valores de interesse colectivo – que podem, no contexto actual de escassez de meios de sustentação do sistema de saúde, de segurança social, de educação, traduzir-se no equilíbrio orçamental. A protecção dos indivíduos contra si próprios é uma violação de tal modo grave da *presunção de liberdade* que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana que só poderá aceitar-se “uma vez provada a *necessidade peremptória* de protecção do núcleo essencial de algum direito fundamental ou de um valor constitucionalmente tutelado”<sup>16</sup>.

2. *A guerra* contra o risco tecnológico é um combate perdido, com algumas vitórias de permeio – porque, com grau de complexidade que a sociedade atingiu, o risco zero é inatingível. No novo palco de hostilidades detectam-se algumas alterações inquietantes relativamente aos tradicionais cenários dos séculos anteriores. Os exércitos são agora de cientistas, a arma é a perda de densidade da lei, o general encarna no poder Executivo. O inimigo: a incerteza.

Não cabe aqui entrar em desenvolvimentos destes pontos – a eles já dedicámos a nossa atenção noutra local<sup>17</sup>. Um breve sumário basta para convocar

---

14 V. g., campanhas de sensibilização para os riscos da exposição solar prolongada em determinadas horas do dia.

15 Ernst Benda, “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, in Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Manual de Derecho Constitucional, Madrid, 1996, pp. 117 e segs., p. 144.

16 A. Ruiz Miguel, “Autonomia individual y derecho a la propia vida (Un análisis filosófico-jurídico)”, in RCEC, n.º 14, 1993, pp. 135 e segs., p. 150.

17 Carla Amado Gomes, Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de



perplexidades e inquietações.

A complexidade da tarefa de gestão do risco – que enfatiza a importância das autoridades com competência autorizativa de actividades potencialmente lesivas – desloca o centro da decisão da função legislativa para a função executiva. Se o Estado Liberal foi sobretudo um legislador, o Estado Social é mormente um administrador<sup>18</sup>, cenário que neutraliza a importância da lei e acentua o relevo da discricionariedade administrativa. A multiplicidade de fins, a convergência de interesses plurifacetados, a necessidade de composição dinâmica do interesse público imprimem porosidade à fórmula legal, justamente no momento em que ela mais demanda precisão e completude como forma de contrabalançar a vastidão de poderes em que investe os seus executores<sup>19</sup>. A perda de determinabilidade agudiza-se com a necessidade de conceder espaços de ponderação da incerteza à Administração, a ponto de já haver quem fale em erosão das formas tradicionais de sustentação da decisão administrativa (TRUTE), ou na necessidade de rever os quadros constitucionais aplicáveis à actividade administrativa, no sentido de reconhecer ao Executivo uma autonomia clara no contexto da gestão do risco (PAREJO ALFONSO; FISHER)<sup>20</sup>.

O legislador – e o administrador – depende cada vez mais de técnicos para inteligir os dados que suportam as decisões em domínios de incerteza. A infiltração no processo legislativo e administrativo de entidades cuja legitimidade democrática é inexistente mas que, com a sua experiência, conformam materialmente o sentido da decisão – inviabilizando posições que levem ao agravamento do risco – transtornam a configuração tradicional das funções do Estado, fazendo emergir um quarto poder (ou quinto, se contarmos com os meios de comunicação social) que mantém refém o decisor político em áreas de extrema sensibilidade, em virtude dos bens jurídicos (vida; integridade física) envolvidos.

Para desestabilizar ainda mais a compreensão tradicional das funções do Estado na gestão dos riscos, cumpre atender à deslocalização do centro de definição dos riscos socialmente toleráveis, em virtude da estreita interligação entre riscos sanitários e alimentares e comércio internacional. Na verdade, a integração na

---

protecção do ambiente, Coimbra, 2007, maxime pp. 423 e segs.

18 Cfr. Jaime Cardenas Gracia, “El Estado del bienestar: reflexiones para un Estado postsocial”, in BMDC, n.º 85, 1996, pp. 97 e segs., p. 102.

19 Conforme sublinha Rogério Soares, a Administração “lança mão do poder impositivo para prestar serviços ao particular, quer ele queira quer não” – Princípio da legalidade e Administração constitutiva, Coimbra, 1982, p. 10.

20 H.-Heinrich Trute, “From past to future risk - from private to public law”, in REDP, 2003/1 - número subordinado ao tema Public Law and Risk, pp. 73 e segs., p. 100; Luciano Parejo Alfonso, “El Estado Social...”, cit., pp. 239-240 e 249; Elisabeth Fisher, “Risk and the challenges for administrative law”, in REDP, 2003/1, pp. 707 e segs., 725 e segs.



União Europeia (bem como a sujeição às regras ditadas pela Organização Mundial do Comércio<sup>21</sup>) obriga os Estados-membros a compagnar-se com normas de natureza comercial – que visam a preservação das condições de concorrência leal entre empresas e a prevenção de atitudes de protecção –, as quais têm incidência directa na esfera dos consumidores (pensamos em casos como a doença das “vacas loucas” ou a comercialização de OGMs). O método de decisão por maioria qualificada – actualmente adoptado na grande maioria das decisões – constitui um instrumento de desapossamento subreptício da capacidade estadual de aceitação ou rejeição de riscos vitais para as populações, só combatível através de medidas excepcionais – mas intrinsecamente provisórias.

Ou seja, o Estado perde o controlo de uma grande parte de riscos vitais para a sua população, no que concerne à sua aceitação. Perde capacidade de definição legislativa dos pressupostos de intervenção das entidades administrativas, sendo forçado a plasticizar a fórmula legal, de molde a não inibir a inarredável missão de gestão da incerteza em domínios cada vez mais vastos. Perde credibilidade perante a população ao entregar a técnicos a tarefa de tornar inteligível o quadro de decisão de gestão do risco – ou utiliza-os como respaldo para a tomada de decisões socialmente delicadas. A tarefa de dinamização de direitos fundamentais em face da necessidade de protecção das populações perante riscos tecnológicos traduz, em larga medida, uma despedida da figura tutelar do Estado (Social) de Direito a que nos habituámos. Independência nacional, separação de poderes, reserva de lei, legitimidade democrática do decisor político – mesmo o controlo da validade das decisões de gestão do risco (que transita para instâncias jurisdicionais internacionais) –, são hoje princípios claramente comprometidos.

A panaceia – ainda que parcial – parece-nos residir no reforço das garantias procedimentais. O que se perde em autonomia decisória, em precisão normativa, tem que recuperar-se em transparência, participação, fundamentação. E também em controlo da plausibilidade da decisão e da adequação e suficiência ponderativa da mesma – sob pena de responsabilização das autoridades por danos decorrentes do défice de ponderação de riscos previsíveis. A necessidade de reconstrução dos pressupostos do princípio da legalidade (*rectius*: juridicidade) administrativa, por mais inconveniente que se revele, está em aberto.

---

21 Sobre o papel determinante da OMC no processo de erosão da soberania dos Estados e da construção de um novo modelo de gestão global assente na “global governance”, Wladimir Brito, “A OMC e a soberania dos Estados”, in *Temas da Integração*, n.º 22, 2006, pp. 5 e segs.

