

El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia,

JOSÉ ESTEVE PARDO

Marcial Pons, Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires, 2009, 204 págs.

1. Introdução

José Esteve Pardo é professor na Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona, onde ensina Direito Administrativo e Direito do Ambiente. Enquanto investigador, José Esteves Pardo desenvolveu estudos em diversas áreas do Direito Público, mas dedicou especial atenção à gestão dos riscos tecnológicos, tendo publicado o livro *Técnica, Riesgo y Derecho* em 1999. Com a obra *El desconcierto del Leviatán* o Autor retoma a reflexão sobre a gestão dos riscos tecnológicos.

2. A mudança de paradigma de investigação científica: fim do paradigma de Galileu

A actividade de investigação científica era inicialmente desenvolvida de acordo com um modelo designado por José Esteve Pardo como paradigma de Galileu. O paradigma de Galileu tem segundo o Autor três características essenciais: (i) o cientista tem conhecimento e domínio absoluto sobre os meios e instrumentos de investigação; (ii) o cientista tem total liberdade de decisão sobre as linhas de investigação e os seus objectivos; e (iii) existe uma separação total entre a investigação científica e a sua aplicação técnica. Este paradigma perdurou durante quatro séculos mas foi substituído por um novo modelo no decurso do século XX: o paradigma da tecnociência. Na verdade, a investigação científica hodierna, pelo menos nos sectores mais avançados, assume novas características: (i) os cientistas não constroem nem são proprietários dos seus instrumentos de investigação; (ii) o cientista não decide sobre as suas linhas de investigação e os seus objectivos; e (iii) existe uma íntima relação entre a investigação científica e a possibilidade de rentabilização ou aproveitamento dos seus resultados. Emerge assim no século XX um novo paradigma em que o cientista já não é orientado pela busca do conhecimento mas antes pela possibilidade de rentabilização dos conhecimentos.

Perante esta nova realidade, José Esteve Pardo alerta para a necessidade de se actuar em dois domínios. Primeiro, é necessário reconfigurar a liberdade de investigação científica concedendo-lhe uma maior protecção. Neste contexto, o Autor oferece como termo de comparação a protecção da liberdade de expressão dos jornalistas. Em ambos os casos estamos perante liberdades que têm não apenas uma dimensão subjectiva mas também uma dimensão objectiva na medida em que a sua protecção não é feita apenas em nome do titular do direito mas também em benefício de toda a comunidade. Assim, José Esteve Pardo considera que o tratamento da liberdade dos investigadores deveria aproximar-se daquele que é dado à liberdade dos jornalistas. Em segundo lugar, é necessário criar mecanismos que promovam efectivamente a investigação científica. Para alcançar este objectivo, o Autor sugere a adopção duma nova postura perante as indústrias: as autorizações administrativas devem ser outorgadas sob condição de a instalação reduzir no futuro, em determinado prazo,

o seu volume de contaminação para níveis fixados também com precisão pela autoridade que concede a autorização. Esta solução seria preferível à de conceder a autorização administrativa sob a condição de se incorporar a melhor tecnologia disponível. Na verdade, no actual paradigma de investigação científica, as linhas e objectivos de investigação são fixados pelas indústrias. Por outro lado, a investigação é orientada pela possibilidade de rentabilização. Assim, a remissão para a melhor tecnologia disponível tem como efeito a entrega à própria indústria da decisão sobre a investigação a realizar, que tenderá obviamente a prosseguir os interesses da indústria e não os da protecção do ambiente. Inversamente, o estabelecimento de metas de redução do volume de contaminação, cujo incumprimento acarreta a caducidade da autorização, compele as indústrias a encontrar tecnologias que reduzam efectivamente o nível de poluição.

3. O poder científico contra o poder político

José Esteve Pardo chama a atenção para o facto da crescente complexidade científica e técnica de algumas matérias levar as instâncias decisoras a recorrer cada vez mais ao auxílio de autoridades científicas. Segundo o Autor, assiste-se actualmente a uma deriva cientifista do Direito. Este fascínio pela Ciência manifesta-se, designadamente, na remissão do Direito para os conceitos (ex.: caudal ecológico, biodiversidade, vegetação autóctone, etc.) e determinações (ex.: melhor tecnologia disponível) da Ciência.

Por outro lado, devem ainda salientar-se os fenómenos da proliferação das normas técnicas e da certificação por entidades privadas. Trata-se de mecanismos através dos quais os promotores de projectos procuram obter “certezas” que a própria Administração e os poderes públicos não podem conceder. O resultado directo deste “mercado de certezas” é a transferência das funções de controlo e decisão da Administração Pública para entidades privadas tendo como único fundamento a legitimidade técnica.

Um terceiro aspecto destacado por José Esteves Pardo é a forma como o princípio da precaução é muitas vezes mobilizado. O Autor considera que para além dos riscos gerados pelas posições de abstenção e bloqueio que promove, o princípio da precaução supõe também a renúncia, por parte do Direito, de modelos de decisão que lhe são próprios, para delegar essas faculdades à Ciência.

A Ciência começa portanto a ocupar espaços de decisão que anteriormente pertenciam ao Direito. Esta invasão do espaço público de decisão pela ciência perturba a tradicional divisão de poderes (legislativo, executivo e judicial). A gravidade desta situação reside sobretudo no facto de as indústrias poderem condicionar a capacidade real de decisão das instâncias políticas através do controlo que exercem sobre as linhas e objectivos de investigação científica. Além disso, as instâncias responsáveis pelas decisões tomadas continuam a ser as autoridades políticas e não as científicas. Finalmente, as instâncias com legitimidade democrática para decidir são as autoridades públicas. Deste modo, é necessário encontrar formas para conter esta expansão do poder científico. É neste sentido que José Esteve Pardo propõe o regresso aos métodos de decisão tradicionalmente utilizados pelo Direito.

4. O regresso do Direito à Literatura

José Esteves Pardo considera que a remissão para a Ciência tem criado mais incerteza do que aquela que pretende resolver. Esta remissão origina, por um lado, a perda de segurança jurídica e, por outro lado, a entrega do poder decisório a instâncias que carecem de legitimidade política. Para além disso, as remissões para a Ciência acarretam uma renúncia a uma das funções próprias do Direito: conferir legitimidade e segurança às decisões das autoridades públicas.

Não é a certeza objectiva que interessa ao Direito. As decisões da Administração Pública não pretendem alcançar uma verdade ontológica mas sim resolver questões colocadas no procedimento que as precede. De facto, é o cumprimento do procedimento e a sua legalidade que conferem legitimidade à decisão e não tanto o seu acerto.

José Esteve Pardo dá como exemplo o que sucede no processo penal. O juiz pode declarar uma pessoa inocente apesar de não existir certeza quanto aos factos. Nesta situação, o que interessa não é saber se a pessoa realizou ou não uma determinada conduta. O que interessa é saber o que ficou provado.

Aliás, o Direito até pode desprezar a verdade material. O Autor refere a este propósito a questão da prova ilícita. Com efeito, podem existir provas de que uma pessoa praticou determinado crime, mas se essa prova for ilícita (ex.: escutas ilegais) o Direito não a terá em consideração.

Assim, o Autor demonstra que o conhecimento não é um valor absoluto para o Direito. O Direito, tal como a Literatura, é uma reinvenção da realidade. O Direito reconstrói e recria a realidade. O Direito deve estabelecer as suas próprias valorações dos bens, valores e interesses que toma em consideração para adoptar uma decisão ou estabelecer uma norma. Os métodos próprios do Direito situam-se por isso mais próximo do campo da Literatura do que do domínio da Ciência. Aliás, não é por acaso que o Autor evoca a metáfora hobbesiana logo no título do livro: *El desconcierto del Leviatán*.

O Direito pode portanto criar as suas próprias certezas e nelas fundamentar as suas decisões. Esta criação de certezas pode opera-se, por exemplo, através de presunções. José Esteve Pardo refere a este propósito o exemplo da presunção de causalidade que recai sobre a instalação cuja actividade seja apropriada à geração do dano produzido, prevista na Directiva 2004/35/CE, de 21 de Abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais.

Outro dos exemplos dados é o da presunção de autoridade em favor de uma determinada instituição científica. Esta presunção visa resolver situações em que existem diversas opiniões no seio da comunidade científica. Contudo, o Autor sublinha que o legislador pode não só determinar a autoridade científica de referência como também proceder à configuração da mesma, designadamente, através da determinação dos seus membros e do estabelecimento do seu modo de funcionamento.

Por fim, o Autor considera que a reconquista do espaço de decisão pública pelo Direito deverá também passar pela criação de uma reserva de decisão parlamentar. Assim, as decisões relativas à saúde colectiva, ao ambiente ou às condições de vida das gerações futuras, por exemplo, devem deixar de ser adoptadas por técnicos com absoluto desconhecimento das instâncias políticas representativas.

5. Responsabilidade em domínios de incerteza científica

José Esteve Pardo começa por afirmar que deve haver responsabilidade sempre que exista capacidade de domínio e decisão. O Autor não aceita por isso a desresponsabilização das entidades que desenvolvem determinadas actividades com fundamento no desincentivo que a mesma causaria ao progresso técnico. Neste contexto, cita o caso da indústria farmacêutica que tem suportado os danos provocados pelos novos medicamentos sem contudo deixar de investir no progresso tecnológico do sector.

Nos casos em que existir incerteza científica quanto à origem dos danos, José Esteve Pardo defende que deve presumir-se que o sujeito causador é o titular da instalação que desenvolve uma actividade adequada a produzi-lo. Esta é, aliás, a solução prevista na *Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental*, de 23 de Outubro, e que já se encontrava consagrada no sistema alemão através *Umwelthaftungsgesetz*, de 10 de Dezembro de 1990,

que por sua vez influenciou em grande medida a Directiva 2004/35/CE, de 21 de Abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais. Em reacção a esta solução, viria a prever-se depois no ordenamento jurídico alemão a possibilidade de as indústrias afastarem esta presunção através da sujeição a sistemas reconhecidos de gestão ambiental e eco-auditoria.

Todavia, José Esteve Pardo acaba por afirmar que não existe um tipo de decisão em domínios de incerteza que assegure a neutralidade ou inocuidade da decisão. E conclui a obra declarando que provavelmente a responsabilidade civil não é adequada para enquadrar os casos de responsabilidade pelas decisões adoptadas em domínios de incerteza científica, e que nem o processo judicial característico da responsabilidade parece a melhor via para resolver estes conflitos. O Autor sugere portanto a necessidade de criar uma nova responsabilidade.

6. Síntese conclusiva

José Esteve Pardo inicia a sua obra com a descrição de uma visita que Hobbes teria realizado a Galileu com o provável intuito de lhe expor os seus estudos sobre direito natural e teoria política. Este encontro serve de metáfora para ilustrar o fascínio que o Direito ainda hoje mantém pela Ciência.

Todavia, o paradigma de investigação científica foi radicalmente alterado. Actualmente, os investimentos e a tecnologia exigidos, pelo menos nos sectores mais avançados de investigação, fazem com que os cientistas estejam condicionados pelas linhas e objectivos de investigação fixados pelas indústrias que a financiam. A investigação científica está portanto orientada para a rentabilização dos resultados e não para a busca do conhecimento em si.

Considerando que nos domínios em que o Direito remete para a Ciência, “a investigação decide sobre o que há-de decidir o poder político”, como afirma José Esteve Pardo, então não podem continuar a passar-se cheques em branco à Ciência, pois isso significa atribuir às indústrias o poder de decidir aquilo sobre o que há-de decidir o poder político.

Compreende-se assim que José Esteve Pardo preconize a necessidade de o Direito voltar a utilizar os seus próprios métodos nos domínios de incerteza científica. Essa é a única forma de garantir que o governo é *of the people, by the people, for the people*, e não das indústrias, pelas indústrias, e para o lucro das indústrias.

Finalmente, depois de considerar que as autoridades públicas devem ser responsabilizadas sempre que existir capacidade de domínio e de decisão, José Esteve Pardo conclui que se justifica a criação duma nova responsabilidade por decisões em domínios de incerteza científica em virtude da desadequação dos moldes em que a mesma se opera actualmente.

Márcio Albuquerque Nobre

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra