



# O princípio da precaução e sua aplicação no direito do consumidor: dever de informação<sup>1</sup>

## *The precautionary principle and its applicability in consumer law: a duty to inform*

IVAR ALBERTO MARTINS HARTMANN

Mestre em Direito pela PUCRS e pela Harvard Law School. Professor de Graduação e Pós-Graduação.

**RESUMO:** O presente estudo traça algumas linhas gerais do princípio da precaução, conforme sua construção e desenvolvimento no direito ambiental brasileiro, comparado e internacional com o intuito de tratar da aplicação de tal instituto em sede de direito do consumidor. É focado o direito à informação e o dever do fornecedor decorrente do respeito ao princípio da precaução, utilizando-se a título de exemplo o caso dos Organismos Geneticamente Modificados.

**Palavras-chave:** Precaução; Informação; Consumidor; OGM.

**ABSTRACT:** This study presents a general outline of the precautionary principle, such as it has been conceived and developed in Brazilian, compared and international environmental law. The goal is to discuss the applicability of the principle in the field of consumer law. The focus is on the right to information, as well as the supplier's duty to inform which results from the precautionary principle. The case of GMO's is used as an example.

**Keywords:** Precautionary Principle; Right to Information; Consumer Law; GMO's.

## 1 INTRODUÇÃO

Em tempos de franca intensificação do debate global sobre a evolução da degradação ambiental, é natural que o Direito transparea tal situação através da ascendência do direito ambiental ao status de disciplina independente e, provavelmente no porvir, quase tão centralizadora e importante quanto o direito constitucional o é hoje. De fato, é fácil perceber o destaque dos estudos realizados nesta seara nos últimos anos, primeiramente na doutrina alienígena e mais tarde no Brasil. Na Alemanha inúmeros aportes doutrinários, iniciados já na década de oitenta do século passado, sugerem um novo tipo de Estado ou, no mínimo, em uma nova conformação do mesmo Estado de Direito, que permita o nível adequado de proteção ambiental. O termo mais comum é “Estado Ambiental (Umweltstaat)”,<sup>2</sup> cunhado por Michael Klöpfer, porém discorre-se também sobre um “Estado Constitucional Ecológico”<sup>3</sup>, sendo inclusive pregado que a mudança necessária não é apenas do Estado, mas da sociedade mesma, em direção ao ecocentrismo.<sup>4</sup>

A despeito da óbvia contribuição de tais desenvolvimentos para o despertar de uma nova

racionalidade, a contrapor-se à antropocentrismo, e da possibilidade de se vislumbrar um futuro onde realmente exista proteção ambiental efetiva, entendemos que resulta como consequência das mais salutares a interligação das doutrinas de tutela ambiental com aquelas de tutela dos direitos humanos e fundamentais. Tal diálogo felizmente permite em larga medida o aproveitamento de marcos teóricos, desenvolvimentos doutrinários, princípios reconhecidos e sistemas de proteção.<sup>5</sup>

Este ensaio jurídico pretende contribuir com esse diálogo, visando a abordagem do princípio da precaução, largamente difundido e lapidado na seara ambiental, sob o enfoque de sua aplicação no campo do direito consumerista, para incrementar a efetividade do direito fundamental à proteção do consumidor. Destarte, objetivamos apresentar referido princípio conforme sua evolução no direito ambiental, suas características principais, além da análise de algumas críticas centrais à sua aplicação. Com foco na questão do direito à informação, passaremos então à tratar da contribuição do instituto para a tutela do consumidor, demonstrando de que maneira isso se dá e as principais consequências decorrentes dessa empreitada. A título

de exemplo, e jamais com o intuito de dar por resolvida a questão, abordaremos as parciais conclusões a partir do caso da comercialização em nosso país de produtos contendo Organismos Geneticamente Modificados, ou OGMs.

Assim, em um primeiro momento, apresentando o princípio da precaução no terreno onde comumente é utilizado, pretendemos demonstrar sua inegável utilidade e seus – por vezes contestados – méritos. A partir daí, daremos nossa resposta à pergunta nuclear: o Código de Defesa do Consumidor alberga o princípio da precaução? A exposição de algumas questões relacionadas à temática dos OGMs não tem por objeto a exaustividade e não deve ser compreendida com a questão central deste estudo: servirá apenas para ilustrar aquilo que será desenvolvido ao longo do trabalho.

Ainda, antevendo uma possível incerteza quanto a temática sobre a qual se propõe discorrer, incerteza essa muitas vezes incentivada pela fundamental transdisciplinariedade que é marca de quase todos os bons estudos empreendidos no Direito atualmente, alertamos que o uso de institutos do direito ambiental visa apenas, conforme já referido, aproveitar-se de seus méritos e seu desenvolvimento histórico, afim de torná-los uma contribuição para a sedimentação do princípio da precaução em sede de direito do consumidor.

## 2 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Apesar de sensata associação da precaução com a prudência aristotélica,<sup>6</sup> entendemos ser o instituto, na sua forma mais desenvolvida, criação do direito ambiental alemão, sendo trabalhada inicialmente com ênfase na área da regulação da emissão de poluição na Alemanha Ocidental, sob a denominação de *Vorsorgeprinzip*. A medida era empregada então visando coibir a ação dos poluentes sobre a cobertura arbórea do território tedesco,<sup>7</sup> porém tinha também aplicação em outras áreas do direito ambiental. Sua positivação naquele país deu-se no início dos anos oitenta do século passado, muito embora o instituto já houvesse sido gestado desde a década seguinte. Ademais, é na Alemanha que encontramos a mais profunda discussão política e doutrinária do princípio da precaução.<sup>8</sup> Em síntese, o que se pretende com o uso de um princípio da precaução é obstar a requisição de certeza científica para empreender ações voltadas para a preservação ambiental. Ou, como bem colocou Olivier Godard: “o princípio manifesta a busca de uma nova atitude, mais seletiva e menos ingênua, em relação à ciência e a técnica, sem contudo desandar no obscurantismo anticientífico”.<sup>9</sup>

Fruto de uma preocupação preservacionista, a precaução foi então difundida pelos germânicos na política comunitária europeia, com o intuito de alcançar um padrão em termos de regulamentação protetiva nos demais países vizinhos, evitando assim a concorrência econômica desleal ocasionada pela adoção isolada por parte da Alemanha de legislação ambiental restritiva da livre iniciativa e livre comércio.<sup>10</sup> Enquanto os alemães percebiam como proveitosa a alocação de sua economia sobre uma base tecnológica e limpa, refletindo aí tendência presente desde o fim da segunda guerra mundial, os britânicos ainda pugnavam pela filosofia da absorção e equalização: todos os recursos dispendidos autorrenovariam-se, todos os dejetos e poluição lançados sobre a crosta e atmosfera terrestre seriam sempre absorvidos pelo gigantesco ecossistema, que terminaria por balancear todas as atividades, garantindo a continuidade do padrão produtivo e social do século XX.<sup>11</sup> Da mesma maneira, a ideia alemã de precaução representa a passagem de um sistema de preservação ambiental repressivo para um proativo, preventivo, que se antecede à ocorrência de danos.<sup>12</sup> Essa alteração do paradigma da proteção estatal não se limitou à questão ambiental, abarcando, em muitas discussões, o próprio Estado e sua função precípua. O avanço da tecnologia e o surgimento de diversos novos perigos fazem com que se fale em um “Estado Preventivo”. Isso ocorre especialmente em momentos históricos durante os quais a balança da relação intrínseca entre “segurança” e “liberdade”<sup>13</sup> passa a pesar mais para o lado da primeira.<sup>14</sup>

Analisando a precaução à luz de outro princípio fundamental do direito ambiental, o desenvolvimento sustentável, Eckard Rehbinder mostra que, embora ambos tenham o mesmo objetivo, sendo inclusive autocomplementares, o desenvolvimento sustentável reflete maior zelo pelos recursos naturais e sua escassez, enquanto a precaução, a seu turno, enriquece o primeiro, pois suplementa a noção protetiva.<sup>15</sup>

A noção de precaução diz com uma espécie de ação antecipada, consciente de possibilidade futura de ocorrência de danos irreversíveis. Mesmo que a distinção entre a prevenção e a precaução não seja explicitada unanimemente pela doutrina e jurisprudência, entendemos prática e didática, motivo pelo qual a destacamos. No entender, entre outros, de Juarez Freitas,<sup>16</sup> a prevenção é a ação que visa evitar um dano ou coibir um risco que afigura-se certo ou confirmado. De maneira geral a prevenção impõe-se a curto prazo diante de alto grau de segurança por parte da ciência ao afirmar a possibilidade de um dano ao meio ambiente ou à saúde dos indivíduos (vale notar que dano ao meio ambiente acarreta sempre,

mesmo que indiretamente, consequências nocivas aos humanos). Exemplo de agir preventivo seria aquele que baseia a restrição pública ao consumo do cigarro. Lidamos com precaução, por outro lado, em termos de longo e longuíssimo prazo, ao depararmos com uma possibilidade incerta de dano. Aqui vislumbramos um risco que a ciência não consegue – e nem poderia, como veremos mais adiante – compreender de todo, não tendo condições de confirmar sua existência.<sup>17</sup> Mais adiante aprofundaremos a análise da espécie de risco que baliza a adoção de precaução.

Seguindo com um brevíssimo histórico da positivação do princípio, vemos que no cenário do direito internacional, atribui-se à Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada durante a Conferência de 1992 no Rio de Janeiro, a qualidade de documento global precursor da positivação do princípio da precaução. Evidentemente, houve outros documentos a nível supranacional a tratar da precaução expressamente, tanto antes quanto depois de 1992. Contudo, julgamos adequado apontar a Convenção como símbolo do reconhecimento e difusão mundial da noção de precaução, pelo que passaremos logo mais a dissecar os elementos do instituto a partir do texto implementado por esta.<sup>18</sup>

Antes, contudo, imprescindível esclarecer a posição do princípio da precaução no ordenamento pátrio. Embora alguns sustentem que a Constituição de 1988, mormente em seus dispositivos de matéria ambiental, implicitamente consagrou a precaução<sup>19</sup> – entendimento, inclusive, o qual esposamos –, tal instituto só veio a ser explicitamente declarado pela nova lei de biossegurança (11.105 de 2005), em seu artigo 1º<sup>20</sup>. Visto ser nossa intenção nesse momento meramente estabelecer o marco legislativo do princípio no Brasil, não adentraremos, por ora, a questão de seu âmbito e forma de aplicação, sendo tais considerações tecidas mais adiante.

Lê-se o princípio 15 da Declaração sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”<sup>21</sup>

Têm demonstrado a doutrina que o princípio da precaução, a despeito de amplamente difundido, peca pela abstração.<sup>22</sup> Diz-se com frequência que não há como precisar com alguma segurança o que seria a “ameaça de danos sérios ou irreversíveis”; que não há como determinar o que é “certeza científica”; que

é difícil de definir o conteúdo de “medidas eficazes e economicamente viáveis”. Justamente porque pleitearemos, em momento seguinte, demonstrar a aplicabilidade do princípio da precaução no direito do consumidor, temos por meta previamente colocar alguns argumentos a favor do reconhecimento de uma dimensão dogmática da precaução, nunca esquecendo seu amplo desdobramento e larga discussão no âmbito da filosofia.<sup>23</sup>

## 2.1 Certeza científica

Cass Sunstein, ao realizar competente e elaborada crítica ao princípio, afirma que ou o entendemos como uma regra geral de direito, abstrata e sem consequências mais concretas – no que seria então não-objetável, ou o compreendemos como uma regra de abstenção fortalecida pela histeria causada por medos coletivos e irracionais. O constitucionalista norte-americano passa daí a tecer suas críticas a essa segunda versão. Nesse sentido, questiona a pressuposição de que a natureza segue um curso pacífico e regular, sendo absolutamente necessário proibir qualquer ação que signifique ingerência do homem sobre o ecossistema, antes do alcance de certeza científica da ausência de riscos.<sup>24</sup> Embora tal posição extremista tenha realmente adeptos, por vezes até na doutrina, e inclusive com paladino famoso, o Green Peace,<sup>25</sup> temos que o apelo à uma noção de segurança proporcionada pela ciência é infundado e prejudicial ao conceito de uma efetiva precaução. A mais abalizada doutrina inclusive difere de Sunstein, atribuindo a questão da certeza científica elemento secundário e certamente não definitivo do princípio da precaução.<sup>26</sup>

Mas Sunstein certamente não está sozinho ao identificar um continuum de diferentes noções de precaução, conforme a importância e o peso que se dá à certeza científica e a preservação ambiental.<sup>27</sup> Uma concepção forte de precaução, como vimos, busca identificar qualquer ação do homem com impacto sobre a natureza como potencialmente lesiva, devendo ser apresentada garantia de que tal ação não será nociva, antes de sua devida autorização. A precaução requisitória, assim, no entender de alguma doutrina, a inversão do ônus da prova. Tratando de avançar além do campo da teoria: Segundo esse entendimento, uma determinada empresa, para obter a autorização de comercialização de uma semente transgênica de sua criação, seria obrigada a provar às autoridades, além de qualquer dúvida, que tal semente não apresentasse qualquer risco para o ambiente ou para a humanidade.<sup>28</sup>

Ora, o jurista mais simplório logo percebe que essa construção é desproporcional. Mas veja bem, não advogaremos aqui a preponderância in abstracto

da liberdade de iniciativa econômica e da livre concorrência. Sequer trataremos da questão sob o prisma da obrigatoriedade de garantir alimentação aos mais necessitados – alimentação esta que seria obtida a um custo mais baixo caso desconsiderássemos todo o sistema de tutela do ambiente e da saúde humana. A crítica à compreensão forte da precaução, que a julga uma regra, e não tanto um princípio, situa-se no questionamento do dogma da “certeza científica”.

Ora, não existe certeza científica, pura e simplesmente. Os tempos atuais (e provavelmente também os do porvir) são marcados pela forte acentuação da natural evolução do pensamento científico. Se em tempos cartesianos a relativa estabilidade do nível de conhecimento da humanidade permitia uma sensação de certeza e segurança em relação a alguns parâmetros, a ponto de associar “ciência” com “certeza”, hoje não mais temos esse luxo. Já no início do século passado, quando a velocidade do desenvolvimento das ciências exatas e biológicas ainda não havia chegado ao patamar atual, a “certeza científica” colhia suas primeiras vítimas. Logo da descoberta da radioatividade, por Marie Curie, havia certeza das propriedades luminógenas dos materiais radioativos: limpadores de chaminé britânicos passaram a usá-los para cobrir os ponteiros de relógios de igrejas e torres, para que estes brilhassem à noite. Como os ingênuos trabalhadores utilizavam a língua para afinar a ponta dos pincéis, em alguns anos pereceram de câncer. Assim, a comprovação, sob a designação “certeza científica”, que uma reversão do ônus da prova tornaria imprescindível, é impossível.<sup>29</sup> O que se pode é trabalhar com níveis diversos de provas científicas,<sup>30</sup> e, logo, níveis diversos também de riscos. De antemão já percebe-se que estamos em campo preponderantemente principiológico, sendo contraproducente trabalhar com uma regra de precaução.

É deveras interessante que o uso do princípio da precaução buscava de início apontar precisamente a inconveniência de trabalhar com parâmetros de certeza científica. Diz o texto da Declaração do Rio: a certeza científica de um dano ou risco não pode ser fator considerado indispensável para a ação no sentido de medidas protetivas. Isso porque, como tentamos asseverar, não há como trabalhar com essa noção de falsa segurança. Após o fortalecimento do instituto, não tardaram a surgir vozes que, extraindo do mandado de precaução conclusão similar aquela do Green Peace, requisitam uma certeza científica, agora da ausência de dano ou risco.<sup>31</sup> É a lógica explicitada no exemplo da semente transgênica. Embora concordemos com Paulo Affonso na aplicação de uma *rule of thumb*: *in dubio pro natura*<sup>32</sup> – e demonstraremos que deve-se ir mais

além: na dúvida é imperiosa a adoção da posição mais segura possível para a saúde do consumidor –, não vislumbramos uma simplicidade tamanha da aplicação da precaução que a transforme em uma obrigação de fim: provar sem sombra de dúvida que determinada prática ou produto jamais causará qualquer efeito adverso. A função da precaução não é fornecer ou requerer garantia de ausência de riscos, mas sim trabalhar para diminuí-los.<sup>33</sup>

## 2.2 O risco

Em relatório manufaturado para o Primeiro Ministro Francês em 1999, Philippe Kourilsky e Geneviève Viney descreveram duas espécies de risco: o risco plausível, que a princípio apenas obriga à pesquisa, e o risco estabelecido, cuja avaliação feita pelos cientistas justifica um alerta e reforça tal obrigação de pesquisa, abrindo então espaço para a tomada de decisão. É elementar que não é qualquer risco que justifica a aplicação de uma versão forte da precaução. Estamos, afinal, em uma “era dos riscos”. Conforme Ulrich Becker, a percepção dos riscos varia conforme padrões de tolerância social, que variam historicamente, e, por vezes, até diariamente.<sup>34</sup> Godard aponta a realidade por trás dos testes laboratoriais que são exigidos das empresas farmacêuticas antes da comercialização de suas drogas: não se trata de verificar a inexistência de risco, mas apenas de constatar um grau de risco aceitável.<sup>35</sup> Ocorre que sempre haverá um risco residual.<sup>36</sup>

A percepção humana do risco é questão que certamente merece, por si só, estudo aprofundado. Não sendo nosso intuito nem nossa possibilidade especializarmo-nos nessa questão, entendemos conveniente contudo exorcizar alguns dos demônios criados por Sunstein. Para ele, há uma séria deficiência na maneira como a massa percebe e reage ao risco ou perigo.

Em primeiro lugar, é notável que, a não ser quando nos dedicamos a uma ponderação mais detida, tendemos a minimizar os efeitos benéficos de uma prática cujos efeitos colaterais tememos em demasiado. Extravasada, essa tendência humana faz com que por vezes enxerguemos em situações de relação custo-benefício balanceadas apenas um risco grande e nenhum ponto positivo. Esse é certamente o caso com os organismos geneticamente modificados, tema específico da terceira parte deste artigo.

Por outro lado, a presença de certos perigos em nossa mente ou nosso cotidiano influi de maneira nem sempre produtiva na hierarquização de riscos e na definição de quais merecem mais atenção. Sempre que são noticiados casos de adolescentes que dizem

várias pessoas à tiros, vem à tona o medo acerca da influência dos jogos eletrônicos e retoma-se a discussão da permissão do porte de armas de fogo. Se na semana seguinte ocorre uma enchente com a de Nova Órleans, que devastou praticamente toda a cidade americana, logo os indivíduos – não só aqueles próximos ao local, mas em todo o mundo – começaram a questionar se o seu governo toma as medidas de precaução adequadas contra eventos como este.

Há ainda a questão de nossa dificuldade em lidar com questões básicas e importantes de probabilidade sempre que temerosos de algum resultado ruim, mas isso será abordado quando tratarmos da questão da variável econômica da precaução.

Talvez a questão mais importante em relação aos riscos e sua percepção é a da benevolência com a natureza e severidade com a ação do homem.<sup>37</sup> A precaução é majoritariamente associada à abstenção de manipulação de aspectos naturais, pois o risco geralmente levantado é aquele advindo justamente dessa manipulação, que é, via de regra, entendida como uma ação. É até justificada a perspectiva de apreensão em relação às ações do homem, visto ter sido esta que originariamente gerou o princípio da precaução, porém uma abstenção não se sustenta como aplicação exclusiva de agir precaucioso.

Mas essa reticência comum em relação ao que fazemos com o ambiente é explicada, em parte, pela natural aversão que nutrimos em relação aos riscos oriundos da ação humana. Quando pensamos em fortuitos naturais, mesmo que catastróficos, como furacões e terremotos, geralmente adotamos posicionamento consentivo, como se diante desses riscos nada pudéssemos fazer. Isso evidentemente é uma inverdade, pois mesmo que não possamos evitar um terremoto, podemos minimizar expressivamente seus efeitos sobre o homem. Da mesma forma, por exemplo, a tecnologia pode permitir que salvemos determinadas espécies de plantas contra o surto de uma praga natural. Isso exigiria, fatalmente, um agir positivo e, de certo modo, inclusive de manipulação do ecossistema.

Assim, o risco não advém somente de práticas ativas relacionadas ao ambiente, porém em igual importância também de práticas omissivas. A natureza – quando desconsiderada a ação humana – não é um sistema perfeito que sempre proporciona a sobrevivência igual das espécies da fauna<sup>38</sup> e da flora; não é um todo permanentemente estável em todos os aspectos. Há muitas espécies que entram em extinção não por causa da ação do homem, mas por causa de evolução natural de seus predadores comuns. Embora o atual aquecimento global seja, na opinião da quase totalidade

dos cientistas, resultado do desbalanço provocado pelo homem,<sup>39</sup> a Terra já passou por períodos glaciais que acarretaram o fim de diversas plantas e animais. Essa crítica ao eco-extremismo é uma das mais importantes feitas por Sunstein.<sup>40</sup> Deve ficar claro, como pretende este doutrinador, que o cuidado para evitar riscos de realização futura pode exigir tanto uma ação quanto uma abstenção: precaução não se resume a omissão,<sup>41</sup> a não-agir, a inércia.<sup>42</sup>

E na seara do direito do consumidor, essa necessidade de um agir precaucioso positivo resta mais claro ainda, pois de há muito se abandonou a ideia de que a “mão invisível do mercado” garante um equilíbrio natural, sem fatalidades.

A doutrina, de maneira geral, reconhece que neste *continuum* de possíveis aplicações do instituto da precaução, uma versão forte é tão prejudicial quanto uma versão fraca, que permita à proteção da saúde e do ambiente ceder facilmente diante de interesses econômicos. Deve-se atentar para o alerta de Sunstein: se adotarmos versão imponderada e extremada da precaução, excessivamente consciente de qualquer risco, torná-la-emos paralizadora, impedindo qualquer ação como qualquer omissão!<sup>43</sup> Talvez seja bom acentuar a pertinência da parcimônia, como elemento da prudência, a restringir tais usos prejudiciais da precaução. Isso importa, principalmente, em reconhecer a existência de problemas sérios relacionados à percepção do risco pela população sem, todavia, declarar que esses problemas são suficientes para impossibilitar a aplicação do princípio da precaução. A melhor leitura da advertência de Sunstein é que mostrasse necessário tomar cuidado com uma forma exagerada de precaução, forçada, por vezes, pela pressão popular momentista.

## 2.3 Interesses Econômicos

Aqueles que adotam uma versão forte da precaução têm ojeriza a uma graduação de sua aplicação com base em critérios econômicos. Essa concepção de oposição dicotômica entre proteção do meio ambiente ou do consumidor e liberdade econômica nitidamente permeia o estudo desses ramos do direito.<sup>44</sup> Mas uma aplicação criteriosa do princípio da precaução requer sejam considerados todos os aspectos, inclusive o econômico,<sup>45</sup> pois se trata da conciliar direitos fundamentais que por vezes entram em colisão. A questão econômica é um viés a ser obrigatoriamente analisado e sopesado, pois a precaução implica a gestão dos recursos públicos (ou privados, como se verá mais adiante), sendo indispensável a fiscalização popular, o que resulta inclusive no debate amplo que evita um obscurantismo.<sup>46</sup>

A necessidade de pesar o fator econômico advém igualmente de uma obrigação de visão sistemática do todo que se está regulando: aplicar a precaução sem procurar pensar todas suas consequências, nos mais diversos ramos da vida social ou mesmo do ambiente, é prejudicial. Além disso, muitas vezes, quando confrontadas com um risco que temem, as pessoas imediatamente cegam-se tanto para os benefícios que resultam de correr este risco, quanto para os riscos que resultam da atitude contrária.<sup>47</sup> Para evitar mal-entendimento, ressaltamos que o reconhecimento de tal fato, trabalhado a partir da psicologia cognitiva, não implica obrigatoriamente, em nosso sentir, declarar a precaução inútil ou ineficaz, como o faz Sunstein. Preferimos entender esse percalço como um de diversos fatores a ponderar ao aplicar a precaução, exigindo do intérprete ou aplicador maior cuidado.

Outrossim, a dicotomia clássica entre preservação do ambiente ou proteção de direitos fundamentais (vide direitos do consumidor) e livre concorrência não merece continuidade. Muito mais benéfico que colocar a questão como forças contrapostas é tratar do assunto sob o aspecto dos pontos de convergência, como no caso da auto-regulação das empresas, da responsabilidade social e dos selos-verdes (criados com o intuito de destacar empresas que cumprem sua função socioambiental). Grande passo nesse sentido está sendo dado pelos privatistas que apontam, como um dos pontos centrais do processo de constitucionalização do direito privado, justamente a precisão da função social da empresa.<sup>48</sup> Trataremos desse aspecto mais adiante, especialmente sob o enfoque dos riscos do desenvolvimento, pois requer que se estabeleça previamente uma noção mais dilapidada de precaução e sua aplicação jurídica. Por hora, no entanto, cabe ressaltar que devemos resistir ao discurso empoeirado da vilificação das empresas e da iniciativa privada. Conquanto sua atuação possa ser por vezes desregrada e por mais que a meta final “lucro” nem sempre seja compatível com a concretização dos direitos humanos e fundamentais, há sim benefícios sociais advindos de pesquisas e produtos que em determinadas situações levantam a suspeita do risco futuro ao ambiente ou saúde. Outro sinal de uma possibilidade de conciliação de discursos e interesses é a evolução da posição da Organização Mundial do Comércio em relação à tutela ambiental: mesmo que assevere não ser esta a função precípua do órgão de solução de controvérsias,<sup>49</sup> a OMC já modificou seu posicionamento em relação à aplicação do princípio da precaução,<sup>50</sup> reconhecendo aí, mesmo que por via indireta, a preponderância da integridade dos indivíduos sobre certos interesses econômicos.

## 2.4 Pesquisa

Uma análise ponderada e bem informada de situações de risco para a população em geral ou para o ambiente, torna imperioso o aprofundamento da pesquisa que vise jogar luz sobre determinadas questões. Assim, o mandado de precaução implica igualmente uma obrigação de pesquisa, de desenvolvimento do aparelhamento científico e certa pressa em obter informações sobre os riscos de determinadas atividades mais importantes ou estratégicas (obrigação esta não apenas do Estado mas também dos particulares, conforme se verá ao tratarmos brevemente da questão dos riscos do desenvolvimento). Todavia, essa pesquisa somente poderá ser realizada mediante o suficiente aporte de recursos, tanto humanos quanto financeiros.<sup>51</sup>

Por outro lado, a idoneidade dos cientistas responsáveis por darnos respostas para algumas perguntas específicas é crucial.<sup>52</sup> Uma pesquisa empreendida, coordenada ou sequer custeada por uma empresa sobre seus produtos jamais obterá, perante a população, crédito quanto aos seus resultados. Essa confiança que deve respaldar os resultados das pesquisas terá sua essencialidade percebida logo a seguir.

## 2.5 Informação

Godard traz-nos contribuição vital para a compreensão do funcionamento do princípio da precaução. Enquanto muitos autores trabalham a questão do risco sob o viés de sua comprovação científica ou seu potencial para o dano futuro, pensando encontrar aí o separador de águas entre uma situação que não requer precaução e outra que a demanda, o filósofo francês impõe o seguinte questionamento: somos verdadeiramente aversos a *qualquer* risco?

É a percepção da comunidade sobre o risco o ponto central da questão. Sustentando-nos aqui das considerações tecidas há pouco sobre a inexistência de uma categoria estável e objetiva de riscos que demandariam a precaução, desenvolveremos o ponto nevrálgico. O fato é que todos nós corremos riscos, sempre e voluntariamente: Fumantes conhecem bem (hoje, ao menos), os efeitos inegáveis do cigarro; tomar o volante e sair à rua é inserir-se no meio que produz maior quantidade de fatalidades que qualquer guerra; o investimento em fundos de renda variável é cada vez mais popular; Alpinistas e para-quedistas regozijam-se com a sensação de perigo!

Na verdade, não temos problema algum em gerenciar riscos, mesmo riscos de vida. O que o

indivíduo não aceita é que um risco de dano a ele seja gerenciado por outrem, sem seu devido conhecimento e sua completa compreensão.<sup>53</sup> E este é o ponto onde surgem as controvérsias, pois nosso sistema requer que deleguemos a administração de aspectos de nossa existência a outros: não podemos nós mesmos realizar a pesquisa que esclarecerá um pouco mais a questão da possível relação entre o aparelho celular e o câncer; não somos nós que votaremos ou decidiremos cada pormenor acerca da regulamentação de um assunto que trate de riscos. Esse é o motivo da fundamentalidade da confiança dos indivíduos, da idoneidade daqueles responsáveis pelo gerenciamento dos riscos que todos correm, sempre.

A informação é elemento essencial da precaução<sup>54</sup> porque garante o acesso das pessoas ao conteúdo das decisões tomadas, permitindo a devida fiscalização. A informação permite que cada um, em última análise, tome para si parte do gerenciamento dos riscos que lhe assombram. A informação é indispensável para o exercício da escolha, da auto-determinação, sempre que há espaço para tanto.<sup>55</sup>

Nesse viés, novamente o direito ambiental oferece contribuições valiosas para outros setores, mormente o direito do consumidor. A evolução do direito a informação ambiental mostrou que não se trata de mera garantia de liberdade, de direito de defesa. Não é suficiente que o Estado não restrinja o direito de informação da pessoa, abstando-se de violá-lo. Há, isto sim, um dever concreto e positivo de informação. Esse dever implica, por um lado, a manutenção de um sistema o mais eficiente possível que garanta que a informação devida chegue com a adequada veracidade e tempestividade.<sup>56</sup> Requer, da mesma forma, que o poder público encarregue-se de produzir essa informação, em casos especiais, diante da sua importância para os cidadãos.<sup>57</sup>

Entendemos que os dois elementos basilares de uma noção adequada de precaução são a informação e o debate democrático.<sup>58</sup> A primeira é *conditio sine qua non* de viabilização do segundo. Este é o que garante a pertinência e utilidade da primeira a nível coletivo. A proposta deste estudo é a análise mais aprofundada da aplicação do princípio da precaução no direito do consumidor, principalmente através da garantia do direito à informação. Dessarte, enquanto o direito à informação do consumidor será tema da segunda parte do artigo, a questão do debate democrático, merecerá apenas aqui algumas linhas. Note-se: não queremos com isso sugerir relação de preponderância de um sobre o outro, mas meramente demonstrar opção nossa pelo análise mais detalhada de um deles.

## 2.6 Debate democrático

Conforme gostaríamos de ter já deixado claro, a precaução está relacionada à reação à uma realidade de riscos abrangentes e permanentes. Não se trata de escolher entre riscos provados e riscos não cientificamente-afetados. A matéria não requer dicotomia entre danos futuros certos e segura ausência destes. Dito de outra forma: a ciência não oferece respostas definitivas e infalíveis, razão pela qual a prudência demanda que, por vezes, tomemos decisões em campo de incerteza, de desconhecimento dos suportes fáticos que tradicionalmente fundam a aplicação do direito.<sup>59</sup>

Mas a decisão sobre quais riscos considerar, como evitá-los e em que medida procurar evitá-los é uma escolha que, diante da relevância da ponderação e do impacto coletivo dos resultados, deve necessariamente preceder e ser, ao máximo possível, informada por, um debate democrático. É aos indivíduos que cabem essas escolhas. Mesmo que não possa sempre dar a palavra final, a opinião pública deve ser incluída na disseminação dos conhecimentos científicos sobre determinados temas (informação) bem como deve participar na construção dos parâmetros (debate) que servirão de base para a administração do risco permanente. Olivier Godard ressalta que “Se o princípio da precaução pode procurar uma fonte de legitimidade ao lado da ética, é então em uma ética de reciprocidade ligada à deliberação coletiva sobre os riscos que ele logrará a encontrá-la”.<sup>60</sup>

Assim como os cientistas devem compartilhar seus resultados, mesmo que parciais e inconclusivos, com os juízes,<sup>61</sup> também estes precisam ouvir a população. A delegação da função de administração dos riscos ao Executivo, bem como a delegação da função de solução de conflitos ao Judiciário, não importam em total abdicação da participação popular. Muito pelo contrário, a Constituição e as leis – e nisso não difere o princípio da precaução – devem ser interpretadas sempre como carentes e asseguradoras dessa participação dos indivíduos, baseada no exercício de uma liberdade ativa, de um interesse pela coisa pública.<sup>62</sup> Não há questão cuja reverberação legitime tanto o respeito das escolhas manifestadas pelo povo quanto a dos riscos de danos futuros irreversíveis ao ambiente e à saúde humana de maneira geral.<sup>63</sup>

A Constituição de 1988 dá tanta importância à democracia direta quanto à representativa. Há a previsão de mecanismos de instrumentalização dessa democracia direta. Mas pode o povo realmente participar de maneira efetiva a não ser ao escolher seu candidato para cada cargo público? A noção de debate

democrático e condução popular do Estado, da forma gestada em Atenas, poderia ser implementada hoje? Em tempos de megalópoles, países com populações na casa das centenas de milhões de pessoas, espalhadas ao longo de vastos territórios, como conceber a reunião da comunidade em um ágora? Muitos diriam ser impossível para um indivíduo ser ouvido em meio a essa multidão de multidões, quando não possui o poder ou os recursos que lhe garantam destaque.

Mas devem ser reformuladas estas perguntas e revistos todos os conceitos em tempos de sociedade da informação. O impacto da internet nas relações sociais, de fato na própria base da organização política, social e estatal, é inegável e ainda demorará alguns anos para ser adequadamente compreendido.<sup>64</sup> Obviamente não pretendemos aqui trabalhar a complexa questão da noção de cyberdemocracia.<sup>65</sup> Cumpre reconhecer, todavia, que a ideia de debate democrático dos riscos que aceitamos seguir e daqueles que a comunidade de maneira geral prefere evitar tem desdobramentos muito diferentes no ambiente virtual.

Apresentaremos apenas um exemplo singelo. Suponhamos que nos idos de 1962, o poder público brasileiro, entendendo zelar pelo bem-estar dos consumidores em geral, julgasse por bem instaurar o diálogo comunitário, a nível nacional, sobre os efeitos colaterais do uso do medicamento chamado talidomida e sua proibição, no ano anterior, na Alemanha (país onde fora concebido). De que meios disporia para tal desiderato? Do rádio e dos jornais, pois sequer a televisão estava suficientemente bem difundida. Pois bem, se a informação acerca do problema posto e suas implicações já se mostraria difícil, do ponto de vista operacional e financeiro, que diríamos do debate? Onde seria realizado? Quantos espaços físicos seriam utilizados para reunir as pessoas? De quais localidades? Não teriam os goianos argumentos convincentes a contrapor aos dos paulistas? Não teriam os cariocas experiências interessantes para compartilhar com os gaúchos? Como um indivíduo far-se-ia ouvir em meio a tantos? Elitizar-se-ia o debate, afim de torná-lo viável, incluindo apenas pequena parcela da população, dita “intelectual”?

Agora vejamos a mesma situação no mundo atual aplicada aos supostos perigos do uso do telefone celular. Da noite para o dia, com parcas dotações orçamentárias, o governo federal pode criar um fórum virtual, acessível gratuitamente por qualquer brasileiro, a qualquer tempo, a partir de qualquer lugar, permitindo a exposição organizada de teorias, fatos, provas, pesquisas, experiências, impressões e constatações acerca de tal risco. Qualquer indivíduo, por meio de um mecanismo de busca, pode procurar

a contribuição de uma pessoa específica (pois dá muito valor à opinião de Caio) ou a discussão sobre determinado aspecto em particular, como a média de radiação emitida por aparelhos vendidos em sua cidade. Ainda, um mecanismo de aferição, por parte dos leitores, de um grau de relevância aos comentários ou argumentos que lêem, permitiria dar destaque, em meio à centenas de milhares de opiniões expressadas, aquelas consideradas (pelo todo, de maneira democrática) as mais importantes ou mais úteis ao debate. Tício, que não é conhecido nem por seus vizinhos, pode, em razão dos méritos de seus argumentos, obter exposição maior que o poderoso e rico Fulano, ou que o respeitado e notável Mélvio.

Salvo melhor julgamento, vislumbra-se aí uma maneira realmente realizável (ainda que em processo de viabilização) de uma ponderação a nível popular da gravidade de certos riscos, da premência de alguns danos e da conveniência de determinados benefícios. Evidentemente que há problemas a resolver, e possibilidades de mau-uso do sistema. Mas isso é comumente visto em qualquer campo novo de criação humana, invariavelmente como crítica posta por aqueles que têm reservas quanto à novidade, tanto por não compreenderem seus desdobramentos como por mera preguiça retrógrada.

Um dos problemas principais e ser enfrentado é aquele da inclusão social. Para que mesmo aqueles indivíduos isolados que serviram de voluntários para os testes de determinados medicamentos possam descrever, em um espaço aberto para os consumidores em geral, independentemente da empresa farmacêutica, os efeitos colaterais que sofreram, é necessário que eles tenham acesso garantido à internet.<sup>66</sup>

Por outro lado, não se está a sugerir que esse debate público virtual, associado a métodos informáticos de consulta popular, venham tornar prescindível que um órgão legislativo representativo delibere e vote questões mais detalhadas relacionadas às maneiras de tutela específica de cada risco, tecendo, por exemplo, uma lei que trate dos cuidados obrigatórios com a telefonia celular, contendo padrões técnicos.<sup>67</sup> Mas tampouco entendemos salutar rejeitar de plano, antes de qualquer tentativa de implementação e sem sequer a devida análise empírica, um mecanismo de apuração virtual da vontade popular, que necessariamente deve ser desenhado englobando um sistema de prévio, obrigatório, profundo e democrático debate.<sup>68</sup>

Embora não seja este, conforme já explicitado, o foco deste trabalho, consideramos este aspecto por demais caro à noção de precaução que entendemos adequada para não lhe dedicarmos algumas linhas.<sup>69</sup>



## 2.7 Um princípio da precaução dogmaticamente viável e juridicamente aplicável

Esperamos ter desenhado bases suficientemente sólidas sobre as quais assentar nossa concepção do instituto da precaução, concepção esta que desejamos ajude a suprir a imprecisão que permeia os escritos sobre a matéria.

Primeiramente, cabe reconhecer que não há uma regra de precaução, no seu formato tudo ou nada, de concepção alexyana, que imporia, entre outras coisas, a inversão obrigatório do ônus da prova.<sup>70</sup> Entendemos que a precaução é um mandado de otimização, um estado das coisas a ser buscado, um parâmetro que norteie a ação do intérprete, do aplicador (que é obrigatoriamente também intérprete), do particular e do poder público. Daí porque tratamos até aqui de um princípio da precaução.<sup>71</sup>

É impossível trabalhar com uma regra, como querem alguns, porque não há premissas pré-estabelecidas: não há apenas o risco provado e a ausência de risco; o dano catastrófico ou a ausência de dano, riscos que todos querem correr e riscos com os quais ninguém, sob qualquer hipótese, deseja anuir. Principalmente – e temos consciência de que repetimos isto à exaustão, mas ocorre que a percepção de precaução que de regra se transmite segue sustentando-se nisso, de maneira por demais prejudicial –, cabe aqui espancar a dúvida: não há certeza científica. Há vários graus de certeza, porque existem sempre diversos estudos apontando para diversas soluções e chegando a diversas conclusões sobre os mais simplórios temas.

O princípio da precaução sugere um agir consciente, ponderado, prudente, dotado de uma espécie de clarividência, de escatologia. É um juízo exclusivamente de verossimilhança.<sup>72</sup> Se há um grau de consenso forte sobre determinada conclusão dos pesquisadores, não caberá aí aplicar a precaução. É a administração de um estado de incerteza. Diversos autores alemães, pioneiros no tratamento do tema, sugerem um modelo “quanto mais / tanto mais”. Dieter Cansier exemplifica que quanto mais importante é o bem protegido que está sob ameaça em razão, por exemplo, de uma degradação ambiental, ou quanto maiores os danos que se teme, menos rigorosos devem ser os critérios de “probabilidade mínima” que testam a plausibilidade do risco.<sup>73</sup>

Sobre o risco, e já avançando um pouco sobre o aspecto de balanceamento realizado em sede de aplicação da precaução – o qual será tratado em seguida –, julgamos que a maneira como Dietrich Murswiek resolveu essa equação em sede de perigos, ameaças e

segurança dos indivíduos é, no mínimo, razoável. Para Murswiek, os riscos que devem ser aceitos são aqueles denominados *sozialadäquat*, ou socialmente adequados, por tratarem-se de imprescindíveis a consecução de um objetivo comunitário. Ou seja, a regra é proibir o risco. Contudo, os particulares podem persistir na manutenção de riscos que são socialmente adequados e que, além disso, são proporcionais. Aí cabe então uma ponderação dos direitos fundamentais em conflito, ou um balanceamento da problemática liberdade-segurança.<sup>74</sup> A imposição de um dever de contenção de riscos perante os particulares, ou seja, um efeito da eficácia dos direitos fundamentais, é de ser restringida. Assim, o princípio da precaução só vincularia os entes privados, segundo Murswiek, quando o ente é ele próprio responsável pela criação do risco; quando essa ameaça não pode ser evitada de qualquer outra maneira que não através da imposição desse dever de proteção; quando tal restrição ao direito de liberdade do particular é essencial em face das condições de vida ou saúde individuais (*Lebensgrundlagen*).<sup>75</sup>

Mas cabe já uma delimitação. A incerteza gerenciada pela precaução – no sentido técnico-jurídico do termo, diferindo-o de prevenção – é aquela que não se desfará a curto prazo. O juiz que, instado em sede de cognição sumária a apreciar um pedido de concessão de antecipação de tutela, muito embora realize também um juízo de verossimilhança, estará tratando com uma questão atual, cujos desdobramentos se conhecerão logo. Mais tarde, após a dilação probatória, ao decidir o mérito do mesmo processo, esse juiz de regra não sentir-se-á trabalhando com mera verossimilhança. Inclusive terá a sua disposição a faculdade de pedir mais provas, caso entenda não existir segurança para proferir o direito naquele caso concreto.

Mas a precaução trata com o desconhecimento dos resultados concretos da decisão. O princípio da precaução é aplicado anos, por vezes décadas, antes de que se possa fazer juízo crítico sobre os fins que promoveu. Demorará anos ainda para que a sociedade ou mesmo a comunidade científica entenda existir consenso acerca da existência ou não de um dano à saúde ocasionado pelo uso dos aparelhos celulares. Trata-se de uma obrigação de meio, não de resultado: o mérito da aplicação do princípio da precaução pode e deve ser criticado, reavaliado e, se necessário, revisado. Mas esse controle é feito com base nos critérios pelos quais agiu o intérprete, o particular, o poder público. O que está em causa não é verificar se determinada medida do governo falhou pois restringiu a comercialização de um remédio que era eficaz (conclusão que só será obtida com a segurança e o consenso necessários mais tarde). É analisar se ao fazê-lo, o poder público utilizou-se

dos devidos critérios de precaução, mesmo que mais tarde o medicamento fosse dado como nocivo.

Outra constatação é que o princípio da precaução é aplicado quando se visa a proteção de uma universalidade de difícil precisão, por vezes de toda uma nação exposta através de seus consumidores – se um produto – ou do ambiente – se uma prática a este relacionada. Klopfer trabalha esse aspecto por dois viéses: o largo âmbito temporal e espacial de zelo em relação ao perigo.<sup>76</sup>

Sob o aspecto temporal, essa aplicação geralmente tutela à longo prazo, daí porque a concepção do instituto associando-o ao impacto para as gerações futuras<sup>77</sup> daquelas ações objeto do crivo de um mandado de precaução. É justamente em razão da amplitude temporal das consequências, e do dever soberano de garantir a elas ao menos um mínimo de garantias contra danos que elas não mais poderão reverter. Essa é a razão pela qual o princípio da precaução impõe restrições – com nível qualificado de justificação e embasamento – a direitos fundamentais que em outros casos seriam excessivos, principalmente em se tratando de um juízo construído sobre incerteza.

Mas cuida-se também de um aspecto espacial, ou seja, da necessidade, por exemplo, de avaliar o impacto de determinada droga em toda uma região ou nação. Não se trata de um risco cujas consequências permanecerão locais e tampouco de dano cuja amplitude – o número e a identidade dos consumidores afetados – será possível precisar.

Resta claro do contexto a pertinência da aplicação do princípio da precaução para proteção dos denominados direitos difusos.<sup>78</sup> E nessa visão, não há dúvida que o princípio da precaução é extremamente compatível com a tutela do consumidor, suscitando-se aqui mais um argumento em prol do agasalhamento do instituto pelo Código de Defesa do Consumidor.

Embora reconheçamos a popularidade – justificada, pois é construção didática e prática – da classificação dos direitos fundamentais sob o aspecto da titularidade, afim de melhor instrumentalizar sua eficácia, preferimos trabalhar em outra via, mais compatível com uma teoria moderna e arejada dos direitos fundamentais.<sup>79</sup> Nesse sentido, a imperiosidade da precaução, assim como todo um sistema de instrumentos protetivos que não são estritamente justificados pela ou sequer vinculados à, posição subjetiva do direito fundamental da proteção do consumidor, oriundas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Trata-se, segundo abalizada doutrina, de reconhecer que além de posições jurídicas subjetivas, diretamente sindicáveis pelo indivíduo, os direitos fundamentais geram também uma dimensão objetiva, com um rol de efeitos que

não estão necessariamente abrangidos pela dimensão subjetiva, e não decorrem imediatamente desta.<sup>80</sup> Uma das implicações dessa dimensão positiva é o estabelecimento de deveres de proteção do Estado, os chamados *Schutzpflichten*, que demandam a atuação protetiva do poder público em prol dos direitos fundamentais sob uma série de formas. A precaução, nesse sentido, não é um direito fundamental em si; não pode ser diretamente exigida pelo indivíduo como posição subjetiva. Porém, o requerimento de que o Estado atue de maneira a concretizar os direitos fundamentais de maneira geral, impõe, entre outros cuidados, o dever de precaução.<sup>81</sup>

O desenvolvimento da teoria dos deveres de proteção na Alemanha trouxe também a noção de proibição de excesso e insuficiência, ou *Übermaßverbot* e *Untermaßverbot*. O dever de tutela imposto ao Estado resulta em uma atuação que encontra estes dois limites. A proibição de excesso é uma garantia contra um surplus de proteção de determinados direitos fundamentais obtido com o sacrifício de outros. Caso de fácil compreensão é o da excessiva proteção do direito à privacidade às custas de restrições desnecessárias do direito à liberdade de expressão. A proibição de insuficiência abarca uma garantia contra a omissão do Estado, mormente o Legislativo ou Executivo, ou sua performance aquém do adequado. O exame efetuado pelo Judiciário difere em termos de alcance. A proibição de excesso é efetuada sempre em concreto: examina-se uma interposição legislativa ou a atuação positiva do Executivo para determinar seu respeito para com os direitos fundamentais, sob uma perspectiva negativa, exaltando-se aqui o caráter de direitos de defesa. É um exame mais abrangente, portanto. Já o teste de insuficiência verifica-se de regra em abstrato: no caso de omissão do legislador ou da Administração. Trata-se aqui de aferir a efetividade da dimensão prestacional dos direitos fundamentais, de regra. O controle em abstrato deve ser realizado de maneira mais reservada que aquele em concreto.<sup>82</sup> Importante ressaltar então que o juiz deve exercitar cuidado e parcimônia para evitar violação da liberdade política de conformação destes poderes.<sup>83</sup> Não se está chegando ao absurdo, sustentado com frequência, de que essa liberdade é absoluta e por isso impede qualquer sindicabilidade dos atos políticos ou da legislação. Tanto o Legislativo quanto o Executivo – e assim também o Judiciário – têm sua atuação pautada pela Constituição e pela eficácia dos direitos fundamentais, não existindo, portanto mero arbítrio ou discricionariedade absoluta.<sup>84</sup>

O princípio da precaução, nesse contexto, informa o controle judicial-constitucional da atuação do Legislativo e Executivo, requisitando em determinadas

situações uma maior restrição de determinados direitos fundamentais em razão de uma necessidade de tutela mais intensa de outros. Como exemplo, podemos citar a restrição que impõem tanto a lei quanto a Administração (através do poder de polícia) ao direito fundamental à propriedade<sup>85</sup> e livre iniciativa dos empresários<sup>86</sup> diante da necessidade de se assegurar uma mínima proteção contra danos irreversíveis ou de difícil reparação ao direito fundamental à vida e à saúde do consumidor. Em outras palavras, trata-se dos requisitos que devem ser atendidos pelas empresas farmacêuticas, mas também aquelas do ramo da alimentação, antes da liberação de comercialização de novos produtos por elas desenvolvidos a partir de novas tecnologias. Um risco verificado ou razoável, conforme todos os padrões que apresentamos, impõe, em razão da precaução, a restrição de determinados direitos.<sup>87</sup>

Se o legislador, por exemplo, vai além daquilo que é proporcional e estabelece restrição excessiva, estará violando a proibição de excesso: poderíamos citar como excessiva uma lei que determinasse a obrigação de testar todo novo medicamento durante 20 anos antes de sua comercialização, ou a pura e simples proibição de comercialização de aparelhos celulares, diante do estado atual das evidências científicas relacionadas à matéria. Por outro lado, se o poder público não efetua a devida fiscalização dos empresários que lidam com produtos cujo risco é estabelecido, para garantir que tomam as devidas medidas de segurança, testando de maneira ampla novos produtos, incorre em insuficiente proteção dos direitos fundamentais dos consumidores.<sup>88</sup>

É evidente que por este caminho deságua-se mais uma vez no princípio da proporcionalidade. Aliás, com muita razão tem a doutrina constatado tratarem-se as vedações de excesso e insuficiência de meras concretizações da proporcionalidade. Daí porque cabe explicitar também uma maneira de utilizar a precaução como um dos princípios que por vezes são devidamente cotejados através da aplicação da proporcionalidade.<sup>89</sup> É comum trabalhar com a hipótese de um choque entre, de um lado, os direitos fundamentais à liberdade e a propriedade, e do outro, os direitos fundamentais à saúde e à proteção do consumidor. É o caso da já mencionada imposição de restrições legais à comercialização de medicamentos, requerendo, por exemplo, ampla fase de testes dos mesmos, afim de propiciar um nível considerado razoável de segurança. Quais medidas podem ser adotadas? É justo que o poder público imponha obrigatoriedade de testes? Um prazo de 20 anos de testes é proporcional? Um exame adequado da proporcionalidade, aplicada minuciosamente ao caso concreto – como de regra geral não se faz, tendo em vista a multiplicidade de decisões judiciais que

apenas lançam o termo “proporcionalidade” no decurso, como se fosse uma espécie de palavra-mágica que tudo resolve – impõe analisar as três fases, conforme consolidadas pela boa doutrina: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito ou razoabilidade.<sup>90</sup>

Tomemos a obrigatoriedade de testagem da nova droga, pelo período de um ano, fiscalizada amplamente por agência governamental com poder de polícia. A adequação pretende averiguar se tal medida é adequada para proteger o direito à saúde dos consumidores, o fim pelo qual prima. Veja bem, o intérprete não deve permitir apenas a melhor dentre várias medidas, mas sim qualquer uma dentre as várias medidas que sejam adequadas, que cumpram a finalidade, mesmo que umas sejam mais eficazes que outras<sup>91</sup> (fácil perceber aqui o respeito à liberdade de conformação do legislador e do administrador). Dada como adequada a medida, passa-se a análise da necessidade.

Diante do direito fundamental que se quer proteger, e considerando que esta proteção está causando, no caso concreto, uma limitação de outro direito fundamental, deve-se perguntar se essa limitação é necessária, ou seja, se não há outra, igualmente adequada, que restrinja menos o direito fundamental (aqui à liberdade e propriedade). Aqui julgamos incidir diretamente o princípio da precaução. Esse critério de necessidade, justamente porque trabalha com a indesejável restrição de um ou mais direitos fundamentais, implica em fortes argumentos e sólidas provas que sinalizem essa obrigatoriedade da medida. De outra forma não poderia ser, pois permitir a limitação leviana de direitos fundamentais seria obviamente inconstitucional. Mas em casos especiais, quando trata-se de um perigo de dano futuro irreversível, quando se vê que o Estado está, ao aplicar aquela medida restritiva visando a salvaguarda de outro direito fundamental, agindo na incerteza e gerenciando o risco, quando se denota um âmbito temporal e espacial amplo de possíveis efeitos e consequências advindas da prática que se está a administrar, mas principalmente e acima de tudo, quando o debate democrático informa ao juiz que há um consenso razoável, baseado em um alerta forte dos ramos da ciência, de que aquele risco deve ser evitado, o princípio da precaução permite que o exame da necessidade prescindir de fortes provas científicas a embasar a conveniência da medida restritiva. Em outras palavras, o Estado não carecerá provar, acima de qualquer dúvida, visando alcançar uma “certeza científica”, a obrigatoriedade da limitação imposta aos direitos fundamentais à liberdade e propriedade.<sup>92</sup>

Por fim, verificadas tanto a adequação da medida aos fins que se propõe, quanto a sua estrita necessidade –

no caso, informada pelo princípio da precaução –, resta determinar se é razoável. Aqui cumpre ao juiz comparar a efetiva restrição do direito fundamental e o fim que se busca atingir: estabelecer a relação entre meios e fins, ou um exame de custo-benefício, também chamado de subcritério da proporcionalidade em sentido estrito. A nosso ver, esta é a fase propícia à colocar em evidência medidas ditas precaucionárias cujos meios de alcançar a proteção contra o risco, mesmo que adequados e ainda que dados por necessários diante da situação especial, são altamente irrazoáveis. É aqui que se deve breçar, mais até do que na fase da verificação de necessidade, a histeria coletiva, os alertas apocalípticos, os discursos extremistas, enfim, aqueles discursos paralizantes contra os quais nos precaveu Sunstein.

Não se está a prescrever um respeito à contribuição do debate societário na segunda fase da proporcionalidade e logo seu desdém na terceira e última fase. O que se prega é que o juiz saiba agir cautelosamente, consciente dos riscos que pairam porém igualmente zeloso dos direitos fundamentais que sua investidura constitucional torna imperioso proteger. Não significa analisar todas as proposições borbulhadas no debate público constante e logo criar uma nova, somente sua. Por vezes, e não raro, o intérprete poderá topar com uma visão razoável da relação custo-benefício sugerida por uma organização não-governamental, um grupo de cientistas ou um indivíduo. Reafirma-se o compromisso de uma aplicação da precaução informada e carregada pelo debate democrático,<sup>93</sup> porém apenas sugere-se que o magistrado esteja atento às posições extremistas que frequentemente são ventiladas.<sup>94</sup> Interessante, por fim, registrar a “regra de ouro” que Carl Friedrich Gethmann elaborou para o agir precaucioso, inspirada no imperativo categórico kantiano. Segundo Gethmann, um princípio de consistência pragmática implica que estejamos prontos a suportar um risco que julgamos que é razoável impor a outros. Em outras palavras: *O que tu julgas razoável para todos os outros, deve também servir para ti!*<sup>95</sup>

## 2.8 Quem são os precauciosos?

Advogamos uma maneira constitucionalmente correta e teoricamente sólida de aplicação do princípio da precaução pelo juiz, em sede de justicialidade de medidas do poder público, sejam elas legislativas ou administrativas. Mas isso não quer dizer que apenas o magistrado deve trabalhar com a precaução. Isso seria permitir uma regressão a um sistema de proteção repressiva ao invés de estimular um sistema de proteção preventiva. Não é sensato que o poder público e os particulares gerenciam os riscos da maneira que quiserem, sem qualquer critério, deixando todo trabalho

para o judiciário de filtrar todas as más-administrações dos perigos futuros que nos assombam.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que este exame de proporcionalidade informado, nos casos especiais, pela precaução, deve ser realizado sempre a priori, tanto pelo Legislativo quanto pelo Executivo,<sup>96</sup> ao escolherem métodos de ação, formularem e executarem políticas públicas,<sup>97</sup> fiscalizarem a atividade comercial, etc. Até aqui não trilhamos caminho desconhecido, visto que é pacífico, finalmente hoje, que a eficácia dos direitos fundamentais requer não apenas uma hermenêutica judiciária mas também uma interposição legislativa e uma administração que prezem pela máxima efetividade destes direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Que, da mesma forma, o poder Judiciário tem o poder-dever de realizar a sindicabilidade tanto dos atos legislativos e administrativos, quanto dos políticos (a o gerenciamento do risco é muito mais político que jurídico), também deve ser reconhecido, muito embora não seja este o foco de nosso estudo. O problema, que aqui não pode ser abordado com a merecida atenção, é como efetivar essa precaução, vez que os poderes políticos e econômicos parecem voltados para fazer decisões orientadas para curto prazo, conforme constataam muitos autores.<sup>98</sup>

A dificuldade – apenas aparente – apresenta-se quanto à obrigação de respeito para com o mandado de precaução também pelos particulares. Enquanto a questão dos riscos do desenvolvimento foca geralmente a reparação e a configuração de responsabilidade de entes privados por determinados danos, julgamos adequado primeiramente mostrar a obrigatoriedade destes entes no cumprimento do mandado da precaução. Para a devida compreensão desse tema, afigura-se imprescindível o reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares, ou eficácia contra terceiros – *drittwirkung*. Trata-se de construção doutrinária não tão antiga que sustenta serem também os particulares, e não apenas o poder público, destinatários de direitos fundamentais. A eficácia horizontal é um dos efeitos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e como tal tem sido trabalhada pela doutrina. Para Canotilho, a eficácia horizontal é justificada principalmente por dois motivos. Primeiro, não seria lógico exigir do Estado um perfil estritamente respeitoso dos direitos fundamentais, que reverbera de maneira a balizar toda sua atuação, e, ao mesmo tempo, afirmar que os particulares não estão vinculados a esses mesmos direitos, podendo violá-los ao seu bel prazer. Segundo, diante da constatação de que, na sociedade pós-moderna, massificada, são entes privados os responsáveis por grande quantidade de sérias violações de direitos fundamentais.<sup>99</sup> Assevera Claus-Wilhelm

Canaris que, por força de dispositivo constitucional que expressa a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, não é necessária interposição legislativa para sua aplicação no direito privado,<sup>100</sup> o que, no entanto, não significa que vinculam os particulares exatamente da mesma forma e na mesma intensidade que o Estado.<sup>101</sup> Essa é também a posição de Ingo Sarlet, ou seja, de uma eficácia horizontal *prima facie* dos direitos fundamentais.<sup>102</sup> Ademais, comporta registrar que o desenvolvimento dessa concepção resultou na produção de alguns critérios relevantes. Primeiro, a eficácia horizontal é reconhecida principalmente em situações de desigualdade de forças, quando um dos pólos está de certa maneira em posição de sujeição ou dependência, ou é de modo geral hipossuficiente. É o caso, por exemplo da relação de consumo. Segundo, há uma vinculatividade geral dos particulares no que tange ao mínimo existencial, ou seja, as condições mínimas de dignidade individual, o que proibiria determinadas condutas e inclusive importaria obrigações de agir positivo.<sup>103</sup>

Isso significa que entes de direito privado, mormente empresas caracterizadas como fornecedoras pelo critério do CDC, ou, ilustrativamente, indústrias farmacêuticas, cujos produtos normalmente dizem intimamente com o mínimo existencial individual,<sup>104</sup> estão também adstritas aos direitos fundamentais. Essa obrigação, ao impor uma atuação cuidadosa e consciente da proibição de violação dos direitos fundamentais à vida e à saúde, implica que por vezes tomem certas medidas que, mesmo aparentemente prejudiciais à livre iniciativa, apenas evidenciam uma atitude pautada pela efetividade dos direitos fundamentais. Dessarte, cremos ser possível exigir dos particulares, naquelas situações especiais onde também a Administração deve tomar certos cuidados, o uso adequado do princípio da precaução. Para exemplificar: tomar diversas medidas custosas para que seus produtos não causem lesões à integridade física dos consumidores é dever do fornecedor que, mesmo não existindo o Código de Defesa do Consumidor, o dispositivo sobre responsabilidade civil do Código Civil, ou até a tipificação da lesão corporal e da morte pelo Código Penal (todas estas, interposições legislativas que apenas densificam a proteção de direitos fundamentais já existentes), seria dele exigível. Se as empresas jamais reclamaram da inclusão do respeito ao direito à vida nos custos de produção, porque fazê-lo em relação à aplicação da precaução, naquelas situações minoritárias onde ela mostra-se imperiosa?<sup>105</sup>

Cremos tratar-se de problemática associada à disseminação de más concepções da aplicação da precaução, como aquelas que requerem a reversão

do ônus em todo e qualquer caso, ou que demandam medidas precaviosas (vide custosas) sempre que há dúvida ou possibilidade de risco. É claro que delinear a precaução desta forma é prejudicial, não apenas para a atividade produtiva mas também os consumidores e a sociedade por inteiro, o que esperamos ter já deixado claro. Da mesma forma, requisitar o uso do princípio da precaução não implica em obrigar fornecedores a um determinado resultado, mas sim à um agir prudente, clarividente, ou seja, um gerenciamento cuidadoso do risco. Quando no futuro se descobre que determinado produto, mesmo que apenas comercializado com base em administração precaviosa dos riscos, tendo em vista o nível de relativa e consensual segurança científica de sua época, causa danos ao consumidor, a obrigação de indenização deverá ser analisada de maneira detida, pois seguramente não estaremos diante de obrigação de indenizar integralmente os lesados. Há que se colocar na balança a função social da empresa e sua necessidade, albergada pelo Código de Defesa do Consumidor, de desenvolver novos produtos e aprimorar sua tecnologia, e não apenas o direito à saúde do consumidor. Por certo que não se chegará sempre à mesma solução, pois a equidade exige soluções diferentes conforme o caso concreto. Resta claro, por fim, que agindo o fornecedor de maneira precaviosa, no sentir do juiz, nem subsistirá um de dever de integral indenização, nem tampouco se fará com que o consumidor veja-se totalmente desprotegido.<sup>106</sup>

Antes de traçar alguns elementos de uma possível responsabilidade do fornecedor informada pela precaução, cabe fazer menção ao alerta de Nadège Voidey, no sentido de que a adição desse princípio ao sistema de responsabilidade implica, assim como outras características da sociedade contemporânea, a transição de uma filosofia de responsabilidade para uma de solidariedade<sup>107</sup>. A despeito de argumentos tecidos em prol da exclusão da responsabilidade civil do fornecedor por uma nocividade descoberta posteriormente,<sup>108</sup> a doutrina de boa cepa já verificou há muito tempo que a existência de uma série de riscos, peculiares à era da produção em massa e dos avanços tecnológicos bruscos, implicam em um dever de prudência diferenciada do fornecedor. Assim, cumpre verificar se, há época da colocação do produto no mercado,<sup>109</sup> o fornecedor foi diligente e esforçou-se para obter informações acerca do estado-da-arte da ciência na ocasião, de maneira a determinar se de maneira geral, na sociedade global – e não apenas em seu país ou em seu ramo – não havia suspeitas de periculosidade de determinada substância ou método utilizado na produção do bem ou na prestação do serviço.<sup>110</sup>

Se posteriormente for constatado dano, a responsabilidade adequada seria a subjetiva. Deveria restar configurada a imprudência e negligência do fornecedor em agir precaviosamente, diante da multiplicidade de riscos a que expõe o consumidor quando o produto ou serviço guarda relação com a saúde ou alimentação, e especialmente se são utilizadas tecnologias e métodos de vanguarda e amplamente testados. Ressalte-se que essa modalidade de responsabilidade é menos rigorosa que aquela imposta pela responsabilidade objetiva pelos riscos do desenvolvimento, que verificaria-se, na prática, uma responsabilidade integral. Dentro dos critérios expostos, cremos que o melhor seria impôr ao fornecedor a prova, não de que havia certeza científica da segurança do produto a época do lançamento<sup>111</sup> (o que, conforme já se viu, seria uma estultice), mas sim de que não havia dúvida razoável no meio científico e comunitário acerca das substâncias ou métodos que empregou. Apenas a título ilustrativo, tal prova jamais poderia ser feita com sucesso daqui a cinco anos por fornecedores que hoje colocam no mercado alimentos feitos a partir organismos geneticamente modificados.<sup>112</sup> Por fim, promordial sempre asseverar que o princípio da solidariedade e a responsabilidade social tornam imperiosa a reparação dos danos causados à vítima, vez que a doutrina civilista já reconheceu que o foco do sistema de responsabilidade civil é hoje a indenização da vítima e não a culpa ofensor.<sup>113</sup>

Esperamos ter transmitido até aqui a ideia de que a precaução não é obrigação de resultado, não é uma regra e nem sempre implica as mesmas consequências, como a inversão do ônus da prova. Há diversas maneiras de se gerenciar o risco, atentando para o fato de que não é qualquer risco que devemos custosamente procurar evitar e que esse gerenciamento pode implicar tanto uma abstenção quanto uma ação. O princípio da precaução, a ser aplicado tanto pelo Estado como pelos particulares, tem base legal e constitucional, mesmo que nem sempre explícita, possuindo densidade normativa e aplicabilidade informada pela proporcionalidade. A partir dessas premissas, ou conclusões parciais, trataremos da concretização do direito à informação do consumidor como uma forma, dentre várias outras, de implementação do princípio da precaução em casos especiais.

### 3 DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO

Em tempos de sociedade da informação, muito prestígio tem-se dado ao direito fundamental à informação. Muito embora prefiramos tratar já de uma

liberdade informática<sup>114</sup>, o que importa considerar é que, assim como na seara da proteção ambiental, no direito consumerista o acesso à informação adquire importância basilar. Neste trecho, nossa intenção não é desenvolver o direito à informação em todos os seus aspectos, mas sim aternos à boa informação do consumidor, ligada à um dever qualificado de informação, como uma das maneiras de agir precavioso dos fornecedores. Logo em seguida, com o intuito de didaticamente aplicar todos os conceitos até ali desenvolvidos, trataremos do caso específico da comercialização de organismos geneticamente modificados e da importância ainda maior da informação do consumidor nesse contexto, como decorrente da aplicação do princípio da precaução.

Não há dúvida alguma que o Código de Defesa do Consumidor deu função nobre à informação. Essa opção transparece, mesmo ao leitor desavisado, através do número de dispositivos dedicados ao direito à informação, sua concretização e proteção. A maioria dos tipos penais do CDC inclusive é informada e motivada pela garantia de informação. Há sem dúvida um sentido maior, dentro de uma sociedade de massa, de defender o consumidor através da garantia do direito à informação.<sup>115</sup>

O direito à informação é, logo no início da lei, consagrado como objetivo (art. 4º, caput)<sup>116</sup> e princípio informador (art. 4º, inciso IV)<sup>117</sup> da política nacional de defesa do consumidor, bem como direito do consumidor (art. 6º, inciso III).<sup>118</sup> É evidente que mesmo na ausência da legislação consumerista existiria um direito à informação, e não apenas do consumidor, por força constitucional. Mas subentendemos essa consagração no CDC como maneira de sinalizar a relevância ainda maior da informação para o consumidor. Na sociedade da informação, um dos principais problemas é justamente a ausência de transparência, que culmina em uma falta de confiança do consumidor.<sup>119</sup> O problema dessa falta de confiança é ainda maior quando percebemos que hoje o indivíduo adquire produtos cuja procedência é, via de regra, mediatamente ou imediatamente estrangeira. Que proteção tem o consumidor se sequer tem certeza sobre a proveniência e segurança de produtos alienígenas?<sup>120</sup> Ocorre que na sociedade da informação essa transnacionalização abrange todos os ramos do direito, importando em novos paradigmas e profundas repercussões socio-econômicas, o que significa que também o direito do consumidor está inserido nesta problemática.<sup>121</sup> Ademais, atualmente a informação é, em si, um ativo econômico: informação é poder.<sup>122</sup>

Essa informação, entretanto, não se confunde com a publicidade. Enquanto uma trata de permitir à pessoa

a consciente escolha, a segunda pretende exatamente influenciar essa escolha, apelando inclusive para o irracional.<sup>123</sup> A publicidade faz parte da atividade comercial e deve seguir estritos limites, inclusive porque, como parte do contrato, vincula o ofertante. Mas efetuar publicidade não importa em devidamente informar o consumidor. A necessária informação pode até ser veiculada juntamente com a publicidade, porém obedece a padrões muito mais rígidos, tratando-se de transparência. Está fortemente vinculada ao princípio da boa-fé, pois um agir pautado pela boa-fé objetiva requer a transmissão da devida informação sobre o que se quer e principalmente sobre o que se oferece, caracterizando um dever de informação do fornecedor.<sup>124</sup>

A informação do consumidor deve conter determinados requisitos, conforme Paulo Luiz Netto Lôbo. É o que determina o art. 31 do CDC.<sup>125</sup> Em primeiro lugar, deve ser adequada. Trata-se de reconhecer que a informação sobre certos produtos deve ser mais extensa ou mais clara, conforme o meio através do qual se transmite. Assim, o meio deve ser compatível tanto com o produto ou serviço sobre o qual se informa, como quanto ao consumidor comum daquele bem. Ademais, a linguagem deve permitir a correta compreensão da informação. A suficiência determina que a informação seja completa e integral, não devendo sonegar detalhes. Por fim, a veracidade é talvez o elemento mais importante, pois a informação falsa prejudica o consumidor não só sob o aspecto da supressão de sua autodeterminação, mas também de sua saúde, já que a informação errada pode levá-lo a lidar com produto ofensivo à sua integridade.<sup>126</sup>

No entanto, cumpre ressaltar que a devida informação de ser entendida como aquela que possibilitou a compreensão e conhecimento do consumidor. Trata-se de obrigação de prover os meios adequados, conforme o público-alvo de determinado produto ou serviço. A atitude deve ser razoável, permitindo ao indivíduo realizar sua escolha da maneira como quer fazê-lo. Todavia, não responsabilidade do fornecedor pela completa compreensão. Ele está adstrito aos meios corretos, não ao fim “consciência efetiva” do consumidor. Daí porque diz-se que a boa informação garante não consciência mas a possibilidade de tal, ou a cognoscibilidade.<sup>127</sup>

Assim, a informação é elemento imprescindível ao consumidor para que exerça seu livre arbítrio, para que possa escolher conforme suas necessidades e vontades entre os produtos que lhe são oferecidos. A informação é pressuposto ao direito de auto-determinação, como bem notou a doutrina.<sup>128</sup>

A questão coloca-se de maneira diferente, todavia, em situações relacionadas à saúde do consumidor, não

só quando há certeza de dano contra a mesma mas também em casos de perigo.<sup>129</sup> Dessa forma, importa reconhecer que o sistema informativo estabelecido pelo CDC é preponderantemente preventivo. A razão é que determinados produtos ou serviços pode acarretar danos maiores que outros, sendo necessário dar certa segurança ao consumidor. Essa qualificação do dever de informar resulta da identificação de defeitos que não são apenas de produção, mas de comercialização. A deficiente informação que traz perigo há vida do cidadão é defeito de comercialização.<sup>130</sup>

Dessa forma, foi instaurado pelos artigos 8, 9 e 10 do CDC um mini-sistema da informação sobre os riscos de produtos e serviços. O artigo 8<sup>131</sup> trata daqueles produtos que apresentam um risco de dano intrínseco à sua natureza, como facas e tesouras. Diante do risco, há um dever de informação adequada acerca deste, o que implica inclusive relativizar essa necessidade de informar, diante do conhecimento do homem médio. Assim, é desnecessário que toda peça vendida contenha um aviso explicitando sua possibilidade de dano. Assevera-se, entretanto, que a licença do fornecedor, para informar de maneira menos ampla ou até não informar, é uma exceção. A regra, assim, é a devida informação.

O artigo 9<sup>132</sup> trata de produtos e serviços cuja periculosidade intensa e potencial resultam em um dever de informar qualificado, diferente daquele do artigo anterior. A informação deve ser mais ampla, mais clara e necessita desdobrar-se de maneira a permitir nível especial de cognoscibilidade. Assim é com colas superadesivas, por exemplo, que devem portar alerta sobre os riscos muito mais intenso do que aquele de colas normais. Note-se que essa informação é diferenciada, inclusive quando considerados determinados grupos específicos. Embora o pão, massas e afins sejam considerados produtos completamente inofensivos, o glúten, ingrediente que lhes é comum, é nocivo para certas pessoas. Em razão disso, a indicação da presença dessa substância nos produtos adquire destaque em relação às outras. De qualquer maneira, mesmo existindo certos riscos ou ameaças decorrentes até da correta e adequada utilização de alguns produtos e serviços, uma análise custo-benefício, quando esse último é realmente significativo, permite que sejam comercializados tais bens. A noção de prevenção, contudo, implica que, sendo tais riscos certos e conhecidos, não basta a responsabilização posterior, permitindo a reparação do dano, ou mesmo a imputabilidade criminal. É necessário um sistema de prévia regulamentação e gestão desses riscos, sendo a informação qualificada apenas uma das bases dessa prevenção.

O artigo 10<sup>133</sup> trata da proibição de comercialização de produtos e serviços altamente nocivos e perigosos. Diferentemente da estipulação do artigo anterior, aqui a nocividade e periculosidade não são potenciais, ou seja, possíveis em determinadas situações, mas dadas como certas, garantidas.<sup>134</sup> Isso faz com que a medida a tomar seja sua plena proibição, ao invés de um sistema de permissão condicionada a informação ostensiva. Novamente, transparece o caráter preventivo, pois não se está a prever uma multa para o fornecedor cujos produtos causam o dano, ou uma indenização diferenciada para as vítimas de tais danos, mas sim uma proibição prévia. O parágrafo 1º<sup>135</sup> do artigo impõe novo dever de informação. Trata-se de uma obrigação decorrente da relação contratual gerada após o exaurimento deste. Sobrevindo conhecimento do fornecedor – posterior ao início da comercialização – de que um produto ou serviço é perigoso, deve este disseminar tal informação, arcando inclusive com os custos dessa publicização, conforme o parágrafo 2º.<sup>136</sup> Uma interpretação restritiva dessa garantia entenderia tratar-se de obrigação existente enquanto tal produto ou serviço encontra-se disponível para aquisição no mercado. Mas a devida tutela do consumidor, a boa-fé objetiva e o direito fundamental à informação do consumidor denotam que mesmo em se tratando de produto cuja manufatura e comercialização foi descontinuada há anos pelo fornecedor, resta o dever de informar. Dever esse que, por ser independente daquilo que for estipulado no contrato – sendo, obviamente cláusula abusiva sua supressão contratual – subsiste inclusive ao prazo prescricional de ação do consumidor em razão de vício ou defeito do produto, conforme dá também a entender a contagem diferenciada dessa prescrição para os casos de vícios redibitórios.

A precaução aplica-se no direito do consumidor através da efetivação do direito à informação, em nosso sentir, tendo em vista o que proscreeve o artigo 9. Em se tratando de nocividade ou periculosidade potencial, mesmo que não provada, há um dever de informar qualificado, ampliado. Reconhece-se que há situações especiais cuja presença de um risco plausível, porém ainda não devidamente estabelecido pela ciência, acarreta a obrigação de agir precavido.

Adota-se aqui uma interpretação da expressão “potencialmente nocivos” para abranger duas situações. Primeiro, a mais comum: em existindo a possibilidade, conforme o uso dado ao produto ou serviço, da geração de um dano que é cientificamente razoável e de cuja existência não há dúvidas, há uma nocividade potencial. Não é completa nem confirmada porque determinados usos do produto podem não acarretar este dano. O uso correto da água sanitária, com o devido cuidado,

não acarreta dano. Porém sua ingestão ou contato prolongado com a pele infringem a saúde. O estado da arte da ciência em relação ao conhecimento desse dano é consensual e suficiente para dizermos que há “certeza científica” de que a exposição à água sanitária causa danos à saúde humana. A segunda situação que cremos estar abrangida pela expressão é aquela do risco cuja confirmação ainda não foi dada pela ciência, um risco para a saúde que de maneira geral não consideramos certo, acima de qualquer dúvida. Esse é o risco do qual trata a precaução, um risco de dano irreversível futuro. Salienta-se que a informação mais intensa é apenas uma, mesmo que a mais importante, das consequências da adoção da precaução.<sup>137</sup>

Por esta razão entendemos que o Código de Defesa do Consumidor de fato alberga o princípio da precaução, de forma implícita. Primeiro, em razão da amplitude da proteção que oferece ao direito à informação, conforme já visto. Em segundo, porque explicita que situações de periculosidade potencial requerem do fornecedor a prestação de informação especialmente ostensiva ao consumidor.

Aqui prevalece a precaução conforme a descrevemos anteriormente. Não se trata de inversão obrigatória do ônus da prova, nem sequer da obrigação do fornecedor de obter “certeza científica” da inofensividade daquilo que oferece ao consumidor. A proporcionalidade na aplicação da precaução requer seja sopesado inclusive outro objetivo da política nacional de defesa do consumidor, que explicita a função social da empresa: a necessidade e os benefícios que trazem para a sociedade o desenvolvimento econômico e tecnológico empreendido pelas empresas.<sup>138</sup> A conveniência do desenvolvimento de novos produtos e do aprimoramento da utilidade dos mesmos através do emprego da alta tecnologia é a regra, não a exceção. Por essa razão, o emprego da precaução pelo fornecedor, ao veicular informação ostensiva sobre determinado produto ou serviço é uma ação, e não uma abstenção.

A informação ostensiva decorrente da precaução requer a revisão de todos os requisitos da informação ao consumidor: a adequação, a suficiência e a veracidade. A adequação impõe que esta informação especial seja veiculada no maior número de meios possíveis, contenda linguagem apta a transmitir ao consumidor a situação de incerteza acerca da segurança, reinante sobre determinado produto ou serviço. A suficiência é, por sua vez, também um critério que afigura-se mais exigente que em situações normais. A informação precavida deve ser muito mais ostensiva, ampla e presente que a informação normal. A veracidade da informação implica divulgar e educar o consumidor acerca dos diversos resultados de estudos sobre aquele



produto ou serviço. Afirmar simploriamente que tal produto foi “cientificamente testado”, quando sobre ele ainda pesam estudos que denunciam sua insegurança não é apenas informação insuficiente mas sim falsa, nos casos especiais de precaução.

Grande valor tem a cognoscibilidade, que somente pode ser proporcionada pela devida informação.<sup>139</sup> É principalmente através dela que o consumidor poderá autodeterminar-se, escolhendo assumir os riscos que ele entende justificados e evitando outros, porém sempre a par do estado da arte da ciência sobre aquele assunto. Já estão surgindo estudos mais aprofundados que negam, por ora, que o uso do telefone celular incremente as chances de desenvolver câncer.<sup>140</sup> Se, todavia, uma reviravolta apontar tendência de reconhecimento de risco decorrente do uso dos celulares, dando esse risco como estabelecido, e não mais como meramente plausível ou hipotético, caberá às fabricantes destes aparelhos, bem como suas distribuidoras, intensificar a informação acerca desse risco.<sup>141</sup> A escolha, contudo, permanecerá sempre nas mãos do consumidor bem informado.

#### 4 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E DEVER DE INFORMAÇÃO EXTENSIVA AO CONSUMIDOR: CASO DOS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

Até aqui tentamos desenvolver alguns conceitos que consideramos absolutamente necessários para a devida compreensão da aplicação do princípio da precaução no direito do consumidor, focando-nos no dever de informação extensiva daí resultante. Para demonstrar a aplicação desses conceitos na prática, optamos por demonstrar como isso se dá no caso dos Organismos Geneticamente Modificados, ou OGMs, também denominados Organismo Vivos Modificados, ou OVMs. A escolha desta temática específica justifica-se em razão do tamanho da parcela da população que ingere alimentos contendo OGMs, e portanto está exposta ao risco (independentemente de ser hipotético ou estabelecido) de dano à saúde. É conveniente tratar desse assunto também porque é um dos campos onde a polêmica é mais disseminada, onde há o menor nível de consenso acerca da segurança ou da insegurança. Por fim, é uma das poucas searas onde deu-se um passo no sentido da devida regulamentação, tanto internacional quanto nacional.

Os OGMs são tidos como aqueles seres – tanto plantas como animais – que tiveram parte de sua carga genética alterada. Essa alteração pode dar-se através da exclusão ou transformação de determinados genes, bem como por via da inserção de genes originários de

outros entes da mesma espécie ou ainda de outras espécies. Devido às possibilidades vislumbradas com o uso da mais apurada biotecnologia, o uso de tais técnicas é adotado hoje por um sem número de organizações governamentais de pesquisa e empresas, por vezes com o intuito de desenvolver novos tratamentos para doenças, por vezes para obter maior produtividade.

É inegável que o uso de OGMs na agricultura e pecuária permite a mais eficiência, menos custos e maior produção. Mas esse benefício contrapõe-se aos riscos apresentados por uma tecnologia que é relativamente recente, e cujos resultados a longo prazo não podem ainda ser conhecidos. Queremos deixar claro desde já que nosso intuito não é fazer apologia ao uso dos OGMs e nem tampouco alertar para seus perigos, criticando os “egoístas interesses econômicos” das grandes empresas. O que pretendemos aqui é meramente reconhecer um campo propício à aplicação do princípio da precaução, demonstrando como a efetivação da informação extensiva ao consumidor faz parte das medidas precauciosas requeridas no trato com os OGMs.<sup>142</sup> Embora a questão seja normalmente tratada em sede de direito ambiental, já há muitos percebendo que isso é também um problema de direito do consumidor, na medida que também estes correm risco de danos e não apenas o meio ambiente.

No estágio atual das pesquisas científicas relacionadas aos OGMs, não há grau de certeza suficiente acerca de seus resultados para tratarmos de aplicação do princípio da prevenção.<sup>143</sup> Tampouco podemos dizer que há consenso científico adequado para a diminuição ou descontinuação do nível de alerta garantido por organizações da sociedade civil. Um agir precaucioso aqui deve ser empreendido pelos Estados provendo ao menos um mínimo de restrições à livre iniciativa comercial, no sentido de policiar empresas que desenvolvem e comercializam estes organismos para aferir se estão tomando certas medidas de segurança. Também essas empresas devem ser precauciosas, afim de respeitar o direito à saúde e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Embora seja impossível e até indesejável tentar estabelecer um padrão abstrato de precaução a ser aplicado pela empresas que utilizam OGMs, é viável reconhecer que certas medidas, como a proibição pura e simples de utilização dos mesmos não atende à proporcionalidade e tampouco às necessidades da sociedade. Alguns dos mecanismos que podem ser considerados razoáveis são os da ampla testagem dos produtos e do investimento pesado em pesquisas visando averiguar os impactos dos OGMs no ambiente e efeitos colaterais dos à saúde dos consumidores.

A perspectiva do dever qualificado de informar, entretanto, parece-nos a mais sólida. Primeiro porque em nada interfere no avanço do desenvolvimento da tecnologia pelas empresas, como o faria a simples proibição de uso. Segundo porque é, dentre as várias alternativas que devem ser tentadas – inclusive em conjunto – aquela menos custosa. Terceiro porque agrega qualidade ao debate democrático que já existe e que deve ser ainda mais estimulado, permitindo inclusive que cientistas de diferentes lugares e especializações tenham acesso à dados que permitam uma melhor dinâmica de pesquisa. E, por fim, pois garante que a decisão acerca da proporcionalidade de ingerir ou não produtos contendo OGMs, face ao risco, reste sendo do consumidor.<sup>144</sup>

Parece ser esta também a ideia por trás da Lei de Biossegurança, cujo caput do art. 1º, já citado, consagra o princípio da precaução. Em seu art. 7, inciso III,<sup>145</sup> é estabelecido o dever das empresas de informar à coletividade os riscos que podem decorrer do uso dos OGMs. Parece-nos que o legislador, ao redigir essa lei sobre OGMs, realizou um exame de proporcionalidade acerca das medidas a tomar para precaver-se contra um risco de dano futuro causado pelos OGMs, mesmo que este ainda não estivesse confirmado. O resultado desse exame em abstrato da proporcionalidade da medida legislativa é que a obrigação de informação imposta às empresas é adequada, necessária diante das circunstâncias, mesmo que resulte em custos a serem arcados pelas empresas e razoável, pois o meio é razoavelmente restritivo da livre iniciativa em comparação com o fim que se busca. Além dessa obrigação de informar sobre os riscos dos OGMs, a referida lei cria, em seu art. 19<sup>146</sup>, o Sistema de Informação em Biossegurança, no caso uma tarefa originalmente do Estado, mas que requerirá a colaboração do setor privado para a manutenção de uma rede de dados sobre as atividades envolvendo OGMs e seus derivados.<sup>147</sup>

Na mesma linha segue o Protocolo de Cartagena, assinado em 2000 e em vigor no país desde 2004, que dispõe sobre a comercialização internacional de produtos feitos com ou contendo OGMs. O Protocolo estabelece a criação de um Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança, em seu art. 20.<sup>148</sup> Esse mecanismo visa garantir a ampla circulação de informações concernentes aos OGMs, circulação essa à nível internacional, explicitando que tais informações podem ser tanto de cunho científico como ambiental ou jurídico. Por outro lado, o Protocolo estabelece outro sistema que visa garantir a liberdade de escolha dos países sobre importar ou não produtos derivados de OGMs, permitindo que cada Estado opte pela restrição

à entrada de determinados produtos, não em razão de provas científicas sobre sua nocividade, mas sim com base no princípio da precaução conforme delineado pelo Princípio 15 da Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, já aqui citada.<sup>149</sup>

Dentro do escopo da necessidade de informar o consumidor sobre o uso de OGMs na fabricação de determinados produtos, mormente alimentos, situa-se a problemática da concentração.<sup>150</sup> São estabelecidos parâmetros que determinam quando a informação deve ser obrigatória: se em produtos cuja concentração de OGMs é de 5%, ou 4%, 1% e assim sucessivamente.<sup>151</sup> Isso significa dizer que, se a lei requer que apenas sejam identificados produtos cuja concentração de OGMs fica acima de 4%, todos aqueles cuja concentração é de 3% serão comercializados sob o *total* desconhecimento do consumidor.<sup>152</sup> No Brasil esse aspecto foi regulado sucessivamente por diversos decretos, sendo o último deles o Dec. 4.680/03, que determinou a obrigação de informar o consumidor quando há concentração maior que 1% no produto. A questão implica em diferenciar produtos cujo conteúdo de OGMs pode ser verificado daqueles que, apesar de contarem, entre seus componentes, com matérias-primas contendo OGMs, não permitem sua identificação pois os processos utilizados em sua fabricação ou desenvolvimento tornaram os organismos indetectáveis. Bem certo que isso apenas obriga às empresas a correta administração de sua linha de produção afim de registrar, desde o início, a concentração do uso de OGMs. Assim, o Dec. 4680/03 tornou obrigatória a identificação mesmo naqueles produtos cuja presença de OGM não é mais detectável.

Há que se reconhecer, todavia, que há um custo para permitir a devida precisão da quantidade de OGMs presentes em determinados produtos. Embora não se esteja aqui a advogar que tal custo, a ser arcado pela empresa, implica obrigatoriamente em violação desproporcional à sua liberdade de iniciativa e direito de propriedade, há que reconhecer que ele deverá afigurar entre os fatores a serem ponderados. A nosso ver, no entanto, a questão deve ser abordada de modo a permitir ao direito de informação, e daí também ao princípio da precaução, a máxima efetividade. Isso significa que a cláusula de barreira deve ser fixada no mínimo possível. Os argumentos suscitados contrariamente à isso, sugerindo que diante da equivalência substancial, do ponto de vista dos efeitos, entre produtos contendo OGMs e outros deles livres, não se deveria impor a identificação, são infundados, pois negam a própria existência de um dever de informação extensiva baseado na precaução.<sup>153</sup>

O debate sobre a periculosidade dos OGMs certamente está longe do fim e encontra-se na superfície do diálogo público e das notícias veiculadas na mídia. É um debate concentrador de opiniões diametralmente opostas, extremistas, porém também de alguns ideais mais moderados. Enquanto permanecer intenso o debate, enquanto a ciência não trazer pesquisas e resultados suficientes para convencer a população, acima de uma dúvida razoável, da ausência de um risco de dano irreversível, a aplicação do princípio da precaução far-se-á mister, requerendo do Estado e particulares um gerenciamento do risco, um agir cuidadoso e clarividente apoiado essencialmente na incerteza, uma obrigação de meios adequados, necessários e razoáveis a garantir um nível mínimo de segurança aos consumidores. Garantir a liberdade de escolha destes, baseada na informação extensiva e ostensiva sobre a concentração de OGMs nos produtos disponíveis no mercado, é um desses meios proporcionais,<sup>154</sup> apto inclusive a assegurar uma posterior reparação de dano, já que permite a rastreabilidade e identificação do elemento possivelmente causador de dano.<sup>155</sup>

## 5 CONCLUSÃO

Nossa intenção ao realizar o presente estudo não era estabelecer a existência do instituto da precaução, pois isto cremos já superado em razão do grande número de doutrinadores a sobre ele dissertarem, bem como uma quantidade já significativa e ainda crescente de legislações internacionais e nacionais a o consagrarem. Nosso objetivo era sim mostrar que um princípio da precaução tem sim limites identificáveis e não é apenas uma expressão sobre a qual se diz o que se quer e que se aplica como se quer. Intentamos esclarecer que o princípio da precaução tem densidade dogmática e aplicação jurídica, afastando suas más definições e prejudiciais concretizações.

Essa tarefa inicial foi cumprida principalmente para demonstrar que o princípio da precaução é aplicável ao direito do consumidor e inclusive agasalhado pelo código consumerista. Dentre suas perspectivas mais importantes, o debate democrático e a informação, optamos por trabalhar a segunda, apontando que um direito de informação extensiva, cujo titular é o consumidor e o destinatário é o fornecedor, em sede de precaução, encontra-se previsto no artigo 9 do CDC.

Por fim, aplicamos os conceitos desenvolvidos no caso prático dos OGMs, demonstrando que uma das medidas a serem impostas aos fornecedores, em razão da necessidade de precaução, é essa informação ostensiva sobre quais produtos contém OGMs. Da mesma forma,

o Estado, que também está predestinado à proteção do consumidor, deve manter um sistema de circulação de informações sobre OGMs, principalmente no que tange aos desdobramentos das pesquisas que visam determinar seus impactos.

Reafirma-mos que a estimulação dos debates públicos sobre os riscos que nos assolam constantemente na sociedade pós-moderna é vital para o adequado gerenciamento destes, não só pelo Estado, mas principalmente pelos particulares. A informação resulta como diretamente requerida pela precaução como maneira de assegurar que a liberdade de escolha e a auto-determinação dos indivíduos permita a eles determinar quais os riscos aos quais deve ser dada maior atenção e ênfase. Há que reconhecer que a ponderação sobre a precaução é sobretudo uma questão política, como resulta claro destas conclusões. Garantir ao indivíduo a devida informação sobre os aspectos dos riscos, bem como permitir a ele que participe ativamente da discussão sobre como de geri-los, é uma questão de exercício da cidadania e de respeito à dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALLEMAR, Aguinaldo. A Sustentabilidade do desenvolvimento econômico e os princípios da precaução e da prevenção. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 33, n. 1/2, p. 171-189, 2004/2005.
- ALMEIDA, Luciana Togeiro de. *Harmonização internacional das políticas ambientais: o papel da Organização Mundial de Comércio (OMC)*. <<http://168.96.200.17/ar/libros/lasa97/togeuir.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 07.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- APPEL, Ivo. *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge. Zum Wandel der Dogmatik des Öffentlichen Rechts am Beispiel des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung im Umweltrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BALDUS, Manfred. *Freiheitsicherung durch den Rechtsstaat des Grundgesetzes*. In: HUSTER, Stephan; RUDOLPH, Karsten. *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2008.
- BECK, Ulrich. *Ecological politics in an age of risk*. Cambridge (UK): Polity, 1995.
- BOSELDMANN, Klaus. *Im Namen der Natur. Der Weg zum Ökologischen Rechtsstaat*. Berna: Scherz, 1992.
- BRÖNNEKE, Tobias. *Umweltverfassungsrecht. Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Grundgesetz sowie in den Landesverfassungen Brandenburgs, Niedersachsens und Sachsens*. Baden-Baden: Nomos, 1999.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 21, p. 53-93, jan./mar. 2005.

- CALLIESS, Christian. *Rechtsstaat und Umweltstaat: Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANSIER, Dieter. Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Umweltschutz und der Spielraum für ökonomische Instrumente – Beurteilung aus ökonomischer Sicht. *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 1994 Heft 7.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. Direito à informação ou deveres de proteção informativa do Estado? In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- DENNINGER, Eberhard. Prävention und Freiheit. In: HUSTER, Stephan; RUDOLPH, Karsten. *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2008.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *A proteção do consumidor na sociedade da informação*. Revista Forense, v. 95, n. 346, p. 21-29, abr./jun. 1999.
- EWALD, François; GOLLIER, Christian; SADELEER, Nicolas de. *Le principe de précaution*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.
- FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista da AJURIS*, v. 34, n. 105, p. 153-188, mar. 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- FERREIRA DA SILVA, Luiz Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Relação de consumo, defesa da economia e meio ambiente. In: PHILIPPI Jr, Arlindo; ALVES, Alaôr Caffé (Ed.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Barueri: Manole, 2005.
- FISHKIN, James. Possibilidades democráticas virtuais: Perspectivas da democracia via internet. In: EISENBERG, José; CEPIK, Marco. *Internet e política: teoria e prática da democracia eletrônica*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. *Interesse Público*, v. 7, n. 35, p. 33-48, jan./fev. 2006.
- \_\_\_\_\_. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FREITAS FILHO, Roberto. Os alimentos geneticamente modificados e o direito do consumidor à informação: um questão de cidadania. *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 158, p. 143-161, abr./jun. 2003.
- GETHMANN, Carl Friedrich. Zur Ethik des Handelns unter Risiko im Umweltstaat. In: KLOEPFER, Michael; GETHMANN, Carl Friedrich. *Handeln unter Risiko im Umweltstaat*. Berlin: Springer, 1993.
- GODARD, Olivier. Le principe de précaution, une nouvelle logique de l'action entre science et démocratie. *Philosophie politique*, maio 2000. <<http://ceco.polytechnique.fr/CAHIERS/pdf/526.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2008.
- IDE III, R. William. The role of the justice system in the product liability debate. HUNZIKER, Janet R.; JONES, Trevor O. (ed.). *Product liability and innovation – Managing risk in an uncertain environment*. Washington: National Academy Press, 1994.
- JAMBEIRO, Othon et al. *Inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania*. Disponível em: <<http://www.ibict.br/cienciadainformacao/viewarticle.php?id=672>>. Acesso em: 18 jan. 2007.
- JORDAN, Andrew; O'RIORDAN, Timothy. *The Precautionary Principle in Contemporary Environmental Policy and Politics*. <<http://www.ingentaconnect.com/content/whp/ev/1995/00000004/00000003/art00001>>. Acesso em: 02 maio 2008.
- KLOEPFER, Michael. *Umweltrecht*. 3. ed. Munique: Beck Juristischer Verlag, 2004.
- KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Rapport au Premier ministre. Paris: Ed. Odile Jacob et la Documentation française, 2000.
- KUNISAWA, Viviane Yumy M. O direito de informação do consumidor e a rotulagem dos alimentos geneticamente modificados. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 53, p. 135-150, jan./mar. 2005.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- LÉVY, Pierre. *Cyberdémocratie: essai de philosophie politique*. Paris: Odile Jacob, 2002.
- LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 16, n. 61, p. 203-229, jan./mar. 2007.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 37, p. 59-76, jan./mar. 2001.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de riscos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 856, p. 35-50, fev. 2007.
- \_\_\_\_\_. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le Droit à l'Information en Matière d'Environnement. *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, n. 4, p. 995-1021, 1998.
- MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. *Revista de Direito Ambiental*, v. 6, n. 21, p. 92-102, jan./mar. 2001.
- MOREIRA, Renato de Castro. O Direito à liberdade informática. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, p. 139-167, dez. 1999.
- MURSWIEK, Dietrich. *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung. Berlin: Duncker & Humblot, 1985.
- NERY JUNIOR, Nelson. Alimentos transgênicos e o dever de informar o consumidor. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Estudos em homenagem ao ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NUSSBAUM, Martha. Beyond 'Compassion and Humanity'. Justice for Nonhuman Animals. In: SUNSTEIN, Cass. R.; NUSSBAUM, Martha C. (Eds.). *Animal Rights. Current Debates and New Directions*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- PASQUALOTTO, Adalberto. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. *Revista da Ajuris*, v. 20, n. 59, p. 147-168, nov. 1993.
- PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; CALGARO, Cleide. A prevenção como elemento de proteção ao consumidor: a saúde e segurança do consumidor no

código de proteção e defesa do consumidor brasileiro. *Revista Direito do Consumidor*, v. 16, n. 63, p. 9-26, jul./set. 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *¿Ciberciudadani@o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004.

POSTER, Mark. *CyberDemocracy: Internet and the public sphere*. <<http://www.hnet.uci.edu/mposter/writings/democ.html>>. Acesso em: 18 janeiro 2007.

QUEIROZ, Fábio Albergaria de. Meio ambiente e comércio na agenda internacional: A questão ambiental nas negociações da OMC e dos blocos econômicos regionais. *Ambiente & Sociedade*, v. 8, n. 2, p. 1-22, jul./dez 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v8n2/28608.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2007.

REHBINDER, Eckard. Precaution and Sustainability: Two Sides of the same coin? In: KISS, Alexander Charles. *A law for the environment: essays in honour of Wolfgang E. Burhenne*. Geneva: IUCN, 1994.

ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade jurídica e estado ambiental. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 49, p. 130-163, jan./mar. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 81, p. 325-386, 2005.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 16, n. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007.

SCHILLER, Frank. *Diskurs und Nachhaltigkeit*. Zur Dematerialisierung in den industrialisierten Demokratien. Disponível em: <[http://webdoc.sub.gwdg.de/diss/2004/schiller\\_frank/index.html](http://webdoc.sub.gwdg.de/diss/2004/schiller_frank/index.html)>. Acesso em: 07 out. 2007.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

STEINBERG, Rudolf. *Der ökologische Verfassungsstaat*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1998.

STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 855, p. 46-53, jan., 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista da Ajuris*, v. 32, n. 97, p. 171-202, mar. 2005.

SUNSTEIN, Cass R. *Beyond the precautionary principle*. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: 2 maio 2008.

TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 95, n. 844, p. 85-95, fev. 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

TSAI, Tzung-Jen. *Die verfassungsrechtliche Umweltschutzpflicht des Staates*. Zugleich ein Beitrag zur Umweltschutzklausel des Art. 20 a GG. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

VIEIRA, David Laerte. Princípio da precaução versus princípio da equivalência substancial e a polêmica em torno da liberação dos transgênicos no Brasil. *Interesse Público*, v. 9, n. 41, p. 109-120, jan./fev. 2007.

VOIDEY, Nadège. *Le risque en droit civil*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires Aix-Marseille, 2005.

ZANCHET, Marília. A proteção dos consumidores no Direito Internacional Privado brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 62, p. 173-219, abr./jun. 2007.

## NOTAS

<sup>1</sup> Artigo originalmente publicado na *Revista de Direito do Consumidor*, n. 70, abr./jun. 2009.

<sup>2</sup> Dentre os trabalhos que adotam o termo, ver BRÖNNEKE, Tobias. *Umweltverfassungsrecht*. Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Grundgesetz sowie in den Landesverfassungen Brandenburgs, Niedersachsens und Sachsens. Baden-Baden: Nomos, 1999 e TSAI, Tzung-Jen. *Die verfassungsrechtliche Umweltschutzpflicht des Staates*. Zugleich ein Beitrag zur Umweltschutzklausel des Art. 20 a GG. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. Estes autores acompanham a concepção tradicional, de que o Estado Ambiental é um Estado para o qual a proteção ambiental é um dos princípios fundamentais. Utilizando o mesmo termo, porém tratando de uma nova condição de legitimação do Estado, CALLIESS, Christian. *Rechtsstaat und Umwelstaat*: Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001. No Brasil há pouquíssimos trabalhos centrados no tema. Um deles, que traz uma abordagem da necessária evolução filosófico-dogmática requerida para compreender o conceito de "Estado Ambiental", é ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO, Delton Winter de. Policontextualidade jurídica e estado ambiental. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>3</sup> STEINBERG, Rudolf. *Der ökologische Verfassungsstaat*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1998.

<sup>4</sup> Nesse sentido, BOSSELMANN, Klaus. *Im Namen der Natur*. Der Weg zum Ökologischen Rechtsstaat. Berna: Scherz, 1992.

<sup>5</sup> Para uma análise magistral dessa interligação entre a proteção dos direitos humanos e a preservação ambiental, principalmente no âmbito internacional, ver o paradigmático trabalho de TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

<sup>6</sup> Juarez Freitas associa a precaução a uma concretização atual do mandamento de agir ponderado, consciente de riscos e perigos do agir leviano, conforme se depreende de FREITAS, Juarez. Princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância. *Interesse Público*, v. 7, n. 35, p. 33-48, jan. /fev. 2006, p. 33. Para Olivier Godard, o princípio da precaução está muito além da prudência, pois esta apenas trata da parcimônia, ou principalmente da abstenção de agir sem o devido cuidado. GODARD, Olivier. Le principe de précaution, une nouvelle logique de l'action entre science et démocratie. *Philosophie politique*, maio 2000. <<http://ceco.polytechnique.fr/CAHIERS/pdf/526.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2008, p. 15.

<sup>7</sup> JORDAN, Andrew; O'RIORDAN, Timothy. *The precautionary principle in contemporary environmental policy and politics*. Disponível em: <<http://www.ingentaconnect.com/content/whp/ev/1995/00000004/00000003/art00001>>. Acesso em: 2 maio 2008, p. 3.

- <sup>8</sup> REHBINDER, Eckard. Precaution and Sustainability: Two Sides of the same coin? In: KISS, Alexander Charles. *A law for the environment: essays in honour of Wolfgang E. Burhenne*. Genebra: IUCN, 1994. p. 94.
- <sup>9</sup> “le principe manifeste la recherche d’une nouvelle attitude, plus sélective et moins naïve, envers la science et la technique, sans pour autant verser dans l’obscurantisme anti-scientifique.”. GODARD, Olivier, op. cit., p. 5.
- <sup>10</sup> JORDAN, Andrew; O’RIORDAN, Timothy, op. cit., p. 3.
- <sup>11</sup> Idem, ibidem, p. 6.
- <sup>12</sup> Nesse sentido, KLOEPFER, Michael. *Umweltrecht*. 3. ed. Munique: Beck Juristischer Verlag, 2004, p. 175. Os aportes da Alemanha nesse sentido terminaram por basear toda a política ambiental europeia mais tarde, cf. JORDAN, Andrew; O’RIORDAN, Timothy, p. 3.
- <sup>13</sup> Esse é, aliás, um paradoxo intrínseco do Estado de Direito: quanto mais segurança o Estado fornece, mais restringe a liberdade, e vice-versa. Nesse sentido, BALDUS, Manfred. *Freiheitsicherung durch den Rechtsstaat des Grundgesetzes*. In: HUSTER, Stephan; RUDOLPH, Karsten. *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2008, p. 111.
- <sup>14</sup> Sobre o uso equivocado e geralmente desproporcional de medidas tradicionais de combate à criminalidade no escopo de medidas preventivas, justamente em situações nas quais a segurança é dado peso desproporcionalmente superior àquele da liberdade, ver DENNINGER, Eberhard. *Prävention und Freiheit*. In: HUSTER, Stephan; RUDOLPH, Karsten. *Vom Rechtsstaat zum Präventionsstaat*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2008, p. 96. O autor é inclusive o responsável pela cunhagem do termo “Präventionsstaat (Estado Preventivo)”, mas reconhece que a Liberdade, Segurança e Direito devem realizar-se em um Ordenamento da Liberdade, p. 105-106.
- <sup>15</sup> REHBINDER, Eckard, op. cit., p. 100-101. Ver o elemento intrínseco da precaução, de proteção relacionada às futuras gerações também em EWALD, François, op. cit., p. 34.
- <sup>16</sup> FREITAS, Juarez, op. cit., p. 36.
- <sup>17</sup> EWALD, François; GOLLIER, Christian; SADELEER, Nicolas de. *Le principe de précaution*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 10.
- <sup>18</sup> Tendo em vista os objetivos do presente trabalho, entendemos desnecessário e inconveniente uma análise mais detalhada do processo de positivação do princípio da precaução no direito internacional ambiental. Assim, para tal desiderato, reportamo-nos à contribuição de Paulo Affonso Leme Machado, que elaborou completa lista – que inclusive suspeitamos exaustiva – de tratados e convenções a consagrar o princípio. Ver, para tanto MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de riscos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 96, n. 856, p. 35-50, fev., 2007, p. 40.
- <sup>19</sup> Pode-se argumentar que as disposições que tratam da proteção da saúde e do ambiente trazem consigo, implicitamente, uma necessidade de agir precavido. De maneira mais concreta, aponta-se a previsão constitucional de métodos e substâncias que possam trazer risco à vida (art. 225, § 1º, V) como transparecedora de uma noção de precaução e medida preventiva de tutela, cf. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 83. Ver, sobre a relação entre o EPIA (art. 225, § 1º, IV) e a precaução, FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Relação de consumo, defesa da economia e meio ambiente. In: PHILIPPI Jr, Arlindo; ALVES, Alaôr Caffê (Ed.). *Curso interdisciplinar de direito ambiental*. Barueri: Manole, 2005, p. 766.
- <sup>20</sup> “Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. (grifamos)”.
- <sup>21</sup> Acreditamos que o Princípio 15 é o melhor marco normativo ao qual reportar-se quando se aplica a precaução. Muito embora trate-se de soft law, concordamos com François Ewald, que afirma que: “C’est dans ces dispositions qu’il convient de chercher la signification du principe plutôt que dans les formules un peu laconiques qui expriment l’engagement des États à le mettre en oeuvre.”, EWALD, François, op. cit., p. 28.
- <sup>22</sup> Paulo Affonso Leme Machado, op. cit., p. 37; KLOEPFER, Michael, *Umweltrecht*, op. cit., p. 174; Para REHBINDER, Eckard, op. cit., 94, isso talvez seja em razão da dificuldade de se traçar uma linha clara entre prevenção de perigo e redução de simples risco, apoiando-se em diversos níveis de provas científicas.
- <sup>23</sup> Para uma abordagem do ponto de vista da filosofia, não apenas do princípio da precaução, mas do Estado Ambiental e de um novo tipo de discurso voltado para a sustentabilidade, ver SCHILLER, Frank. *Diskurs und Nachhaltigkeit*. Zur Dematerialisierung in den industrialisierten Demokratien. Disponível em: <[http://webdoc.sub.gwdg.de/diss/2004/schiller\\_frank/index.html](http://webdoc.sub.gwdg.de/diss/2004/schiller_frank/index.html)>. Acessado em: 07 out. 2007. No contexto societário atual, o autor inclusive afirma ser o princípio da precaução princípio central e reitor da proteção ambiental, p. 180.
- <sup>24</sup> Sunstein propôs-se a “desmascarar” o princípio da precaução, apontando o que, na sua concepção, tratam-se de falhas estruturais que comprometem o próprio instituto em si. Sobre essas críticas, que situam-se principalmente no aspecto dos riscos e do que seria um agir precavido, manifestaremos-nos logo em seguida. SUNSTEIN, Cass R. *Beyond the precautionary principle*. <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: 2 maio 2008.
- <sup>25</sup> Para esta organização, “the precautionary principle calls for the prohibition of the release of substances which might cause harm to the environment even if insufficient or inadequate proof exists regarding the causal link”. Horsman, 1992, apud JORDAN, Andrew; O’RIORDAN, Timothy, op. cit., p. 5.
- <sup>26</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme, op. cit., p. 43.
- <sup>27</sup> SUNSTEIN, Cass, op. cit., p. 6.
- <sup>28</sup> Alertando também para os malefícios de uma versão dita “forte” da precaução, FREITAS, Juarez, op. cit., p. 38-39.
- <sup>29</sup> REHBINDER, Eckard, op. cit., p. 96.
- <sup>30</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo, op. cit., p. 80; REHBINDER, Eckard, op. cit., p. 94, entre vários outros.
- <sup>31</sup> Para uma discurso primando pela necessidade de certeza científica prévia a permissão de determinada prática, ver MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Direito ambiental: o princípio da precaução e sua aplicação judicial. *Revista de Direito Ambiental*, v. 6, n. 21, p. 92-102, jan./mar., 2001, especialmente p. 99-101. No sentido contrário e igualmente extremado, sugerindo justamente que valores mais palpáveis (como o direito à vida, por via do direito à alimentação) preponderam sempre sobre a cautela da precaução, e inclusive alegando que a precaução impede o desenvolvimento científico, ver ALLEMAR, Aguinaldo. A Sustentabilidade do desenvolvimento econômico e os princípios da precaução e da prevenção. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, v. 33, n. 1/2, p. 171-189, 2004/2005, especialmente p. 184-186.
- <sup>32</sup> MACHADO, Paulo Affonso, op. cit., p. 49.
- <sup>33</sup> KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève. *Le principe de précaution*. Rapport au Premier ministre. Paris: Ed. Odile Jacob et la Documentation française, 2000, p. 21.
- <sup>34</sup> Estes e outros conceitos são desenvolvidos por Becker em trabalho posterior a sua famosa obra “A era dos riscos”. Embora possa parecer que uma visão social diferente sobre determinado risco dificilmente sofrerá transformações em tão pouco tempo, sugerimos o exemplo de acidentes aéreos famosos e chocantes, como aquele do voo 3054 (TAM) que de imediato ocasionou a pressão popular sobre os poderes públicos para a revisão de parâmetros de segurança aérea. Seria forçoso dizer que tal sentimento nacional de preocupação com segurança era exatamente tão intenso antes quanto depois do voo 3054 ou do 1907 (GOL). Sunstein também mostra como a questão da segurança aérea é vista de maneira muito diferente por aqueles que voam com frequência e aqueles que não o fazem: os primeiros estão muito mais dispostos a sofrer medidas restritivas de direitos que resultem em diminuição dos riscos. SUNSTEIN, Cass, op. cit., p. 25.
- <sup>35</sup> GODARD, Olivier, op. cit., p. 13.
- <sup>36</sup> KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève, op. cit., p. 21.
- <sup>37</sup> Assim, François Ewald sustenta que a precaução dá-se em relação aos riscos endógenos, aqueles criados por nós mesmos, humanos. EWALD, François, op. cit., p. 32.
- <sup>38</sup> Sobre como essa concepção idílica de natureza é infundada e por vezes prejudicial para o desenvolvimento de tutela ambiental, principalmente no que concerne a proteção da fauna, ver NUSSBAUM, Martha. Beyond ‘Compassion and Humanity’. Justice for Nonhuman Animals. In: SUNSTEIN, Cass R.; NUSSBAUM, Martha C. (eds.). *Animal Rights. Current Debates and New Directions*. Oxford: Oxford University Press, 2004, especialmente p. 310-311.
- <sup>39</sup> Contribuição do Grupo de Trabalho I para o Quarto Relatório do Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas, aprovado em Paris em fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.ipcc.ch/SPM2feb07.pdf>>. Acesso em: 28 fevereiro 2007. p. 10.

- 40 SUNSTEIN, Cass, op. cit., p. 18.
- 41 Não foi este o entendimento manifestado pelo STJ, quando, ao tratar de ação civil pública, afirmou que deve ser exercida “tutela ambiental mediante atendimento conjunto dos princípios da prevenção (obrigações pessoais negativas – de não fazer), do poluidor-pagador (obrigações pessoais positivas – de fazer) e da reparação integral (pagar indenização). (grifamos)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 605323-MG. Rel. Min. Teori Albino Zavascki (relator para o acórdão). Brasília, julgado em 18 ago. 2005. <<http://www.stj.gov.br>>.
- 42 “C’est parce qu’on ne sait pas qu’il faut agir. Il fait de l’incertitude une urgence. Il proscriit l’irrésolution.” EWALD, François, op. cit., p. 26. Para o autor, a precaução é tanto positiva, no sentido de um alerta ao homem sobre sua responsabilidade, como garante da Terra e do futuro da humanidade sobre ela, quanto negativa, no sentido de bem mensurar os riscos empreendidos, p. 43-44.
- 43 SUNSTEIN, Cass, op. cit., p. 14.
- 44 Sobre a tensão entre proteção ambiental e liberdade comercial, ver, entre tantos, SOARES, Guido Fernando Silva. *Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 141; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 1011.
- 45 JORDAN, Andrew; O’RIORDAN, Timothy, op. cit., p. 5, demonstrando, de maneira mais detalhada, como isso se dá.
- 46 KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève, op. cit., p. 22.
- 47 SUNSTEIN, Cass, op. cit., p. 24-25. A título de ilustração, na seara ambiental, podemos apontar para o fato de que a simples moratória no sacrifício seletivo de elefantes na África do Sul, decretada em 1995, visando a prevenção contra a extinção dos animais, resultou, devido a ausência de medidas suficientes a buscar um equilíbrio, na evolução de um estado de quase extinção para um problema de superpopulação, que gerou diversos prejuízos ambientais, como a ingestão de quantidade enorme de plantas, ameaçando o sustento de outros animais que compartilham o mesmo habitat (<<http://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL314335-5603,00.html>>. Acesso em: 27 abril 2008).
- 48 Para uma análise profunda da repersonalização do direito civil, ver FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, especialmente p. 74 em diante. Especificando as características da função social da empresa, entre outros valiosos aportes, ver FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista da AJURIS*. v. 34, n. 105, p. 153-188, mar. 2007, p. 183-186.
- 49 Sobre o tema, ver ALMEIDA, Luciana Togeiro de. *Harmonização internacional das políticas ambientais: o papel da Organização Mundial de Comércio (OMC)*. Disponível em: <<http://168.96.200.17/ar/libros/lasa97/togeiro.pdf>>. Acesso em: 21 fevereiro 2007, especialmente p. 18. Ver também: QUEIROZ, Fábio Albergaria de. Meio ambiente e comércio na agenda internacional: A questão ambiental nas negociações da OMC e dos blocos econômicos regionais. *Ambiente & Sociedade*. v. 8, n. 2, p. 1-22, jul./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v8n2/28608.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2007.
- 50 É o que notou EWALD, François, Le principe de précaution, op. cit., p. 15, com relação ao posicionamento da Corte no caso Gabcikovo-Nagymaros. No caso da carne bovina e seus hormônios, conflito que envolveu principalmente a Inglaterra e a França (a primeira contestou a restrição imposta pela segunda à importação do bife britânico), a Corte entendeu que o princípio não era aplicável, p. 16. Sobre o caso Gabcikovo-Nagymaros, ver, MACHADO, Paulo Affonso Leme, O princípio da precaução..., op. cit., p. 41-42.
- 51 Ver KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève, op. cit., especialmente p. 30-31.
- 52 Idem, ibidem, p. 32.
- 53 GODARD, Olivier, op. cit., p. 15.
- 54 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo, op. cit., p. 82, afirmando que uma das medidas a serem tomadas em sede de precaução, pelas autoridades públicas, é a promoção do direito à informação.
- 55 Aqui difere GODARD, Olivier, op. cit., p. 29, que entende caber as escolhas principalmente àquelas instâncias as mais legitimadas do ponto de vista da democracia política.
- 56 Ver, quanto a esse ponto específico, MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 51-52. A obra consiste em magistral estudo do direito à informação ambiental, estudo este que contém vastíssima análise da positividade da matéria na seara internacional. O livro compreende a tese de doutoramento do autor pela USP.
- 57 Infelizmente, essa ampla noção do direito à informação ambiental não é suficientemente desenvolvida na jurisprudência pátria. Para um relato competente e entusiasmante da concretização desse direito pela Corte Europeia de Justiça, ver MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. La Convention Européenne des Droits de l’Homme et le Droit à l’Information en Matière d’Environnement. *Revue Générale de Droit International Public*. 4/995-1021. Paris, 1998.
- 58 Enquanto que a quase totalidade dos doutrinadores reconhece esses elementos, ver, por todos, LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo, op. cit., p. 86, afirmando que a precaução deve ser exercida “a partir de sólidas bases democráticas de gestão da informação”.
- 59 Sobre a característica peculiar da precaução que requisita do Estado uma administração do risco em situação de incerteza, ou uma “staatliches Handeln unter Ungewissheit”, ver KLOEPFER, Michael, *Umweltrecht*, op. cit., p. 179.
- 60 “Si le principe de précaution peut rechercher une source de légitimité du côté de l’éthique, c’est d’abord dans une éthique de la réciprocité citoyenne liée à la délibération collective sur les risques qu’il gagnera à la trouver”. GODARD, Olivier, op. cit., p. 19. E o mesmo autor coloca logo em seguida o problema: “Naturellement, l’organisation de ces procédures ne peut pas contourner le double problème de la représentation et de la participation des citoyens: dans les sociétés modernes, on n’imagine pas de formes de démocratie délibérative directe impliquant la totalité des citoyens.”, p. 27.
- 61 KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève, op. cit., p. 32.
- 62 Sobre a interpretação da Constituição como sistema carecedor e protetor de intervenção popular, ver BREYER, Stephen. *Active Liberties: Interpreting our democratic constitution*. Knopf Publishing, 2005.
- 63 Salientando a importância do debate e afirmando que é a mediação política que cria a confiança, EWALD, François, op. cit., p. 42. No mesmo sentido, afirmando que são os cidadãos que endossam as decisões de correr ou não determinado risco, KOURILSKY, Philippe; VINEY, Geneviève, op. cit., p. 25.
- 64 Sobre como a internet deve ser compreendida como um fenômeno social, e não mera tecnologia, ver POSTER, Mark. *CyberDemocracy: Internet and the public sphere*. Disponível em: <<http://www.hnet.uci.edu/mposter/writings/democ.html>>. Acesso em: 18 jan. 2007, p. 5.
- 65 Para um desenvolvimento atual e comprometido, da noção de cyberdemocracia, ver Lévy, Pierre. *Cyberdemocratie: essai de philosophie politique*. Paris: Odile Jacob, 2002, especialmente p. 125-144.
- 66 Para uma análise das implicações da inclusão digital, principalmente o fato de que não se trata apenas de garantir acesso à estrutura que permite navegar na internet, mas principalmente também de propiciar os conhecimentos necessários para tanto, combatendo a *information illiteracy*, ver JAMBEIRO, Othon et al. *Inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania*. Disponível em: <<http://www.ibict.br/cienciadainformacao/viewarticle.php?id=672>>. Acesso em: 18 jan. 2007, especialmente p. 8.
- 67 Em PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *¿Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004, o autor mostra, em interessada e minuciosa análise da questão do voto eletrônico, que uma democracia direta virtual não é obrigatoriamente desejável, mesmo que viável, pois também esta estaria sujeita a diversos problemas, como a suscetibilidade da massa à opinião incutida e a impossibilidade de produção de um estatuto ou lei por milhares de pessoas (vide milhares de sugestões de emendas). Muito embora não partilhamos de todas as opiniões do publicista espanhol, cabe ressaltar sua conclusão de que uma democracia virtual serviria principalmente para otimizar a solução de temas centralmente controversos e altamente polêmicos, os *temi caldi*, como o aborto e a maioridade penal, entre outros. Julgamos particularmente pertinente tal aporte ao presente estudo em razão justamente da característica polêmica e de complexa atribuição individual de solução da questão dos riscos. A construção de uma hidro-elétrica em região ambiental crítica aglomera todos esses elementos: diversos grupos sustentando fervorosamente posições distintas, o risco estabelecido de prejuízo ao ecossistema regional (irreversível, note-se) e o receio dos agentes políticos em desagradar um ou outro grupo conforme sua decisão, que jamais conseguirá ser integralmente apoiada em uma “certeza científica”.
- 68 Essa a preocupação e também a inovadora sugestão oferecida por FISHKIN, James. Possibilidades democráticas virtuais: Perspectivas da democracia via internet. In: EISENBERG, José; CEPIK, Marco. *Internet e política: teoria e prática da democracia eletrônica*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. JORDAN, Andrew; O’RIORDAN, Timothy, op. cit., p. 8, inclusive oferecem como resposta para a necessidade de certas avaliações mais críticas de precaução a formação de um júri de cidadãos.
- 69 Este sentir é compartilhado por outros autores, conforme depreende-se das colocações de MACHADO, Paulo Affonso Leme, O princípio da precaução..., op. cit., p. 39 e 47.

- <sup>70</sup> Defendendo tal consequência, MIRRA, Álvaro Luiz Valery, op. cit., p. 100-102. Embora não concordemos com a posição do autor, acreditamos que, como princípio, a precaução pode, em determinados casos concretos, requerer, entre outras medidas, a inversão do ônus da prova. Mas essa é possibilidade conforme o caso-a-caso, e não regra em abstrato. Nesse sentido, determinando tal gravame em desfavor do Município de Porto Alegre, e fundamentando a decisão no princípio da precaução: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AgrIn. 70015593536, Rel. Des. João Carlos Branco Cardoso. Porto Alegre, julgado em 31 jan. 2007. <<http://www.tj.rs.gov.br>>.
- <sup>71</sup> EWALD, François, Le principe de précaution, op. cit., p. 20, trata da Comunicação da Comissão Europeia, que em 2000 estabeleceu alguns elementos da aplicação do princípio da precaução. Assim, são regras a observar: avaliação dos riscos, gestão dos riscos e comunicação. São princípios a observar: proporcionalidade, não-discriminação, coerência, transparência, exame das vantagens dos custos, exame da evolução científica, ônus da prova. A indicação, pelo órgão europeu, de que a precaução é agir complexo que envolve a consideração de diversas variáveis, é um marco normativo importantíssimo. O texto completo da Comunicação pode ser encontrado em: <[http://ec.europa.eu/environment/docum/20001\\_en.htm](http://ec.europa.eu/environment/docum/20001_en.htm)> (acessado em: 02 maio 2008). Sugerindo elementos similares de um princípio da precaução, JORDAN, Andrew; O'RIORDAN, Timothy, op. cit., p. 4.
- <sup>72</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo, op. cit., p. 72.
- <sup>73</sup> CANSIER, Dieter. *Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Umweltschutz und der Spielraum für ökonomische Instrumente – Beurteilung aus ökonomischer Sicht. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1994 Heft 7, p. 643. O próprio autor, no entanto, defende posição com a qual nos alinhamos, de que essa fórmula “je/desto (quanto mais/tanto mais)” não basta. É também necessário, por exemplo, avaliar os custos, para os particulares, de afastar esses perigos, p. 644.*
- <sup>74</sup> MURSWIEK, Dietrich. *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung.* Berlin: Duncker & Humblot, 1985, p. 141.
- <sup>75</sup> Idem, p. 142.
- <sup>76</sup> Âmbitos estes originalmente descritos como *weiträumige e langfristige Vorsorgeperspektive* ou *Risikosteuerung*. KLOEPFER, Michael, *Umweltrecht*, op. cit., p. 178. No mesmo sentido, declarando que a aplicação da precaução se dá normalmente em razão de questões futuras, JORDAN, Andrew; O'RIORDAN, Timothy, op. cit., p. 7.
- <sup>77</sup> É inclusive explicitada nos textos que positivaram o princípio do desenvolvimento sustentável.
- <sup>78</sup> Sobre a íntima relação entre o direito do consumidor e o direito ambiental, indicando inclusive raízes relacionadas e apresentando o conceito de consumo sustentável, ver FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. op. cit., p. 739-740. Ademais, Nicolas de Sadeleer, ao tratar da juridicidade da precaução, afirma ser um princípio diretor que determina, em termos relativamente abstratos, certas missões específicas às autoridades no âmbito de algumas políticas públicas, entre elas, a da proteção do consumidor. EWALD, François; GOLLIER, Christian; SADELEER, Nicolas de, op. cit., p. 77.
- <sup>79</sup> O precursor dessa teoria no Brasil é, sem dúvida alguma, Ingo Wolfgang Sarlet. Para uma apresentação completa de todos os aspectos dos direitos fundamentais abordados neste texto, como a dimensão objetiva e subjetiva, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- <sup>80</sup> Para uma detalhada exposição dos fundamentos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como sua relação com a dimensão subjetiva ver ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 145 em diante.
- <sup>81</sup> Um dever de proteção que resulte na aplicação da precaução diante da incerteza é o que defende KLOEPFER, Michael, *Umweltrecht*, op. cit., p. 179.
- <sup>82</sup> Sobre como a aplicação da proibição de insuficiência deve ser feita com maiores reservas pelo juiz, em comparação com aquela da proibição de insuficiência, ver, por todos, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 65 em diante. Essa obra foi aquela que introduziu o termo proibição de excesso e proibição de insuficiência no direito alemão.
- <sup>83</sup> Sobre a liberdade de apreciação das autoridades ao aplicar a precaução, ver EWALD, François; GOLLIER, Christian; SADELEER, Nicolas de, op. cit., p. 78. Ver também, JORDAN, Andrew; O'RIORDAN, Timothy, op. cit., p. 11.
- <sup>84</sup> Para uma abrangente e esclarecedora análise dos parâmetros de atuação que o Legislativo e o Executivo devem respeitar tendo em vista a proibição de excesso e insuficiência, porém sob o ponto de vista do direito penal, ver SARLET, Ingo W. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. 81, p. 325-386, 2005 e STRECK, Lenio Luiz. *Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. *Revista da Ajuris*, v. 32, n. 97, p. 171-202, mar. 2005. Cumpre ressaltar que nem todos os aportes sejam completamente pertinentes para o tema desenvolvido aqui, por tratar-se de áreas diferentes do direito, mas a essência da teoria é a mesma, o que por si só já obriga sejam mencionados os textos, principalmente porque constituem raras, abordagens específicas da proibição de excesso e insuficiência na doutrina brasileira.
- <sup>85</sup> Nesse sentido, BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AgrIn. 70021128921, Rel. Des. Mário Crespo Brum. Porto Alegre, julgado em 11 out. 2007. <<http://www.tj.rs.gov.br>>. No deciso, a Câmara entendeu por manter liminar que havia vedado indivíduo de efetuar cortes de vegetação em sua propriedade, estando esta abrangida por Área de Preservação. Conquanto seja pacífico que tais regimes diferenciados de preservação ambiental impõe certos ônus ao exercício do direito de propriedade, a precaução foi suscitada como motivo para que a proibição fosse decretada mesmo antes da análise do mérito da causa. É evidente que a incerteza de que tratava o órgão judicial aqui e a incerteza tutelada pela precaução são distintas, porém vale reconhecer que os magistrados estão dispostos a afligir gravames ao direito de propriedade com base no princípio da precaução, em prol do ambiente.
- <sup>86</sup> Murswiek aponta o direito fundamental de livre exercício da profissão, na lei fundamental alemã, como um guarda-chuva, abrigoando-se então diversos aspectos da liberdade econômica e da livre iniciativa sob essa proteção, no contexto dos limites da atuação em sede de precaução por parte do Estado. O autor deixa claro, entretanto, que é uma restrição desproporcional nesse direito fundamental que pode limitar a aplicação do princípio da precaução, porém não o simples fato de que um empreendimento se tornar mais custoso ou até economicamente inviável se forem adotadas medidas precauciosas. MURSWIEK, Dietrich, op. cit., p. 235-237.
- <sup>87</sup> O plano adequado para resolver os choques de direitos fundamentais é o principiológico, balizado pela proporcionalidade, cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 111 e ss.
- <sup>88</sup> Sobre a responsabilidade objetiva do Estado resultante da falta de um agir precaucioso, e reforçando a ideia de que a omissão pode também revelar-se como atentatória da precaução, ver FREITAS, Juarez, op. cit., p. 45.
- <sup>89</sup> Proporcionalidade esta que já foi descrita por Humberto Ávila como postulado-normativo aplicativo, e não princípio, pois não haveria nunca o choque entre esta e outro princípio, permanecendo a proporcionalidade como o critério de resolução das próprias colisões: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios - Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112. Ressaltando que a precaução é um princípio que deve ser aplicado juntamente com uma gama de outros, não podendo ser interpretado isoladamente, EWALD, François, op. cit., p. 23.
- <sup>90</sup> Essa é a formulação construída por FREITAS, Juarez, op. cit., p. 43. Para uma elucidativa análise da aplicação da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em casos emblemáticos, a partir de sólida base teórica acerca do princípio, ver SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798. p. 23-50. abr. 2002, p. 36 em diante.
- <sup>91</sup> Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da, op. cit., p. 38.
- <sup>92</sup> Dentre outras decisões a explicitamente reconhecerem a aplicação do princípio da precaução, podemos citar: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ApCiv. 70011280724, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Porto Alegre, julgado em 14 jul. 2005. <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Na ocasião, o método da “carpina química” foi considerado perigoso o suficiente, diante da incerteza quanto ao seu impacto sobre o ambiente, para justificar a aplicação da precaução. Dessa forma, foi mantida decisão em sede de ação civil pública para impedir o município de Passo Fundo de autorizar a prática sem o devido Estudo de Impacto Ambiental. Já em BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AgrIn. 70014855811, Rel. Des. Rogério Gesta Leal. Porto Alegre, julgado em 29 jun. 2006. <<http://www.tj.rs.gov.br>>, a Câmara manteve antecipação de tutela que impunha à empresa Energizer o recolhimento de



- pilhas que haviam sido juntadas através de campanha pública intitulada “Mete Pilha”. Tal decisão aplicou o princípio da precaução, diante da possibilidade de risco ao ambiente representado pelas pilhas, mesmo em contrariedade ao art. 13 da resolução 257 do CONAMA, que estabelecia que baterias com aquelas especificações poderiam ser recolhidas junto com o lixo comum.
- <sup>93</sup> Nesse sentido a magistral conclusão de Olivier Godard: “Cette responsabilité ultime des instances les plus légitimes étant reconnue et proclamée, la qualité et l’acceptabilité des décisions qui seront prises par ces dernières auront une tout autre valeur si elles peuvent s’appuyer sur cette délibération large, aux formes multiples, organisée selon des procédures précises, qui est ici proposée comme la clé de voûte d’une mise en oeuvre raisonnable de la précaution”. GODARD, Olivier, op. cit., p. 29.
- <sup>94</sup> Sobre o aspecto dos limites de intensidade da restrição de direitos permitida em nome da precaução, em sede de proporcionalidade, ver: MACHADO, Paulo Affonso Leme. O princípio da precaução..., op. cit., p. 49.; EWALD, François; GOLLIER, Christian; SADELEER, Nicolas de, op. cit., p. 90; GODARD, Olivier, op. cit., p. 9. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo, op. cit., p. 91.
- <sup>95</sup> GETHMANN, Carl Friedrich. Zur Ethik des Handelns unter Risiko im Umweltstaat. In: KLOEPFER, Michael; GETHMANN, Carl Friedrich. *Handeln unter Risiko im Umweltstaat*. Berlin: Springer, 1993, p. 51.
- <sup>96</sup> Sustentando o dever de aplicação da precaução pelas autoridades públicas, EWALD, François, op. cit., p. 21 e 24. Ampliando o raciocínio e afirmando que a precaução é uma nova moral universal, a ser utilizada por todos aqueles com poder decisório, e aí incluindo os particulares, p. 39.
- <sup>97</sup> Nesse contexto, o princípio da precaução é um dos pilares do direito fundamental à boa administração pública, cf. FREITAS, Juarez. *Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 96-110.
- <sup>98</sup> Por todos, APPEL, Ivo. *Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge*. Zum Wandel der Dogmatik des Öffentlichen Rechts am Beispiel des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung im Umweltrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, p. 85. O autor avança na questão política, afirmando que quanto mais democraticamente legítimo é um sistema, mais orientado pelo curto prazo este é, p. 86.
- <sup>99</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1294.
- <sup>100</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm, op. cit., p. 22 a 28. Bem certo que o publicista alemão referia-se aí ao dispositivo do art. 1º, número 3 da Lei Fundamental alemã. A evidente compatibilidade deste com o nosso art. 5º, parágrafo 1º, todavia, permite que apliquemos os ensinamentos de Canaris no direito pátrio.
- <sup>101</sup> Idem, ibidem, p. 37.
- <sup>102</sup> SARLET, Ingo W., *A eficácia...*, p. 386 em diante.
- <sup>103</sup> Sobre esse critérios, ver SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 16, n. 61, p. 90-125, jan./mar. 2007.
- <sup>104</sup> No âmbito da União Europeia, alguns países estabelecem tratamento diferenciado no que tange à responsabilidade pelos defeitos dos produtos para empresas como estas, cf. CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 21, p. 53-93, jan./mar. 2005, p. 81.
- <sup>105</sup> Este o entendimento manifestado no acórdão BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AgrIn. 70012938981, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Porto Alegre, julgado em 16 mar. 2006. <<http://www.tj.rs.gov.br>>, que concedeu antecipação de tutela pedida pelo Ministério Público para desativar estações de rádio base de empresa de telefonia, que estavam localizadas próximas à escolas e hospitais. Fazendo alusão ao princípio da precaução, o relator entendeu que, diante de uma “dúvida relevante” sobre a possibilidade de danos causados pelas radiações não-ionizantes, era imperioso conceder proteção diferenciada em face da “peculiar condição pessoal” de crianças, adolescentes e pacientes, impondo, assim, restrição aos direitos da empresa, com base em legislação municipal sobre o assunto. No mesmo sentido, exigindo para a instalação de rádio-bases o Estudo de Impacto Ambiental, em razão da precaução: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. ApCiv. 70012795845, Rel. Des. Matilde Chabar Maia. Porto Alegre, julgado em 08 jun. 2006. <<http://www.tj.rs.gov.br>>.
- <sup>106</sup> Há que se reconhecer a relevância da expectativa dos consumidores de que estão utilizando ou ingerindo produtos seguros, conforme assevera CALIXTO, Marcelo Junqueira, op. cit., p. 91.
- <sup>107</sup> VOIDEY, Nadège. *Le risque em droit civil*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires Aix-Marseille, 2005, p. 285. No direito norte-americano, onde prevalece um sistema repressivo de contenção de defeitos, mormente reparatório, afirma-se que este é o ideal pois garante a concentração das despesas com os danos na pessoa das empresas negligentes. Para essa e outras considerações em relação esse sistema, que evidentemente não constitui nosso foco, ver IDE III, R. William. The role of the justice system in the product liability debate. HUNZIKER, Janet R.; JONES, Trevor O. (ed.). *Product liability and innovation – Managing risk in an uncertain environment*. Washington: National Academy Press, 1994.
- <sup>108</sup> Nesse sentido, STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 96, n. 855, p. 46-53, jan., 2007, sustentando, entre outros argumentos, que a responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento não foi atribuída expressamente ao fornecedor (p. 49). O mesmo autor contradiz-se em seguida, afirmando que a despeito da ausência de previsão dessa categoria entre as excludentes da responsabilidade, isso está implícito (p. 53).
- <sup>109</sup> É inegável que o critério temporal a ser utilizado e este, e não aquele da época da concepção ou mesmo fabricação do produto, conforme CALIXTO, Marcelo Junqueira, op. cit., p. 85.
- <sup>110</sup> O potencial conhecimento acerca de *riscos e probabilidade de dano* de determinadas matérias primas ou técnicas de concepção deve ser auferido conforme o padrão comunitário geral, no mundo inteiro, a ser determinado pelas pesquisas científicas, debates especializados, etc., e não em função dos conhecimentos daquele fornecedor isolado ou das demais empresas de seu metiêr, cf. PASQUALOTTO, Adalberto. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. *Revista da Juris*, v. 20, n. 59, p. 147-168, nov. 1993, p. 165.
- <sup>111</sup> Ou “impossibilidade objetiva da ciência descobrir os riscos do produto”, conforme coloca CALIXTO, Marcelo Junqueira, op. cit., p. 90, afirmando também ser essa hipótese de exclusão da responsabilidade, a ser alegada pela empresa, impossível de provar.
- <sup>112</sup> A responsabilidade subjetiva por culpa, em razão imprudência pelo não atendimento à precaução, em situações especiais que justificam tal obrigação, é construção de VOIDEY, Nadège, op. cit., p. 299. CALIXTO, Marcelo Junqueira, op. cit., p. 91, por sua vez, propõe o estabelecimento de prazo de dez anos para a identificação do defeito, conforme é corrente no sistema espanhol e alemão.
- <sup>113</sup> Essas são, em síntese, as sábias colocações de PASQUALOTTO, Adalberto, op. cit., p. 167. No mesmo sentido, afirmando que a aplicação da precaução no campo da responsabilidade civil situa-se no alargamento do dever de prudência e em uma interpretação mais restrita das causas de justificação, EWALD, François; GOLLIER, Christian; SADELEER, Nicolas de, op. cit., p. 99. Sobre a solidariedade nos contratos, ver FERREIRA DA SILVA, Luiz Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo W. (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, especialmente p. 151-152. Ver ainda: TMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 95, n. 844, p. 85-95, fev., 2006.
- <sup>114</sup> Sobre o termo, ver MOREIRA, Renato de Castro. O Direito à liberdade informática. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, p. 139-167, dez. 1999. Abordando a mesma temática, ver CUNHA, Paulo Ferreira da. Direito à informação ou deveres de proteção informativa do Estado? In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- <sup>115</sup> Cf. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A proteção do consumidor na sociedade da informação. *Revista forense*. v. 95, n. 346, p. 21-29, abr./jun., 1999, p. 22.
- <sup>116</sup> “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo (...) a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:”
- <sup>117</sup> “educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo”. Além disso, a Resolução 30/248 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1985, estipula a necessidade de promoção do acesso dos consumidores à informação.
- <sup>118</sup> “Art. 6º, Caput: São direitos básicos do consumidor: IV. a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.
- <sup>119</sup> Sobre como o direito à informação afigura-se em garantia contra essa desconfiança gerada na sociedade informática, inclusive aduzindo a ideia de um dever de transparência, ver o respeitável trabalho MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do*

- consumidor*: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, especialmente p. 240-250.
- <sup>120</sup> Ver ZANCHET, Marília. A proteção dos consumidores no Direito Internacional Privado brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 62, p. 173-219, abr./jun., 2007, que trata da tutela do consumidor no âmbito do direito internacional privado, especialmente nas p. 190-197, onde fala da importância do direito à informação nesse contexto.
- <sup>121</sup> Sobre essas e outras considerações acerca da temática, ver LISBOA, Roberto Senise. O consumidor na sociedade da informação. *Revista de direito do consumidor*, v. 16, n. 61, p. 203-229, jan./mar., 2007, especialmente p. 209-217.
- <sup>122</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, op. cit., 347.
- <sup>123</sup> Sobre como a publicidade tem o objetivo de insuflar a aquisição de bens e serviços, o que não significa que também ela esteja adstrita a devida transparência, ver DIREITO, Carlos Alberto Menezes, op. cit., p. 23 e 24. Com o mesmo sentir, LÓBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, n. 37, p. 59-76, jan./mar. 2001, p. 71-72
- <sup>124</sup> Cf. LISBOA, Roberto Senise, op. cit., p. 224.
- <sup>125</sup> “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.
- <sup>126</sup> Sobre os requisitos da informação prestada ao consumidor, ver LÓBO, Paulo Luiz Netto, p. 68-70.
- <sup>127</sup> Nestes termos a lição de LÓBO, Paulo Luiz Netto, op. cit., p. 74-75. No mesmo sentido, PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; CALGARO, Cleide, op. cit., p. 16.
- <sup>128</sup> Nesse sentido, DIREITO, Carlos Alberto Menezes, op. cit., p. 22; MARQUES, Claudia Lima, op. cit., p. 246, e LÓBO, Paulo Luiz Netto, op. cit., p. 75.
- <sup>129</sup> Sobre uma necessidade, nesses casos, de proteção diferenciada em razão da possibilidade de danos irreparáveis, ver SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. As novas tecnologias e o princípio da efetiva prevenção de danos ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 49, p. 130-163, jan./mar., 2004, p. 151.
- <sup>130</sup> Para considerações acerca da natureza preventiva da informação ao consumidor, quando em risco a saúde e a integridade física, ver PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; CALGARO, Cleide. A prevenção como elemento de proteção ao consumidor: a saúde e segurança do consumidor no código de proteção e defesa do consumidor brasileiro. *Revista Direito do Consumidor*, v. 16, n. 63, p. 9-26, jul./set., 2007, p. 11-13.
- <sup>131</sup> “Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.”
- <sup>132</sup> “O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.”
- <sup>133</sup> “O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.”
- <sup>134</sup> No entender de SAMPAIO, Aurisvaldo Melo, op. cit., p. 157, o termo “deveria saber” deve ser interpretado a transmitir dever do fornecedor de ter segurança sobre o potencial de riscos decorrente do produto antes de comercializá-lo. Assim, para o autor, há inversão do ônus da prova sobre a certeza da ausência de riscos, determinando que o fornecedor prove a inofensividade do produto. A nosso ver, embora Sampaio pretenda albergar a precaução (em sua concepção prejudicialmente forte), está ele a tratar da prevenção (inclusive utilizando esse termo), o que significa que a melhor maneira de entender esse desenvolvimento é no sentido de que refere-se aos riscos do produto que o fornecedor desconhece por falta de cuidado, e não àqueles sobre os quais a ciência ainda não emitiu alerta suficientemente forte.
- <sup>135</sup> “O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”.
- <sup>136</sup> “Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço”.
- <sup>137</sup> Embora afirme também existir um dever qualificado de diligência, conforme já citamos anteriormente, Adalberto Pasqualotto prefere apoiar tal dever no art. 10, caput, que estipula que o fornecedor não deve colocar no mercado produto que “sabe ou deveria saber” conter alto grau de nocividade ou periculosidade. PASQUALOTTO, Adalberto, op. cit., p. 164. Já PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; CALGARO, Cleide, op. cit., p. 24, atribuem conotação demasiadamente restritiva ao artigo em questão, falhando em antever a possibilidade de inclusão de um dever de precaução.
- <sup>138</sup> “Art. 4º, inciso III: harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.
- <sup>139</sup> Nesse sentido PASQUALOTTO, Adalberto, op. cit., ao afirmar que o dever de cuidado do fornecedor, nesses casos, é tipicamente atendido através da devida informação ao consumidor, p. 164.
- <sup>140</sup> Cf. divulgado em <[http://info.abril.com.br/aberto/infonews/022008/06022008-5\\_shl](http://info.abril.com.br/aberto/infonews/022008/06022008-5_shl)>. (acessado em 01/05/08). Note-se a declaração do diretor de informação do câncer da Cancer Research, entidade britânica: “Até hoje, os estudos não mostraram evidências de que o uso de celulares seja prejudicial, mas não podemos ter certeza absoluta sobre seus efeitos no longo prazo. As pesquisas ainda avançam (grifamos)”.
- <sup>141</sup> Sobre o dever do fornecedor, de intensa informação acerca dos riscos de seu produto, merece menção a emblemática e recente decisão do STJ: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 866. 636-SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, julgado em 19 fev. 2008. <<http://www.stj.gov.br>>. Na ocasião, a Min. Nancy Andrighi, contestando assertiva do laboratório Schering, de que as denúncias veiculadas pelo poder público contestando a segurança do medicamento Microvlar eram por demais frágeis para justificar que a empresa alertasse os consumidores: “Ademais, há que se notar a visão da recorrente sobre a questão gera, na hipótese, uma curiosa inversão da relação entre interesses do consumidor e interesses do fornecedor: afinal, sustenta a Schering, com toda a ênfase, ser lícito *pecar por falta*, ou seja, permitir que os consumidores sejam lesionados na hipótese de existir uma suposta dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito *pecar por excesso*, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco e ainda assim torcer para que, posteriormente, este acabe por se demonstrar infundado. (grifado no original)”
- <sup>142</sup> Cf. FREITAS FILHO, Roberto. Os alimentos geneticamente modificados e o direito do consumidor à informação: um questão de cidadania. *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 158, p. 143-161, abr./jun. 2003, p. 105, os consumidores brasileiros entendem necessária a informação sobre os OGMs.
- <sup>143</sup> Cf. NERY JUNIOR, Nelson. Alimentos transgênicos e o dever de informar o consumidor. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Estudos em homenagem ao ministro Adhemar Ferreira Maciel*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 570, para quem não há segurança sobre o consumo dos OGMs atualmente.
- <sup>144</sup> Idem, ibidem, p. 572.
- <sup>145</sup> “Art. 7. São obrigatórias: III. a adoção de meios necessários para plenamente *informar* à CTNBio, às autoridades da saúde pública, do meio ambiente, da defesa agropecuária, à *coletividade* e aos demais empregados da instituição ou empresa *sobre os riscos a que possam estar submetidos*, bem como os procedimentos a serem tomados no caso de acidentes com OGM (grifamos)”.
- <sup>146</sup> “Fica criado, no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, o Sistema de Informações em Biossegurança – SIB, destinado à gestão das informações decorrentes das atividades de análise, autorização, registro, monitoramento e acompanhamento das atividades que envolvam OGM e seus derivados”.
- <sup>147</sup> Referida lei é criticada por atribuir poder unilateral – frustrando, portanto, o debate – ao Conselho Nacional de Biossegurança para decidir sobre a necessidade de realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental conforme o caso. Ver VIEIRA, David Laerte. Princípio da precaução versus princípio da equivalência substancial e a polêmica em torno da liberação dos transgênicos no Brasil. *Interesse Público*, v. 9, n. 41, p. 109-120, jan./fev. 2007, p. 116.
- <sup>148</sup> “1. Um Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança fica por meio deste estabelecido como parte do mecanismo de facilitação referido pelo artigo 18, parágrafo 3º da Convenção, a fim de: (a) *facilitar o intercâmbio de informações científicas, técnicas, ambientais e jurídicas sobre organismos vivos modificados e experiências com os mesmos*; e (b) auxiliar as Partes a implementar o Protocolo, levando em considera-

ção as necessidades especiais das Partes países em desenvolvimento, em particular as de menor desenvolvimento econômico relativo e os pequenos Estados insulares em desenvolvimento entre elas, e os países com economias em transição bem como os países que sejam centros de origem e centros de diversidade genética. (grifamos)”

<sup>149</sup> Sobre as implicações do Protocolo de Cartagena, ver VIEIRA, David Laerte, op. cit., p. 118.

<sup>150</sup> Sobre como a informação e a rotulagem dos produtos transgênicos resultam exatamente do seu direito de autodeterminação, e tratando mais a fundo da problemática da porcentagem, ver KUNISAWA, Viviane Yumy M. O direito de informação do consumidor e a rotulagem dos alimentos geneticamente modificados. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 53, p. 135-150, jan./mar. 2005, especialmente p. 143-148.

<sup>151</sup> Os países têm adotado porcentagens diferentes a gerar a obrigação de informação: no Japão o nível é menos rígido, 5% e na União Europeia, 0,9%, cf. KUNISAWA, Viviane Yumy M., op. cit., p. 143.

<sup>152</sup> Denunciando a existência de diversos produtos cujas embalagens não informam sobre seu conteúdo de OGMs, bem como defendendo também o direito à informação do consumidor sobre aquilo que está ingerindo, ver FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de, op. cit., p. 765.

<sup>153</sup> VIEIRA, David Laerte, op. cit., p. 113.

<sup>154</sup> E certamente não o único, como bem assevera KUNISAWA, Viviane Yumy M., op. cit., p. 148, pois sempre deverá ser realizada a avaliação de biossegurança do produto pela CTNBio, afim de somente introduzir-se o produto no mercado após uma “garantia mínima” de que não será prejudicial à saúde humana e animal. Defendendo também o Exame Prévio de Impacto Ambiental como maneira propícia a aplicação da precaução especificamente ao caso dos OGMs, LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo, op. cit., 299.

<sup>155</sup> NERY JUNIOR, Nelson, op. cit., p. 573. No mesmo sentido, FREITAS FILHO, Roberto, op. cit., p. 154.