

Precaução e Proteção do Ambiente: Da Incerteza à Condicionalidade

CARLA AMADO GOMES*

1. Algumas ideias simples sobre o princípio da precaução

Precaução é um termo com o qual o cidadão comum está, hoje em dia, familiarizado. Fruto de alarmes sociais como os associados à crise das vacas loucas, da gripe asiática, do vulcão Eyjafjallajokull, a ideia de precaução surge como aliada de um consumidor confrontado com riscos inesperados, dos foros alimentar, sanitário e de segurança. Na dúvida, proíbe-se a venda de carne de vaca por suspeita de possibilidade de contaminação da cadeia alimentar humana; instauram-se controlos nas fronteiras para avaliar o estado de saúde de pessoas que regressam de determinados países e desaconselha-se a viagem para tais destinos; suspende-se o tráfego aéreo nos céus da Europa por suspeita de que as cinzas vulcânicas possam danificar os motores dos aviões. A precaução, novo paradigma de decisão num cenário de ciência incerta (aludindo à precaução como base de um “Direito da ciência incerta”, GRASSI, 2012, pp. 87 *et seq.*), ganha protagonismo na sociedade de risco.

Quando, em 1986, Ulrich Beck revelou as novas dimensões do risco na modernidade, na sua obra já antológica *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, lançou também as bases para uma nova cultura de gestão do medo. O risco moderno é global, induzido pelo homem, oculto nas causas e magno nas consequências, e intensamente democrático. Não se circunscreve a “grupos de risco”, antes se espalha por toda a sociedade, local, regional, mundial e por isso cria um potencial de medo muito superior, em quantidade e qualidade, ao que se vivia na sociedade industrial dos séculos XIX/XX. Biotecnologia,

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto. Foi Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa entre 2007 e 2013. Leciona cursos de mestrado e pós-graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

proteção radiológica, segurança alimentar, são hoje riscos públicos, sobre os quais os governantes devem promover um intenso e alargado contraditório que atenua o medo da incerteza e gere confiança nas vantagens do risco associado ao progresso civilizacional.

Risco e incerteza são grandezas muito próximas, que se aproximam através do chamado “princípio da precaução” (AMADO GOMES, 2007, pp. 224 *et seq.*. Mais recentemente, ARAGÃO, 2008, pp. 32-6, apresentando a incerteza como o segundo pressuposto de aplicação do princípio da precaução, a par de “novos riscos”). A diluição do nexo de causalidade entre ‘evento potencialmente lesivo’ e ‘dano’ obriga o decisor político a antecipar o momento de prevenção para um limiar temporal muito anterior à possibilidade de ocorrência da lesão. É nesta antecipação da atuação preventiva que avulta a dimensão da precaução – um momento em que não há certezas, em que inexistem consensos na comunidade científica, em que pairam dúvidas sobre a inocuidade de um produto ou atividade e ainda assim se dita uma restrição ou mesmo interdição, *in dubio pro salute/in dubio pro ambiente*. Ao momento da *certeza* do perigo prefere o momento da *intuição* do risco.

A evolução técnico-científica a que as sociedades desenvolvidas vêm assistindo principalmente nos últimos cinquenta anos trouxe para a ribalta o conceito de risco. Aproveitando (parcialmente) a síntese de Gilles Martin (MARTIN, 1998, pp. 451 *et seq.*), o risco começou por ser identificado, na Idade Média, com a ideia de *destino*, passando a ser relacionado, numa segunda fase, com o *progresso* – na sequência das profundas alterações aos processos de produção induzidas pela Revolução Industrial –, para estar hoje associado a uma imagem de *encruzilhada da civilização* – sinónimo, a um só tempo, de desafio tecnológico e de temor generalizado.

O risco sempre foi associado ao desconhecido. Atualmente, apesar e por causa das constantes superações da Ciência, esse desconhecido entranhou-se em praticamente todos os domínios da vida, trazendo consigo uma intensa sensação de fragilidade. O risco globalizou-se, e a exploração da (fácil) vertente sensacionalista das questões com ele relacionadas pelos *mass-media*, se contribui, por um lado, para a mobilização social (“Dans la perception collective des risques, les médias sont alors sociologiquement appelés à jouer un rôle stratégique au regard du processus de décision” CHARBONNEAU, 1998, p. 386), não raras vezes, por outro lado, o banaliza. Chegámos à *sociedade multiriscos*: grandes ou pequenos, reais ou artificiais, é com eles que quotidianamente temos que conviver.

A precaução ganhou relevo no Direito Internacional no âmbito da luta contra a poluição marinha, e como metodologia de ponderação de riscos no âmbito do licenciamento de instalações potencialmente poluentes, no Direito alemão (veja-se, para uma síntese evolutiva da lógica de precaução no ordenamento alemão, BOEHMER-CHRISTIANSEN, 1994, pp. 31 *et seq.*). Numa formulação ampla, a lógica de precaução implica que a dúvida sobre a existência de um determinado risco securitário, sanitário, ambiental, não deve inibir as autoridades públicas que têm por missão o seu controlo de tomar medidas e de as impor ao operadores económicos no sentido de o minimizar. O seu intuito é sustentar decisões tomadas em contextos de incerteza quanto à existência do risco, quanto à sua magnitude, quanto ao momento da sua eclosão, deslocando para a esfera de quem pretende introduzir o fator de risco o ónus de demonstração da sua neutralização através de medidas de prevenção.

Assim apresentada em traços impressionistas, a precaução assume uma faceta impressivamente positiva, de defesa de interesses públicos vitais à comunidade, legitimando a imposição de salvaguardas ao comércio e à indústria no sentido da mais elevada proteção do consumidor. Mas esta seria uma perspetiva redutora das consequências que lhe estão associadas. Vejamos porquê.

2. Algumas ideias inquietantes sobre o princípio da precaução

Escreve Cass Sunstein que uma das vantagens das democracias reside na institucionalização do debate sobre os riscos, prevenindo situações de pânico injustificado, promovendo a informação sobre os dados disponíveis – não forçosamente claros e tendencialmente controversos – e definindo os riscos aceitáveis através de uma análise custo/benefício (SUNSTEIN, 2005, *passim*). O risco, enfatiza Bernstein, é um conceito político porque resulta de uma escolha, não de uma predestinação – “risk is a choice rather than a fate” (BERNSTEIN, 1996, p. 8: “The word risk derives from the early italian *risicare*, which means ‘to dare’. In this sense, risk is a choice rather than a fate. The actions we dare to take, which depend on how free we are to make the choices, are what the story of risk is all about”). Problemático é interpretar e gerir as escolhas da generalidade da população sobre os riscos, porque elas resultam, muitas vezes, de apreciações não racionais (POSNER, 2004, pp. 119 *et seq.*).

Com efeito, riscos próximos, circunscritos, que se traduzam em perda de vidas humanas ou em incapacidades vitalícias, sobretudo se *apetecíveis* para a comunicação social, são aqueles que mais facilmente captam a atenção da população no sentido da sua rejeição (HORNSTEIN, 1992, p. 608). O carácter difuso de certos riscos (v.g., a inalação de gases tóxicos), a deficiente ou contraditória informação sobre outros (v.g., os efeitos das radiações emitidas pelos telemóveis), a incidência prioritária ou exclusiva do risco sobre bens naturais (v.g., efeitos de certos pesticidas sobre a qualidade do solo, ou de uma atividade de lazer sobre uma espécie animal), a distância temporal do *pico* do risco relativamente ao período de vida da geração presente e da subsequente (v.g., o sobreaquecimento do planeta provocado pelas emissões de dióxido de carbono, desde as industriais às domésticas), mas sobretudo a *acomodação* social a certos riscos – quer da parte de quem o suporta, quer da parte dos que o provocam (conforme nota HORNSTEIN, 1992, p. 628, “Technological innovation, however, is not a ‘black box’ into which policymakers can reach at will to extract solutions. It is a complex market process with demands that can be profoundly affected by the social process of environmental decisionmaking”) –, estes e outros fatores de ponderação condicionam a análise racional do potencial lesivo do risco, forçando o decisor público a assumir uma atitude dialogante com os agentes económicos e a sociedade civil, sob pena de criação de resistências ao acatamento de medidas restritivas.

Este diálogo é dificultado pela complexidade técnica dos problemas associados aos riscos em jogo, é entorpecido pela permeabilidade do poder político a interesses económicos e não raro convoca questões éticas de relevo. Sunstein sublinha a este propósito que, enquanto a sinalização do risco tem uma dimensão predominantemente factual, a sua gestão envolve (por vezes dilemáticos) juízos de valor – e sempre acarreta um custo, a suportar pela indústria ou pelos consumidores.

A gestão do risco é, decerto, onerosa, na direta proporção da incerteza que o rodeia. O desconhecimento da magnitude do risco, das suas prováveis manifestações, das circunstâncias da sua eclosão, obrigam os operadores económicos a um esforço financeiro considerável, que pode em última análise tornar a sua atividade incomportável, tamanho é o volume de riscos que devem antecipar (“Taken literally, the precautionary principle would lead to indefensible huge expenditures, exhausting our budget well before the menu of options could be thoroughly consulted” – SUNSTEIN, 2002, p. 103). O facto de se impor ao

operador um ônus da prova da inocuidade do produto ou da atividade pode constituir, desde logo, um obstáculo intransponível.

O peso financeiro da precaução pode, conseqüentemente, levar a retração na introdução de inovações – o que é suscetível de perpetuar produtos ou atividades tendencialmente obsoletos. A dúvida sobre os riscos associados a novos produtos ou atividades, porque importa em custos de prevenção elevados, pode gerar, paradoxalmente, um fenómeno de degradação dos níveis de segurança, em virtude da preferência do velho e aparentemente seguro ao novo e previsivelmente arriscado.

O receio do desconhecido potencia, assim, como enfatiza Cross, um anquilosamento da tecnologia e uma estagnação do progresso científico (CROSS, 1996, pp. 863 *et seq.*). Este autor sublinha que “o princípio da precaução tende a ser primacialmente aplicado a novas fontes de risco, precisamente porque já nos acostumámos a viver com os riscos antigos e não nos sentimos tão ameaçados por eles” (CROSS, 1996, p. 876). Ou seja, o receio associado à insegurança do novo pode induzir um acréscimo de insegurança através da perpetuação do antigo.

A questão da precaução ganha, todavia, contornos ainda mais inquietantes quando utilizada no âmbito da política de segurança. A ideia de que, na dúvida sobre a perigosidade social de um determinado sujeito, é legítimo escutá-lo, segui-lo, detê-lo, torturá-lo ou mesmo executá-lo, em nome da segurança nacional, constitui uma concretização da precaução no seu pior sentido – infelizmente bastante usual no pós 11 de setembro e vastamente detetável em medidas, legislativas e executivas, tanto nos Estados Unidos da América como na Europa. [Cf. o USA *Patriot Act (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001)* assinado pelo Presidente George W. Bush em 26 de outubro de 2001, na sequência dos ataques da Al-Qaeda em território norte-americano; o *Antiterrorism, Crime and Security Act 2001* aprovado pelo Parlamento do Reino Unido em 19 de novembro de 2001; ou, mais recentemente, na sequência do atentado contra a sede do jornal *Charlie Hebdo*, em janeiro de 2015, as alterações à lei antiterrorista aprovadas em 4 de novembro de 2015, numa escalada que logo em 2004 foi descrita como “o fim do Estado de Direito” por PAYE, 2004, pp. 61 *et seq.*] Conforme sublinham Miller e Conko, o princípio da precaução tende a tornar os governos menos confiáveis (*accountable*) porque a sua ambiguidade permite ao decisor usá-lo como justificativa de qualquer decisão restritiva (MILLER & KONKO, 2001, p. 303).

A escolha da precaução acaba por coincidir, muitas vezes, com um sacrifício intolerável das liberdades, de circulação, de comunicação, de expressão. O medo torna as pessoas reféns de políticas securitárias altamente invasivas e deixa a sociedade permeável a investidas autoritárias. A precaução torna-se lobo em pele de cordeiro.

Temos até aqui adotado um estilo menos técnico. Mas a noção de (princípio da) precaução tem projeções jurídicas várias, ainda que não propriamente precisas. Em razão desta imprecisão, a precaução tem na jurisprudência um determinante intérprete. Vamos prosseguir com um breve apanhado das formulações do princípio da precaução no Direito da União Europeia e no Direito Português, para depois analisarmos algumas decisões jurisdicionais que podem ajudar a perceber o sentido que o princípio vem adquirindo.

3. As várias “faces” do “princípio” da precaução (desenvolvidamente sobre este ponto, veja-se AMADO GOMES, 2007, pp. 252 et seq.)

A lógica de precaução traduz fundamentalmente uma ideia de prevenção antecipada em razão da incerteza sobre a existência de lesividade significativa de uma determinada atividade ou produto. A lei alemã sobre autorizações de atividades geradoras de emissões poluentes, em vigor desde 1972 e desde então por várias vezes alterada, lançou a distinção entre prevenção de *perigos* (eventos lesivos com probabilidade de ocorrência comprovada com base em juízos estatísticos ou científicos incontrovertidos e que nessa qualidade devem ser evitados) e prevenção de *riscos* (eventos cuja lesividade ou probabilidade de ocorrência é controversa e que, por isso, devem ser prevenidos por recurso às melhores técnicas disponíveis) (cf. os n.ºs 1 e 2 do artigo 5 da *Bundes-Immissionsschutzgesetz*: “*Genehmigungsbedürftige Anlagen sind so zu errichten und zu betreiben, dass zur gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt / 1. schädliche Umweltwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen für die Allgemeinheit und die Nachbarschaft nicht hervorgerufen werden können; 2. Vorsorge gegen schädliche Umwelteinwirkungen und sonstige Gefahren, erhebliche Nachteile und erhebliche Belästigungen getroffen wird, insbesondere durch die dem Stand der Technik entsprechenden Maßnahmen*”). A esta norma está implícita uma metodologia de ponderação de interesses: porque

a atividade é socialmente útil, ela não deve ser liminarmente proibida caso a sua lesividade não esteja absolutamente comprovada; todavia, o facto de poder importar em danos para o ambiente obriga o operador a suportar o custo de medidas de prevenção de riscos por recurso à melhor técnica disponível.

No plano internacional, o primeiro assomo da lógica de precaução fez-se na Carta Mundial da Natureza, de 1982 (aprovada pela Resolução da Assembleia Geral da ONU de 28 de outubro de 1982 n.º A/RES/37/7), no artigo 11.º, que aqui se transcreve:

“11. Activities which might have an impact on nature shall be controlled, and the best available technologies that minimize significant risks to nature or other adverse effects shall be used; in particular:

- (a) Activities which are likely to cause irreversible damage to nature shall be avoided;*
- (b) Activities which are likely to pose a significant risk to nature shall be preceded by an exhaustive examination; their proponents shall demonstrate that expected benefits outweigh potential damage to nature, and where potential adverse effects are not fully understood, the activities should not proceed; [...].”*

Deste documento, fortemente ecocêntrico, resulta uma versão máxima da lógica de precaução, uma vez que se afirma que sempre que remanesça dúvida sobre os efeitos adversos de uma determinada atividade para a Natureza, ela deve ser vedada. Cabe ao operador demonstrar inequivocamente que os efeitos benéficos para a Natureza ultrapassam largamente os efeitos adversos. E na dúvida, proíbe-se – trata-se de um mandado de inação a favor do ambiente.

Já na Declaração de Londres, de 1987, sobre poluição marinha no Mar do Norte, a precaução surge bem menos assertiva, no artigo XVI/I, que igualmente se reproduz:

“[The ministers] accept the principle of safeguarding the marine ecosystem of the North Sea by reducing pollution emissions of substances that are persistent, toxic and liable to bioaccumulate at source by the use of the best available technology and other appropriate measures. This applies especially when there is reason to assume that certain damage or harmful effects on the living

resources of the sea are likely to be caused by such substances, even where there is no scientific evidence to prove a causal link between emissions and effects ('the principle of precautionary action')".

Como facilmente se apreende, esta formulação aproxima-se da adotada pela lei alemã, estabelecendo, diferentemente da norma anteriormente transcrita, um mandado de ação a favor da viabilização da atividade, embora condicionada à observância das melhores tecnologias disponíveis (numa tentativa de "avoid paralysis by analysis" – HARREMOES, GEE, MacGARVIN, STIRLING, KEYS, WYNNE & GUEDES VAZ, 2002, pp. 203 *et seq.*). As diferenças não ficam pela atitude positiva, anotando-se também a omissão relativamente à inversão do ônus da prova a cargo do operador.

A Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, no seu princípio 15, viria a dar amplitude planetária à ideia de precaução – à abordagem de precaução, mais precisamente –, conforme resulta da norma que aqui se ilustra:

"In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation".

A distância entre fórmulas atinge um pico assinalável: a adoção da "approach" precaucionista fica condicionada de múltiplas formas, em função: *i*) da capacidade dos Estados; *ii*) da seriedade ou irreversibilidade do dano; *iii*) da consistência científica da dúvida sobre os efeitos lesivos da atividade; *iv*) da sujeição da adoção de medidas minimizadoras a uma ponderação custo-benefício. Na Declaração do Rio, mantém-se a lógica do mandado de ação e neutraliza-se irreversivelmente a máxima *in dubio pro ambiente* que resulta da Carta Mundial da Natureza, uma vez que se admite a viabilização da atividade condicionada por medidas minimizadoras de efeitos adversos, mas sujeita-se a fixação destas a uma equação de vantagens e desvantagens sociais imediatas e previsíveis da atividade contra vantagens e desvantagens ambientais desta, de médio e longo prazo e de ocorrência incerta.

Esta brevíssima amostragem visa caracterizar a forte alternância de fórmulas relativas à precaução nos documentos internacionais, que

se deve tanto às divisões que convoca em razão das escolhas políticas que reclama, como aos diferentes domínios de regulação em que marca presença (poluição marinha; biodiversidade; radioatividade), como ainda ao nível de regulação em que se posiciona (regional ou mundial). Vejamos como a assimilou o Direito da União Europeia.

3.1. A precaução no Direito da União Europeia

No Direito da União Europeia, a primeira referência explícita à precaução surge na sequência da revisão dos Tratados operada pelo Tratado da União Europeia (1993) [tal não significa que a lógica da precaução não fosse já perceptível no Direito da União Europeia anterior ao Tratado da União Europeia. Veja-se o n.º 3 do artigo 6.º da Diretiva n.º 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de maio de 1992 (diretiva habitats), a que se fará referência na sequência do texto]. O n.º 1 do então artigo 130R passou a incluir o termo no lote de princípios aplicável à política de ambiente, embora sem desenvolvimento quanto ao seu conteúdo. Só em 2000, através de uma Comunicação da Comissão sobre o princípio da precaução [Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução – COM(2000) 1 final, de 2 de fevereiro de 2000], e devido à grande oscilação de formulações e interpretações a que se assistia no plano do Direito Internacional, a Comunidade Europeia tomou uma posição mais extensa sobre o seu significado.

Nesta Comunicação, a Comissão estabelece que o princípio da precaução é invocável apenas num quadro de incerteza decisória – ou seja, quando existir uma dúvida consistente sobre o potencial lesivo de determinado produto ou atividade para o ambiente ou para a saúde pública. A Comissão exige o preenchimento de três pressupostos para legitimar o recurso ao critério de precaução: *i*) a identificação de efeitos potencialmente lesivos, através de uma análise de risco; *ii*) a avaliação dos melhores dados científicos disponíveis; *iii*) a controvérsia sobre os efeitos lesivos na comunidade científica. A precaução é, em regra, um mandado de ação, com recurso às melhores técnicas disponíveis, no sentido da conciliação dos interesses em jogo; contudo, não se exclui (nem se admite) a opção pela proibição.

Na fixação das medidas de minimização do risco, a Comissão reclama a observância de cinco princípios gerais: a proporcionalidade entre as medidas adotadas e o nível de proteção pretendido; a não discriminação na aplicação das medidas; a coerência entre as medidas

sucessivamente adotadas ao longo do tempo em situações similares; uma análise comparativa de vantagens e desvantagens da autorização ou da proibição/ação ou inação; um reexame da suficiência das medidas de minimização tendo em atenção a evolução técnico-científica.

Desde a sua inclusão no Tratado, em sede de política de ambiente, até hoje, o princípio da precaução passou a ser invocado por diversos diplomas legislativos ambientais da União Europeia. Sem pretensão de exaustividade, vejam-se: a diretiva sobre prevenção e controlo integrados da poluição (1996) (Diretiva n.º 96/61/CE, do Conselho, de 24 de setembro de 1996 – hoje revogada pela Diretiva n.º 2010/75/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro, relativa às emissões industriais); a (segunda) diretiva sobre organismos geneticamente modificados (2001) (Diretiva n.º 2001/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de março de 2001, relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados – ver, em especial, o Anexo II, ponto B. Princípios Gerais); o regulamento sobre o sistema de gestão de substâncias químicas (2006) [Regulamento (CE) n.º 1907/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2006 relativo ao registo, avaliação, autorização e restrição de substâncias químicas (REACH)]; o regulamento, relativo à utilização na aquicultura de espécies exóticas e de espécies ausentes localmente (2007) (Regulamento (CE) n.º 708/2007, do Conselho, de 11 de junho); a diretiva sobre resíduos (2008) (Diretiva n.º 2008/98/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de novembro de 2008); a diretiva sobre máquinas de aplicação de pesticidas (2009) (Diretiva n.º 2009/127/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro de 2009 – que altera a Diretiva n.º 2006/42/CE no que respeita às máquinas de aplicação de pesticidas); a diretiva quadro da água (2010) (Diretiva n.º 2000/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2000); a diretiva relativa à restrição do uso de determinadas substâncias perigosas em equipamentos elétricos e eletrónicos (2011) (Diretiva n.º 2011/65/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2011); e a diretiva relativa à segurança das operações *offshore* de petróleo e gás (2013) (Diretiva n.º 2013/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013). À exceção da diretiva de 2009 sobre máquinas de aplicação de pesticidas (Diretiva n.º 2013/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de junho de 2013), nenhuma das outras inclui propriamente um critério de decisão, focando-se sim sobre a metodologia de análise de risco, sobre a fixação das medidas de gestão do mesmo segundo as

melhores tecnologias disponíveis, e sobre as questões da monitorização e revisão da decisão autorizativa.

Mas atente-se sobretudo na formulação do n.º 3 do artigo 6.º da Diretiva n.º 92/43/CEE, do Conselho, de 21 de maio de 1992, mais conhecida por “diretiva habitats” – sublinhando-se que neste diploma se não vislumbra qualquer referência expressa à precaução:

“Os planos ou projetos não diretamente relacionados com a gestão do sítio e não necessários para essa gestão, mas suscetíveis de afetar esse sítio de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outros planos e projetos, serão objeto de uma avaliação adequada das suas incidências sobre o sítio no que se refere aos objetivos de conservação do mesmo. Tendo em conta as conclusões da avaliação das incidências sobre o sítio e sem prejuízo do disposto n.º 4, as autoridades nacionais competentes *só autorizarão esses planos ou projetos* depois de se terem assegurado de que *não afetarão a integridade do sítio em causa* e de terem auscultado, se necessário, a opinião pública” (itálico nosso).

Este preceito espelha bem a opção mais radical do princípio, plasmada na Carta Mundial da Natureza, a que aludimos *supra*. Desta norma resulta, diferentemente das restantes, um critério material de ponderação, que faz prevalecer o interesse de proteção da biodiversidade integrante da rede Natura sobre qualquer outro interesse (pelo menos *prima facie*, uma vez que o diploma admite a derrogação da proibição em nome da salvaguarda de interesses públicos de superior relevo e desde que sejam oferecidas contrapartidas para o equilíbrio da rede, no seu todo). Nos restantes diplomas, a precaução é invocada como metodologia de ponderação de interesses, sempre em articulação com o sentido e limites fixados na Comunicação da Comissão de 2000.

3.2. A precaução no Direito português

A precaução foi pela primeira vez nomeada no Direito ambiental português no DL n.º 194/2000, de 21 de agosto, que acolheu o primitivo regime de licenciamento ambiental no âmbito do sistema de controlo integrado da poluição (cf. o artigo 9.º, n.º 1, *in fine*, e o Anexo V). Nessa altura, a Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 11/87, de 7 de abril) era

alheia ao conceito, só o tendo incorporado no lote de princípios materiais ambientais em 2014, quando passou a estar consagrado no artigo 3.º, alínea *c*), a par da prevenção (cf. a Lei de Bases do Ambiente atualmente em vigor: Lei n.º 19/2014, de 14 de abril), nos termos seguintes:

- “*c*) Da prevenção e da precaução, que obrigam à adoção de medidas antecipatórias com o objetivo de obviar ou minorar, prioritariamente na fonte, os impactes adversos no ambiente, com origem natural ou humana, tanto em face de perigos imediatos e concretos como em face de riscos futuros e incertos, da mesma maneira como podem estabelecer, em caso de incerteza científica, que o ónus da prova recaia sobre a parte que alegue a ausência de perigos ou riscos”.

Entretanto, todavia, chegara uma definição do princípio da precaução à Lei da Água (Lei n.º 58/2005, de 29 de dezembro), cujo artigo 3.º, alínea *e*), o desenha assim:

“Princípio da precaução, nos termos do qual as medidas destinadas a evitar o impacte negativo de uma ação sobre o ambiente devem ser adotadas, mesmo na ausência de certeza científica da existência de uma relação causa-efeito entre eles;”

Esta definição foi reproduzida, apenas com substituição de objeto, no DL n.º 142/2008, de 24 de julho (Regime da conservação da natureza e da proteção da biodiversidade): a alínea *e*) do artigo 4.º deste diploma refere-se a “conservação da natureza e da biodiversidade” em vez de a “ambiente”, como o diploma anterior.

No espaço de tempo que medeia a entrada em vigor da Lei da Água (2006) e do Regime de proteção da natureza (2008), surge ainda uma terceira fórmula de princípio da precaução, no artigo 5.º, alínea *c*), da Lei n.º 27/2006, de 3 de julho (Lei de Bases da Proteção civil), de onde se extrai o seguinte:

- “*c*) O princípio da precaução, de acordo com o qual devem ser adotadas as medidas de diminuição do risco de acidente grave ou catástrofe inerente a cada atividade, associando a presunção de imputação de eventuais danos à mera violação daquele dever de cuidado”.

Não se afigura simples, perante esta amostra, descortinar o sentido que a precaução adquire no nosso ordenamento jurídico, mas parece ser possível retirar as seguintes conclusões:

- i)* A precaução constitui um mandado de ação – a incerteza científica não deve tolher o decisor de ordenar a tomada de medidas, tanto a operadores públicos como privados, para minimizar os riscos inerentes à atividade autorizada;
- ii)* A precaução só se distingue da prevenção no objeto de controlo: riscos para a primeira, perigos para a segunda (cf. a definição da Lei de Bases do Ambiente). Ambos envolvem uma atitude antecipativa de eventos potencialmente adversos para o ambiente, bem como a oneração do operador com a demonstração de suficiência das medidas adotadas com vista à minimização da eventual lesão [um bom exemplo deste dever de atestar a viabilidade socioambiental de um qualquer projeto traduz-se na obrigação do proponente de entregar um Estudo de Impacto Ambiental no âmbito da avaliação de impacto ambiental de projetos que podem gerar impacto significativo para o ambiente – cf. o artigo 14.º, n.º 1, do DL n.º 151-B/2013, de 31 de outubro (com última alteração através do DL n.º 197/2015, de 27 de agosto: Regime de avaliação de impacto ambiental)];
- iii)* O legislador português não define o(s) grau(s) de risco que desencadeia a precaução, nem impõe análise de custo/benefício na fixação das medidas preventivas, nem tão-pouco avança critérios específicos de ponderação de bens – ou seja, não se retira da legislação portuguesa uma priorização do objetivo de proteção da saúde ou do ambiente em face de outros interesses decorrentes da mera explicitação do princípio da precaução.
A pulverização de fórmulas não abona sobre a consistência do princípio, muito menos sobre o seu sentido. Mas além disso, e em face dos dados do Direito da União Europeia, uma ausência deveras estranha destas normas é a da ligação entre gestão da incerteza, avaliação de risco e recurso à melhor técnica disponível no âmbito da gestão do risco. Um dos locais onde essa ligação é patente é o DL n.º 72/2003, de 10 de abril (que dispõe sobre o regime de libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados para qualquer fim diferente da colocação no mercado, bem como a colocação no mercado de produtos que

os contenham ou por eles sejam constituídos) o qual, não avançando nenhuma definição de precaução mas apenas a invocando, inclui um Anexo II cujo teor é totalmente constituído por regras sobre a concretização da lógica de precaução, nomeadamente com descrição extensa de metodologias de avaliação e gestão de riscos a eles associados.

Esta referência permite-nos aditar uma quarta conclusão às três acima expostas, extrapolando a partir de diplomas como o DL n.º 72/2003 ou como o DL n.º 127/2013, de 30 de agosto, que traça o regime das emissões industriais e regula o licenciamento ambiental das instalações mais intensamente poluentes (no qual se menciona a precaução apenas no artigo 32.º, n.º 2, a propósito da fórmula das melhores técnicas disponíveis):

- iv) O legislador português entende a precaução como uma metodologia de análise e gestão de risco, antecipativa e dinâmica, por recurso à melhor tecnologia disponível.

O Direito escrito dá-nos, portanto, sinais contraditórios sobre o sentido da precaução no ordenamento português. Teremos que entrar no Direito aplicado, ou seja, na jurisprudência, para porventura descobrir algo mais. Mas antes, vamos proceder a essa mesma operação no âmbito da União Europeia, analisando alguns casos decididos pelo Tribunal Geral (=TG) e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (=TJUE) a fim de deles tentar extrair algum contributo útil para a melhor compreensão da precaução.

4. O sentido do “princípio da precaução” na jurisprudência:

Do percurso percorrido até aqui, compreender-se-á que a lógica de precaução provoque alguma resistência da parte dos tribunais. No plano internacional, o Tribunal Internacional de Justiça já desconsiderou a precaução como princípio, afirmando que a prevenção de danos ao ambiente é o único princípio que pode ser aceite no plano das relações internacionais, sob pena de se introduzir um perigoso fator de unilateralismo potencialmente adverso ao princípio *pacta sunt servanda* [O Tribunal Internacional de Justiça chegou a esta conclusão na decisão *Gabcikovo-Nagymaros Project*, prolatada a 25 de setembro de 1997. Estava em causa a suspensão unilateral de um Tratado celebrado entre a Hungria e a (então) Checoslováquia, que tinha por objeto a construção

de uma barragem no rio Reno. A Hungria suspendeu os trabalhos com base em alegações de que a continuação da construção poderia provocar, segundo alguns estudos, riscos para a saúde das pessoas e para o ambiente, invocando a precaução como fundamento de um “estado de necessidade ambiental”. O Tribunal descartou esta argumentação, vindando que a suspensão do cumprimento de um Tratado não pode operar com base na alegação de um risco eventual mas apenas com fundamento em um perigo devidamente comprovado – e iminente. Ou seja, não aceitou como válida a invocação da precaução (cf. os considerandos 49 a 58 do acórdão)]. O Tribunal Internacional para o Direito do Mar, apesar de ter adotado uma retórica argumentativa que alguns identificam com o princípio da precaução, no caso *Southern Bluefin Tuna* (1999), nunca o invocou expressamente. O Painel de Resolução de Conflitos da Organização Mundial do Comércio tão pouco vê com bons olhos a invocação da precaução, que se constitui como um inimigo do comércio internacional em razão da lógica protecionista que lhe está subjacente.

O Tribunal de Justiça da União Europeia, cuja principal jurisprudência em sede de precaução analisaremos sinteticamente de seguida, tem resistido a aceitar o argumento quando brandido pelos Estados-membros para afastar atos da União Europeia; todavia, em contrapartida, tem-se manifestado favorável à validação de medidas tomadas pelas instituições europeias contra empresas que atuam no espaço europeu sustentadas em argumentos precaucionistas – mormente no plano da proteção da saúde pública.

4.1. Da União Europeia

Os casos que subiram aos tribunais da União Europeia nos quais se invoca a precaução como critério de decisão remontam a 1999 [note-se que em 1998 foram decididos dois casos que opuseram o Reino Unido à Comissão Europeia em virtude da proibição de exportação de carne bovina, por risco de contaminação com encefalopatia espongiforme (a conhecida “doença das vacas loucas”) – acórdãos do TJUE de 5 de maio de 1998, procs. C-157/96 e C-180/96. Em nenhum deles se invocou expressamente o princípio da precaução, embora se tenha contestado a análise de risco subjacente ao embargo decretado pela Comissão. O Tribunal considerou, em ambos os casos, que a medida proibitiva da Comissão era conforme ao princípio da proporcionalidade, na vertente da adequação e do equilíbrio, tendo em consideração

as incertezas sobre o contágio e o valor primordial em jogo (a vida humana), frisando nomeadamente que “Where there is uncertainty as to the existence or extent of risks to human health, the institutions may take protective measures without having to wait until the reality and seriousness of those risks become fully apparent” (consid. 99; vejam-se os considerandos 96 a 111 do proc. C-180/96)], com as decisões proferidas no caso *Pfizer Animal Health* [Despacho do Presidente do Tribunal de Primeira Instância (hoje TG) de 30 de junho de 1999, proc. T-13/99 R, confirmado pelo Despacho do Presidente do TJUE de 18 de novembro de 1999, proc. C-329/99 P(R)] – em que os tribunais negaram o pedido de suspensão de um regulamento de execução do Conselho que implicou a retirada de autorização de comercialização de um antibiótico para animais produzido pela Pfizer, com fundamento em risco para a saúde humana. Este caso é particularmente paradigmático porquanto a Comissão Europeia, perante as suspeitas de risco para a saúde das pessoas, pediu parecer ao Comité Científico de Alimentação Animal (*Scientific Committee for Animal Nutrition* = SCAN) e este Comité não detetou quaisquer riscos imediatos na utilização da virginiamicina. Ainda assim, o Tribunal considerou que a Comissão e o Conselho agiram de forma proporcional, decretando uma medida adequada e suficiente a evitar um risco para saúde pública, não tendo excedido os limites do poder de apreciação que lhes é concedido porquanto, embora o risco se não revelasse imediato, não era de todo excluível à luz das considerações científicas produzidas sobre o assunto [Deixa-se a transcrição do considerando 19 do Regulamento (CE) 2821/98 do Conselho, de 17 de dezembro de 1998 (que altera, no que respeita à retirada da autorização de certos antibióticos, a Diretiva 70/524/CEE relativa aos aditivos na alimentação para animais), onde reside a fundamentação da medida decretada: /“(19) Considerando que o Comité Científico de Alimentação Animal indica igualmente que a transferência do gene *satA*, que confere resistência à virginiamicina, se verifica *in vitro* entre estirpes isogénicas de *Enterococcus faecium*; que foram detetados *E. faecium* resistentes à virginiamicina em 22 % dos alimentos provenientes de suínos e em 54 % dos alimentos provenientes de aves de capoeira; que, na população humana, existem fatores genéticos que conferem resistência à virginiamicina, desconhecendo-se a sua prevalência; que duas estirpes de *E. faecium* resistentes à virginiamicina e à pristinamicina, uma isolada num explorador agrícola neerlandês e outra nas suas aves de capoeira, apresentam a mesma marca genética; que, embora não seja possível

generalizar com base num só caso o que poderia ser um exemplo de transferência de enterococos resistentes do animal para o ser humano, tal caso constitui, no entanto, uma indicação para a Comissão, que poderia ser futuramente confirmada por novos casos”].

Este nível de “risco-zero” – ou seja, um risco não excluível *em abstracto* à luz da melhor informação científica disponível – sancionado pelo Tribunal do Luxemburgo repetiu-se em casos subsequentes, gerando acusações, da parte da indústria, de que a União Europeia estaria a promover uma absolutização do valor “segurança na saúde” perante direitos como a iniciativa económica e a investigação farmacológica. Veja-se, por exemplo, o Acórdão *Solvay* (2003), no qual estava em causa uma diretiva que proíbe a presença de um aditivo para alimentação animal (nifursol) no mercado: aí o TG afirmou expressamente que a União Europeia pode adotar uma política de tolerância zero relativamente a certos fatores de risco que não se consegue demonstrar serem minimizáveis, em nome da proteção da saúde pública [Acórdão do TG de 21 de outubro de 2003, *Solvay c. Conselho*, proc. T-392/02, n.º 150 (o Tribunal reforça que “é possível considerar por analogia que, se o conceito de ‘tolerância zero’ pode conduzir, aplicando o princípio da precaução, à proibição total de um aditivo, mesmo em caso de incerteza sobre a extensão do risco potencial considerado, é, no entanto, necessário, que tal risco potencial seja baseado em dados científicos”)]. Ou o Acórdão *Alpharma* (2002), no qual se reconheceu que, apesar de o conhecimento sobre os efeitos do antibiótico bacitracina-zinco (usado em medicina humana e em alimentação animal) serem altamente lacunares, “as instituições comunitárias devem todavia ter em conta a sua obrigação, por força do [à data] artigo 129.º, n.º 1, primeiro parágrafo, do Tratado, de assegurar um elevado nível de proteção da saúde humana que, para ser compatível com esta disposição, não deve de modo necessário ser tecnicamente o mais elevado possível” [Acórdão do TG de 11 de setembro de 2002, *Alpharma c. Conselho*, proc. T-70/99, n.º 165 (continuando, no ponto seguinte, com a consideração de que “A determinação do nível de risco considerado inaceitável depende da apreciação feita pela autoridade pública competente sobre as circunstâncias específicas de cada caso concreto. Na matéria, esta autoridade pode ter em conta, nomeadamente, a gravidade do impacte de superveniência deste risco sobre a saúde humana, incluindo a extensão dos efeitos adversos possíveis, a sua persistência, a reversibilidade ou os efeitos retardados possíveis destes danos, bem

como a percepção mais ou menos concreta do risco com base no estado dos conhecimentos científicos disponíveis”)].

A aplicação da precaução no domínio da proteção da saúde, onde se tem afirmado particularmente atuante, nunca foi contestada – ainda que esse domínio se distinga da política de ambiente (cf., para a saúde, o artigo 168.º do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia). Decisões como as descritas repetiram-se ao longo dos últimos anos, sendo curioso que numa das últimas – *Acino AG* (2014) –, na qual estava em causa a suspensão de introdução no mercado de medicamentos com o princípio ativo clopidrogel, o Tribunal de Justiça valeu-se do princípio da prevenção para justificar a validade da medida: “Sendo embora certo que o Tribunal de Justiça já declarou [...] que a avaliação do risco não se pode basear em considerações puramente hipotéticas, porém, também acrescentou que, quando se tornar impossível a determinação com certeza da existência ou do alcance do risco alegado devido à natureza insuficiente, não conclusiva ou imprecisa dos resultados dos estudos levados a cabo, mas persista a probabilidade de um prejuízo real para a saúde pública na hipótese de o risco se realizar, o princípio da prevenção justifica a adoção de medidas restritivas” [Acórdão do TJUE de 10 de abril de 2014, *Acino AG c. Comissão*, proc. C-269/13 P, n.º 58 (refira-se que o Tribunal invocou jurisprudência de 2003 para sustentar a afirmação reproduzida no texto, nomeadamente o n.º 52 do Acórdão de 23 de setembro de 2003, *Comissão c. Dinamarca*, proc. C-192/01)].

Os Tribunais da União Europeia dedicam especial atenção à análise da fundamentação apresentada pelas instituições para impor uma determinada proibição em nome da proteção da saúde pública, vincando a necessidade de a margem de incerteza assumida assentar numa base suficientemente sólida do ponto de vista científico – mesmo que controversa e ainda que apontando para um risco meramente abstrato. A diferença entre um risco hipotético, eventual, que descartam como fundamento de medidas de precaução e um risco ainda não concretizado mas possível, é extremamente ténue e justifica porventura a acusação de opção por um nível de risco-zero. O facto de estar em jogo um valor como a vida humana tem sido preponderante para a validação das medidas proibitivas; mas identicamente relevante é o respeito dos tribunais da União pela “margem de decisão” dos órgãos executivos e pelas suas escolhas de um alto nível de segurança ainda que perante riscos não absolutamente comprovados – escolhas intrinsecamente políticas.

A plausibilidade da escolha em face dos elementos levados à fundamentação não deixou de valer, no entanto, para sustentar uma decisão inversa, no caso *Artegodan* (2001). Aqui a autora levou a melhor na contestação da revogação de uma autorização de introdução no mercado de uma substância destinada a promover o emagrecimento, a amfepramona, pois o Tribunal considerou que a Comissão deveria ter invocado e provado a superveniência de riscos novos e tal prova não foi produzida [Despacho do Presidente do TG de 28 de junho de 2000, *Artegodan GmbH c. Comissão*, proc. T 74/00 R – confirmado em recurso pelo TJUE por Despacho de 24 de julho de 2003, proc. C-391-03 P –, n.º 53 (“No caso vertente, a Comissão provou, é certo, existirem incertezas quanto aos riscos associados aos medicamentos contendo anfepramona, apesar de tais riscos serem ligeiros. Contudo, sendo que a decisão de 9 de dezembro de 1996 e a decisão impugnada se fundam em elementos de facto perfeitamente idênticos, divergem fundamentalmente as medidas adotadas pela Comissão em 1996 e em 2000 para a proteção da saúde pública relativamente a tais riscos. Nestas circunstâncias, a Comissão estava obrigada a demonstrar que as medidas de proteção contidas na decisão de 9 de dezembro de 1996 se revelaram insuficientes para a proteção da saúde pública, de tal forma que as medidas de proteção que adotou pela decisão impugnada não eram manifestamente desproporcionadas. Contudo, a Comissão não conseguiu fazer tal prova”). Refira-se que a *Artegodan* veio posteriormente intentar uma ação de efetivação de responsabilidade civil extracontratual contra a União Europeia, por danos patrimoniais significativos decorrentes da medida entretanto anulada. Por acórdão de 3 de março de 2010, *Artegodan c. Comissão*, proc. T-429/05, o TG descartou a responsabilidade da União porque, apesar de ter havido ilicitude e violação do direito de propriedade da autora, a complexidade de análise a que a Comissão estava obrigada em sede de avaliação de risco concorreu para que a violação não fosse suficientemente caracterizada de modo a gerar um dever de indemnizar].

A justiça da União parece, todavia, adotar um duplo critério na aferição da observância do “princípio da precaução” quando se trata de invalidar medidas eurocomunitárias pretensamente violadoras do mesmo (além dos casos a seguir descritos no texto, vejam-se os acórdãos do TJUE: de 21 de janeiro de 2003, *Comissão c. Alemanha*, proc. C-512/99; de 23 de setembro de 2003, *Comissão c. Dinamarca*, proc. C-192/01; de 2 de dezembro de 2004, *Comissão c. Holanda*, proc. C-41/02). Veja-se o caso *Açores* (2004) (Despacho do Presidente do TG de 7 de julho de

2004, *Açores c. Conselho*, proc. T-37/04 R), no qual a Região Autónoma caracterizou a invalidade de um regulamento da União Europeia sobre pesca, cujos efeitos para os mares do arquipélago seriam desastrosos do ponto de vista ambiental, pondo em causa a regenerabilidade dos estoques. O Tribunal, confrontado com a alegação de violação da precaução, obtemperou que a análise do relatório que precedeu a adoção do diploma não permite detetar risco para os ecossistemas – apesar de, na verdade, no relatório se afirmar que não é de todo impossível excluir a existência de tal risco...

Um caso mais recente que confirma esta análise envolve a diretiva OGM e a tentativa do Estado francês de travar a introdução de organismos geneticamente modificados no mercado. Nesta decisão, de 2011 (Acórdão do TJUE de 8 de setembro de 2011, *Monsanto e o. c. Ministre de l'Agriculture et de la Pêche*, procs. C-58/10 a 68/10), o Tribunal de Justiça deu razão à Monsanto e outras empresas fabricantes de OGM, considerando a medida legislativa francesa inválida à luz do Direito da União Europeia por decretar a proibição ou suspensão de OGM no mercado francês sem que estivesse provado um risco que manifestamente pusesse em perigo a saúde humana ou o ambiente. A França, de resto, perdeu outros dois casos em que sustentava derrogações ao Direito da União Europeia com base no princípio da precaução: um, relativo à importação de adjuvantes tecnológicos (que subordinava, em legislação interna, a autorização prévia por alegadas razões de precaução) (Acórdão do TJUE de 28 de janeiro de 2010, *Comissão c. França*, proc. C-333/08); outro, no qual questionava a validade de um regulamento da União Europeia que flexibilizou o regime de erradicação das encefalopatias à luz do critério de precaução (Acórdão do TJUE de 11 de julho de 2013, *França c. Comissão*, proc. C-601/11 P).

Este *double standard* não ajuda à credibilização de um princípio que, na esmagadora maioria dos casos, assenta em bases normativas frágeis, na medida em que o legislador da União não define com rigor o nível de risco aceitável ou intolerável de determinado produto ou atividade, nem o conteúdo da prova a produzir pelo operador para justificar a sua conformidade aos padrões de segurança (à mesma conclusão chegam GARNETT & PARSONS, 2016, ponto 5). Outro fator inquietante é a sua expansão a domínios como as liberdades cívicas, como o atestam os acórdãos do Tribunal de Justiça *Gaydarov* (2011) (Acórdão do TJUE de 17 de novembro de 2011, *Hristo Gaydarov c. Diretor da Polícia*, proc. C-430/10) e *Geoffrey Leger* (2015) (Acórdão do TJUE de 29 de

abril de 2015, *Geoffrey Leger c. Ministre des Affaires Sociales*, proc. C-528/13). No primeiro, o tribunal admite que o princípio da precaução pode aplicar-se no âmbito de uma legislação nacional que proíbe um traficante de droga condenado por esse crime num outro Estado-membro de sair do território húngaro para evitar que reincida (o TJUE deixa ao juiz nacional a concretização desta proibição que, frisa, não pode ser automática e deve estar assente numa ameaça real de perigosidade do indivíduo). No segundo, a precaução é invocada para afastar a possibilidade de indivíduos que mantiveram relações homossexuais serem doadores de sangue, em virtude do alto risco de contágio de doenças infecciosas graves “quando se demonstre que, com base em conhecimentos e em dados médicos, científicos e epidemiológicos atuais, tal comportamento sexual coloca essas pessoas em grande risco de contrair doenças infecciosas graves que podem ser transmitidas pelo sangue e que, no respeito do princípio da proporcionalidade, não existem técnicas eficazes de deteção dessas doenças infecciosas ou, na falta dessas técnicas, métodos menos restritivos do que tal contra-indicação, para assegurar um elevado nível de proteção da saúde dos recetores”.

Os casos descritos não são, na sua grande maioria, situações de aplicação da precaução no domínio da proteção do ambiente – se descontarmos os casos *Açores* e *Monsanto*, todos eles se movimentam no âmbito da proteção da saúde pública. No domínio ambiental, a precaução surge invariavelmente no quadro da tutela dos valores de biodiversidade da rede Natura 2000 – por força da norma da diretiva habitats que identificámos no ponto anterior e que constitui o único momento em que o legislador da União fixou um critério de decisão claro a favor da Natureza sempre que algum risco, ainda que hipotético, decorra de um projeto que se pretenda desenvolver naqueles espaços. Com efeito, e em jurisprudência constante (vejam-se, entre outros, os acórdãos do TJUE: de 7 de setembro de 2004, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddensee e o. c. Staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, proc. C-127/02; de 20 de outubro de 2005, *Comissão contra Reino Unido e o.*, proc. C-04; de 26 de maio de 2011, *Comissão c. Bélgica*, proc. C-538/09; de 11 de abril de 2013, *Peter Sweetman e o. c. An Bord Pleanála*, proc. C-258/11; de 14 de janeiro de 2015, *Grüne Liga Sachsen e o. c. Freistaat Sachsen*, proc. C-399/14; de 21 de julho de 2016, *Hilde Orleans and Others v Vlaams Gewest*, proc. C-387/15 e 388/15), o TJUE tem sistemática e contundentemente afirmado que a autorização de planos ou projetos que possam trazer efeitos prejudi-

ciais para as zonas protegidas só pode ser concedida na condição de as autoridades competentes “terem a certeza de que é desprovido de efeitos prejudiciais para a integridade do sítio em questão. Assim acontece quando não subsiste nenhuma dúvida razoável, do ponto de vista científico, quanto à inexistência de tais efeitos” (Acórdão do TJUE de 7 de setembro de 2004, *Landelijke Vereniging...*, n.ºs 56-7).

Esta postura é tão firme que o Tribunal chegou a considerar que houvera violação do sistema de proteção da rede Natura 2000 mesmo que não se tivessem verificado prejuízos após a implantação do projeto. Nas suas palavras: “A circunstância de, após a sua realização, o projeto não ter produzido tais efeitos é irrelevante para esta apreciação. Com efeito, é no momento em que é tomada a decisão que autoriza a execução do projeto que não deve subsistir nenhuma dúvida razoável, do ponto de vista científico, quanto à inexistência de efeitos prejudiciais para a integridade do sítio em causa” [Acórdão do TJUE de 26 de outubro de 2006, *Comissão c. Portugal*, proc. C-239-04 (mais conhecido por caso *Castro Verde*)].

O Tribunal confirma, assim, “que o critério da autorização previsto no artigo 6.º, n.º 3, segundo período, da diretiva habitats integra o princípio da precaução [...] e permite prevenir de forma eficaz os atos contra a integridade dos sítios protegidos devidos aos planos ou projetos considerados. Um critério de autorização menos estrito do que o que está em causa não pode garantir de forma igualmente eficaz a realização do objetivo de proteção dos sítios da referida disposição” (Acórdão do TJUE de 7 de setembro de 2004, *Landelijke Vereniging...*, n.º 58).

Não pode, todavia, deixar de observar-se que o rigor deste critério tem um “preço”. A razão porque a norma da diretiva habitats exclui a possibilidade de implantação de um qualquer projeto em espaço qualificado como rede Natura 2000 desde que não haja certeza absoluta de que ele é totalmente inócuo para os valores de biodiversidade prende-se com o facto de esta impossibilidade poder ser ultrapassada com base na alegação de superiores interesses socioeconómicos subjacentes ao projeto, tendo-se demonstrado a inexistência de alternativas tecnicamente viáveis e oferecendo-se medidas compensatórias suficientes. Ou seja, o critério de inação *prima facie*, por prioritarização do interesse ambiental/ecológico pode ser afastado por uma metodologia de ponderação de interesses na qual a precaução é, afinal, sacrificada.

4.2. Portuguesa

A jurisprudência portuguesa sobre o princípio da precaução é escassa, o que não admira, tendo em consideração, por um lado, o caráter errático do legislador português na sua formulação e, por outro lado, o facto de o Supremo Tribunal Administrativo, em 2009, a propósito da coincidência de resíduos perigosos na cimenteira de Souselas, ter sido inequívoco na desconsideração do princípio (pelo menos no plano da inversão do ónus da prova):

“O princípio da precaução não foi adotado como critério de decisão da prova, não podendo com base na mera falta de certeza da não produção de danos ambientais ou para a saúde pública o julgador concluir pela existência de receio de produção de danos ambientais e para a saúde pública, de difícil reparação ou irreversíveis, quando não se demonstra positivamente, mesmo de forma sumária, a existência de uma probabilidade séria de eles virem a ocorrer.

Trata-se de uma opção legislativa discutível, em termos de política legislativa, mas que se justificará pela ponderação da necessidade de prossecução de outros interesses públicos, que se entendeu não dever ser obstaculizada por meros receios de danos eventuais ou hipotéticos, que não se demonstra com grau de probabilidade séria que possam vir a ocorrer”.

Na verdade, em 2009, o princípio já entrara no ordenamento português, como vimos *supra*. Porém, não constava – como não consta atualmente – da Constituição, nem da Lei de Bases do Ambiente de 1987 (hoje revogada). Mas mesmo quando reconhecem a sua presença, os tribunais resistem em retirar dele consequências, tanto materiais quanto adjetivas, em razão da ambiguidade que o envolve. [Cf. o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 7 de março de 2003, proc. 04613/08, que julgou um recurso de uma sentença que indeferiu o pedido de anulação deduzido contra uma decisão de colocação de linhas de muito alta tensão (LMAT) numa determinada localidade no qual se invocava o alto risco para a saúde pública decorrente da proximidade dessas linhas. O autor pretendia, com base na precaução, que a EDP demonstrasse a inocuidade das linhas, mas o Tribunal considerou que nada no nosso ordenamento jurídico permite concluir que existe uma regra de inversão

do ónus da prova a cargo do operador: “O princípio da *precaução* vem dizer que devem ser os potenciais agressores a demonstrar que uma ação não apresenta riscos sérios ou graves para o ambiente, uma vez que são eles que pretendem alterar o *status quo* ambiental [...], sendo que a doutrina realça que se coloca ‘[...] a questão de saber, *primus*, se constitui uma regra aplicável sempre que exista um risco ambiental ou se depende da sua gravidade e irreversibilidade; *secundus*, se é necessário demonstrar a inocuidade da relação ao ambiente ou basta a mera plausibilidade de não ocorrência de efeitos ambientais adversos. [...]’. Todavia, esta *transposição do quadro procedimental para o contencioso jurisdicional da técnica da inversão do ónus de prova não é admissível salvo previsão normativa expressa nos termos do disposto no art. 344.º, n.º, 1 do Código Civil que, na circunstância, não existe”*

Nesta data, o aresto que mais profundamente discutiu as consequências do “princípio da precaução” – que reduziu a uma metodologia de ponderação de riscos/interesses, mesmo antes da superveniência da alínea c) do artigo 3.º da Lei de Bases do Ambiente de 2014, *supra* citado – foi o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de junho de 2012 (Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de junho de 2012, proc. 244/2002.G1). Tratou-se de um caso envolvendo linhas de muito alta tensão e alegações de risco para a saúde humana. O Tribunal, depois de proceder a uma análise extensa das informações contidas nos vários relatórios juntos aos autos, concluiu que os melhores estudos disponíveis (*in casu*, da Organização Mundial de Saúde) não registavam índice de risco significativo caso se respeitassem as distâncias de segurança, negando assim provimento à pretensão do autor de remoção de tais linhas. Ouça-se o Tribunal em discurso direto:

“Pode-se sempre invocar que existe um risco potencial, ainda que mínimo, decorrente da presença de linhas de alta ou muito alta tensão nas proximidades da habitação onde os autores residem de modo permanente. Todavia, a imposição de um risco zero em qualquer atividade humana é incompatível com a operatividade do princípio da precaução, não sendo possível satisfazer uma reivindicação social de segurança absoluta do ser humano.

Na verdade, as medidas baseadas no princípio da precaução não implicam, nem pressupõem, a erradicação de todo e qualquer risco, desde logo e também, como se sublinha na sentença recorrida, porque a ciência, em determinado estado evolutivo, poderá mesmo

conduzir a que se julgue completamente afastada a ocorrência de um risco que vem, porém, mais tarde, a verificar-se.

Ademais, no domínio dos campos eletromagnéticos foram adotados determinados limites legais à sua emissão, os quais no caso concreto não foram ultrapassados, nem sequer minimamente aproximados. Seria, por isso, totalmente desproporcionado determinar o afastamento dos condutores da linha de alta tensão explorada pela ré, quando o grau de risco suportado pelos autores em consequência da presença daquela linha de alta tensão nas proximidades da sua residência se situa num patamar muito inferior ao limite máximo legalmente estipulado.”

Podemos concluir que, além de escassa, a jurisprudência portuguesa (pelo menos ao nível dos tribunais superiores) não julgou até hoje nenhum caso em que desse acolhimento ao princípio da precaução, nem como critério de decisão, nem como critério de inversão do ónus da prova a favor de quem alega a existência de um risco associado a determinado produto, coisa ou atividade. De resto, nesta última dimensão, tanto a prevenção como a precaução fazem inverter o ónus da prova – nos termos da LBA –, mesmo que tenha ficado por explicitar qual o grau de índice probatório a cumprir pelo operador/empresário a fim de demonstrar que a sua atividade ou produto não comporta riscos intoleráveis à saúde ou ao ambiente.

5. A retórica da precaução: uma metodologia de fundamentação da decisão tomada em contexto de incerteza

A breve análise que se empreendeu ilumina, por um lado, a principal fragilidade da ideia de precaução e, por outro lado, a sua principal virtude. Referimo-nos, no que toca à fragilidade, às imprecisões na formulação do princípio que potenciam utilizações arbitrárias e imprevisíveis. No que tange ao seu lado virtuoso, a precaução chamou a atenção para a emergência do risco tecnológico e da necessidade de o avaliar e gerir dinamicamente no contexto de decisões tomadas em contexto de incerteza.

A incerteza quanto a um significado (pelo menos universal) de precaução leva a que a atenção se desvie do sentido material da fórmula para um sentido funcional ou procedimental. Por outras palavras, não havendo sinais inequívocos quanto à sua valia enquanto critério mate-

rial de decisão, fazendo primar determinados valores sobre outros na presença de risco, a sua força parece antes residir no fortalecimento das garantias da transparência do procedimento de decisão, nomeadamente no que se refere à consistência da instrução (com exame dos vários aspetos controversos em presença, nomeadamente no plano da avaliação do risco), à fundamentação da decisão (que deve espelhar uma escolha plausível em face das várias teses em presença) e à adequação da decisão (que deve traduzir uma ponderação proporcionada dos vários interesses em presença).

O momento da fundamentação é particularmente sensível, a três níveis: *i*) da legitimação da decisão do ponto de vista político, esclarecendo sobre os valores em jogo e sobre o equilíbrio das escolhas relativamente aos sacrifícios impostos; *ii*) da pedagogia de informação sobre os riscos envolvidos em determinadas atividade ou produto, contribuindo para o fortalecimento do “direito a saber” do público em geral (AMADO GOMES, 2014, *passim*); *iii*) da admissibilidade de um controlo parcial por parte dos tribunais, que não podem substituir o sentido último da decisão mas devem controlar a racionalidade da escolha a partir da análise da correção do *iter* procedimental.

Tornar claras as razões porque se aceitou condicionadamente, porque se suspendeu ou porque se proibiu um determinado produto ou atividade constitui simultaneamente um importante penhor de paz social no presente e de testamento político ante os vindouros. A lógica de precaução – ou de prevenção antecipativa de riscos, como preferimos – reveste uma inerradável dimensão prospetiva que se traduz numa responsabilidade (ética) por escolhas que podem hipotecar irreversivelmente as opções das gerações futuras (sobre a problemática da responsabilidade perante as gerações futuras, veja-se AMADO GOMES, 2016, pp. 80-2 e doutrina aí citada). Nas palavras de Thierry Balzacq, “a precaução não tem necessariamente as gerações futuras por alvo, mas utiliza sempre o futuro como ponto focal [...] Na verdade, a precaução é melhor compreendida na sua relação com a temporalidade, como ferramenta que visa evitar uma atuação que pode ter consequências extremas no futuro” (BALZACQ, 2015, p. 557).

A precaução surge, assim, sobretudo como uma metodologia de construção de um discurso legitimador de uma decisão tomada entre a ignorância e a incerteza sobre determinados riscos, num preciso contexto temporal presente que se projeta, também, num contexto temporal futuro cuja salvaguarda de uma certa integridade contra a irreversibilidade

se pretende. O conhecimento científico, mesmo que desdobrado em múltiplas teses, muitas vezes dissonantes, vai ser o *filio de Ariadne* de coesão de tal discurso, embora o sentido último da decisão, pelo menos perante incertezas radicais, seja intrinsecamente político.

O arco entre incerteza e condicionalidade vai então desenhar-se por recurso a uma retórica técnico-científica. A precaução revela assim uma curiosa e quase paradoxal relação com a Ciência, uma vez que, por um lado, a entroniza como base de inteligibilidade de decisões complexas mas, por outro lado, a receia, por indutora de incerteza. Esta relativização da Ciência como reduto último e intocável da verdade acaba por ser a justificação da emergência da precaução (SHELTON, 1998, *passim*), pelo menos na sua vertente de mandado de ação de um decisor político refém da incerteza (extensamente sobre a relação entre decisão política sobre o risco, técnica e democracia, ESTEVE PARDO, 2009, *passim*).

Precaver é, por isso, prevenir riscos, na medida do tecnicamente possível, do cientificamente plausível e do democraticamente sustentável. “No contexto tecnológico de avaliação do risco, o processo de ‘escolher e preferir’ não se traduz em favorecer um interesse em detrimento de outro mas antes em preferir uma determinada compreensão do risco a outra(s), em preferir uma determinada compreensão do interesse público a outra(s), em preferir uma determinada compreensão da lei a outra. Assim, como um ‘perfeito espelho de uma comunidade’, a decisão sobre o risco reflete toda a complexidade inerente ao processo político de o gerir” (FISHER, 2007, p. 257). Presumivelmente, mas incertamente, salvaguardando o bem-estar presente sem hipotecar irremediavelmente o futuro.

Bibliografia referenciada

- AMADO GOMES, 2007. Carla Amado Gomes, *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora
- AMADO GOMES, 2014. Carla Amado Gomes, “Risco tecnológico, comunicação do risco e ‘direito a saber’”, in *Direito(s) do(s) Risco(s) tecnológicos*, ed. Carla Amado Gomes, Lisboa: ICJP – FDUL, pp. 17 *et seq.*
- AMADO GOMES, 2016. Carla Amado Gomes, “Responsabilidade intergeracional e direito ao (ou dever de?) não uso dos recursos naturais”, *Revista do Ministério Público*, n.º 145, 2016, pp. 75 *et seq.*
- ARAGÃO, 2008/9. Alexandra Aragão, “Princípio da precaução: Manual de instruções”, *Revista do CEDOUA*, 2008/2, pp. 9 *et seq.*

- BALZACQ, 2015. Thierry Balzacq, “The rise of precaution and the global governance of risks”, *Political issues review*, 13 (2015), pp. 546 *et seq.*
- BERNSTEIN, 1996. Peter Bernstein, *Against the Gods – The remarkable story of risk*, New York, Chichester, Weinheim, Brisbane, Singapore & Toronto: Wiley
- BOEHMER-CHRISTIANSEN, 1994. Sonja Boehmer-Christiansen, “The precautionary principle in Germany – Enabling Government”, in *Interpreting the precautionary principle*, ed. Timothy O’Riordan & James Cameron, London: Earthscan, pp. 31 *et seq.*
- CHARBONNEAU, 1998. Simon Charbonneau, “L’acceptabilité sociale du risque sanitaire en Droit européen de l’environnement”, *Revue Européenne de Droit de l’Environnement*, 1998/4, pp. 384 *et seq.*
- CROSS, 1996. Frank Cross, “Paradoxical perils of the precautionary principle”, *Washington & Lee Law Review* (1996), pp. 851 *et seq.*
- DOBOS, 2001/2002. Daniel Dobos, “The necessity of precaution: the future of ecological necessity and the precautionary principle”, *Fordham Environmental Law Review* (2001/2002), pp. 375 *et seq.*
- ESTEVE PARDO, 2009. José Esteve Pardo, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid
- FISHER, 2007. Elizabeth Fisher, *Risk – Regulation and Administrative Constitutionalism*, Oxford/Portland
- GARNETT & PARSONS, 2016. Kenisha Garnett & David Parsons, “Multi-case review of the application of the precautionary principle in European Union Law and Case Law”, disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/store/10.1111/risa.12633/asset/risa12633.pdf;jsessionid=B95185AC91BDEFD14C397A55AAFB0463.f02t04?v=1&t=ivqpc51&s=daea1ba53e4c3e2f9d451932092fb8e58a79d86a>
- GRASSI, 2012. Stefano Grassi, *Problemi di diritto costituzionale dell’ambiente*, Firenze
- HARREMOES, GEE, MacGARVIN, STIRLING, KEYS, WYNNE & GUEDES VAZ, 2002. Paulo Harremoes, David Gee, Malcolm MacGarvin, Andy Stirling, Jane Keys, Brian Wynne & Sofia Gueves Vaz, “Twelve late lessons”, in *The precautionary principle in the 20th century*, London, pp. 185 *et seq.*
- HORNSTEIN, 1992. David Hornstein, “Reclaiming environmental law: a normative critique of comparative risk analysis”, *Columbia Law Review*, 92 (1992), pp. 562 *et seq.*
- GILLES, 1998. Martin Gilles, “Le concept de risque et la protection de l’environnement: évolution parallèle ou fertilisation croisée?”, in *Les hommes et l’environnement, Études en hommage à A. Kiss*, Paris, pp. 451 *et seq.*
- MILLER & CONKO, 2001. Henry Miller & Gregory Conko, “Precaution without principle”, in *Nature and Biotechnology*, pp. 302 *et seq.*
- PAYE, 2004. “Lutte antiterroriste: la fin de l’État de droit”, in *Revue Trimestrielle des droits de l’Homme*, 57 (2004), pp. 61 *et seq.*
- POSNER, 2004. Richard Posner, *Catastrophe: Risk and response*, New York
- SHELTON, 198. Dinah Shelton, *Certitude et incertitude scientifiques*, *Revue Juridique de l’Environnement* (1998), pp. 39 *segs*

SUNSTEIN, 2002. Cass Sunstein, *Risk and reason. Safety, Law and the Environment*, Cambridge: Cambridge University Press

SUNSTEIN, 2005. Cass Sunstein, *Laws of fear*, Cambridge: Cambridge University Press

Links de acesso à jurisprudência citada

Tribunal Internacional de Justiça: <http://www.icj-cij.org>

Tribunal Internacional para o Direito do Mar: <https://www.itlos.org>

Tribunal de Justiça da União Europeia e Tribunal Geral: <http://curia.europa.eu>

Tribunais nacionais: www.dgsi.pt