

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito

Escola de Lisboa



CATÓLICA
FACULDADE DE DIREITO

ESCOLA DE LISBOA

Pela Autonomização do Princípio da Precaução

Em especial, por ação do (sub)princípio da inversão do ónus da prova

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em Direito Administrativo sob orientação
do Professor Doutor Armando Rocha

Gonçalo Mesquita Ferreira

abril

2022

“The only fence against the world is a thorough knowledge of it, into which a young gentleman should be enter’d by degrees, as he can bear it; and the earlier the better, so he be in safe and skillful hands to guide him.”

John Locke

Palavras-Chave:

Precaução; Prevenção; Correção na Fonte; Melhores Técnicas Disponíveis; Impacto Ambiental; Inversão do ónus da Prova; Poluição.

Siglas e Abreviaturas

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
Al./Als.	Alínea/Alíneas
Art.	Artigo
CC	Código Civil
Cfr.	Confrontar
Coord.	Coordenação
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPC	Código do Processo Civil
CPTA	Código do Procedimento dos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
LBA	Lei de Bases de Política do Ambiente
N.º/N.ºs	Número/Números
OMS	Organização Mundial de Saúde
P./pp.	Página/páginas
Par.	Parágrafo
PPP	Pollution Prevention Pays
PPP	Princípio do Poluidor Pagador
Proc.	Processo
RJAIA	Regime Jurídico de Avaliação de Impacto Ambiental
Segs.	Seguintes
TAF	Tribunal Administrativo e Fiscal
TCE	Tratado das Comunidades Europeias
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPI	Tribunal de Pequena Instância
Vol.	Volume

Índice

1.	Princípio da Precaução: os fundamentos da sua autonomia axiológica	6
1.1	Em especial, em face da prevenção.....	6
2.	Princípio da Prevenção: uma introdução às suas materializações práticas.....	7
2.1	O (sub)princípio da correção na fonte.....	9
2.1.1	Quem deve corrigir na fonte?	9
2.1.2	Como e quando se deve proceder à correção?.....	10
2.2	O (sub)princípio da adoção das melhores técnicas disponíveis.....	10
2.3	O procedimento de avaliação de impacto ambiental	12
3.	O Princípio da Precaução	13
3.1	O que significa falar de precaução?.....	13
3.1.2	A “sociedade de risco” como propulsora da lógica da precaução.....	14
3.2	Os entraves à exequibilidade da ideia de precaução	15
3.3	As primeiras consagrações da precaução.....	17
3.3.1	No panorama internacional.....	17
3.3.2	No panorama europeu	18
3.4	A precaução como medida cautelar e antecipatória de riscos.....	20
3.4.1	A jurisprudência dos tribunais internacionais: os testes nucleares de França... 21	
3.4.2	A jurisprudência dos tribunais europeus: em especial, o caso Pfizer.....	22
3.4.3	A jurisprudência do “direito comparado”: em especial, no contencioso francês24	
3.4.3.1	O caso da comercialização do milho transgénico	24
3.4.3.2	O caso das antenas móveis de telecomunicações	25
3.4.4	O Princípio da Precaução no Direito português	26
3.4.4.1	Em especial, o caso da incineração de resíduos	26
3.4.5	A urgência da precaução	29
3.5	A autonomização da precaução face à prevenção	30
3.6	O (sub)princípio da inversão do ónus da prova.....	31
3.6.1	A regra geral da inversão do ónus da prova	31
3.6.2	Concretizações prático-legais da inversão do ónus da prova	33
3.6.3	A inversão do ónus da prova no art. 3.º, al. c) da LBA	34
3.6.3	Por uma adequada interpretação e aplicação da resposta legal	35
4.	Notas Conclusivas.....	37
5.	Bibliografia	41
6.	Jurisprudência.....	46

1. Princípio da Precaução: os fundamentos da sua autonomia axiológica

1.1 Em especial, em face da prevenção

Sendo o objeto deste trabalho a elaboração de um percurso justificativo sobre a necessidade e importância de autonomização do princípio da precaução, não poderia deixar de se fazer referência breve e introdutória ao princípio da prevenção, já que, tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência sempre consideraram aquele como uma decorrência lógica e axiológica deste.

Nas palavras de CARLA AMADO GOMES, existem «sérias reservas em relação, quer à sua existência (enquanto princípio autónomo), quer à sua “operatividade”, concluindo que não há razão para se falar num “princípio de precaução” enquanto tal. O que subsiste e se reforça é um princípio de prevenção, de perigos e riscos, em que a imposição de restrições às atuações potencialmente lesivas do meio ambiente aumenta à medida da comprovabilidade (da gravidade) dos danos e que se baseia numa atitude ponderativa de interesses em presença, balanceando solidariedade inter e intra geracionais»¹.

Na verdade, e embora os princípios jurídicos da prevenção e da precaução sejam dois princípios relacionados com o princípio do desenvolvimento sustentável, devem ser considerados e tratados como autónomos, quer do ponto de vista da sua elaboração dogmática, quer do ponto de vista da sua materialização prática.

Ambos encontram a sua consagração legal no artigo 3.º, al. c), da Lei de Bases de Política do Ambiente² (LBA), onde se estabelece que a atuação pública nesta matéria está subordinada, nomeadamente, aos princípios da prevenção e da precaução³.

Saliente-se que a LBA não refere «Da prevenção ou da precaução», mas sim, «Da prevenção e da precaução». Isto significa que, na perspetiva do legislador, existem, verdadeiramente, dois princípios jurídicos que são distintos e autónomos.

Consagra-se um princípio de prevenção que coexiste com outro, o princípio da precaução. Certo é que, atendendo apenas à letra do preceito supramencionado, não

¹ GOMES, Carla Amado, «Dar o Duvidoso Pelo (In)Certo? Reflexões Sobre O “Princípio da Precaução”», *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, I Vol., Lisboa, AAFDL Editora, 2008, pp. 143 e 150.

² Cfr. Lei n.º 19/2014, de 14 de abril, que define as bases da política de ambiente.

³ O artigo 3.º, al. c), da LBA estipula que: «(...) A atuação pública em matéria de ambiente está subordinada, nomeadamente, aos seguintes princípios: (...) d) Da prevenção e da precaução, que obrigam à adoção de medidas antecipatórias com o objetivo de obviar ou minorar, prioritariamente na fonte, os impactos 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».

resulta claro que exista uma diferença entre ambos os princípios, parecendo que, a existir, tal distinção se situará ao nível do detalhe⁴.

É por isso necessário perceber em que se concretiza esta diferenciação, no sentido de se delimitar o campo de aplicação útil e autónomo de cada um dos princípios em relação ao outro.

É precisamente isso que me proponho fazer neste ensaio, onde tentarei identificar e desenvolver alguns critérios - tendo em conta, sobretudo, os vários subprincípios e/ou subprocedimentos que consubstanciam as materializações práticas de cada um destes princípios -, que penso poderem servir de base à demonstração de uma verdadeira distinção axiológica e prática entre a prevenção e a precaução.

Desenvolverei, particularmente, o (sub)princípio da inversão do ónus da prova, que, sendo uma decorrência lógica subjacente à operatividade da precaução, creio consubstanciar o fundamento prático mais relevante para a sua autonomização, pelas razões que de seguida explanarei.

2. Princípio da Prevenção: uma introdução às suas materializações práticas

Na decorrência do exposto acima, importa começar por elaborar uma breve introdução às dimensões práticas do princípio da prevenção⁵ para que se perceba, do ponto de vista da sua exequibilidade, o que é que o distingue do princípio da precaução.

Introdutoriamente, pode dizer-se que o papel fundamental da prevenção na preservação do meio ambiente radica no ditado popular “mais vale prevenir do que remediar”.

A absorção desta máxima pelo ordenamento jurídico implica que, em vez da aferição e reparação de danos, se deve, sobretudo e a montante, antecipar condutas que possam evitar a ocorrência ou mitigar os efeitos desses danos⁶. Assim:

- i. “Mais vale prevenir do que remediar”, uma vez que, regra geral, depois de o facto poluidor ou de o dano ambiental estarem consumados, se torna

⁴ FRADE, Marlene, *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente – Análise crítico-reflexiva sobre a vigência, autonomização e distribuição do ónus da prova*, Lisboa, AAFDL Editora, 2020, pp. 42 a 77.

⁵ Este princípio, para além de encontrar suporte no direito interno constitucional - por exemplo, no artigo 66.º, n.º 2, als. a) e d) e no artigo 52.º, n.º 3, al. a), da Constituição da República Portuguesa (“CRP”) - e infraconstitucional (por exemplo, na já referida LBA, mas também noutros diplomas legislativos que contêm indicações preventivas específicas), encontra também suporte em fontes de direito internacional e de direito comunitário.

⁶ Também em termos etimológicos “prevenir” significa antecipar as consequências de determinada ação ou conduta, para, através disso, tentar evitar a ocorrência de consequências que se consideram ser desfavoráveis.

impossível ou demasiado onerosa a reconstituição *in natura* da situação anterior, porquanto é impossível ou demasiado oneroso a remoção do facto poluidor ou do dano⁷;

- ii. “Mais vale prevenir do que remediar”, porque, mesmo sendo possível a reconstituição *in natura*, a sua onerosidade faz com que não seja razoável exigir tal esforço ao operador;
- iii. “Mais vale prevenir do que remediar” porque, também de uma perspectiva económica, é mais oneroso “remediar” do que “prevenir”, pois o custo das medidas preventivas face à ocorrência da poluição é, regra geral, bastante inferior ao custo das medidas de “despoluição” tomadas a jusante da ocorrência do dano.

Em suma, decorre do princípio da prevenção a necessidade de serem adotadas medidas prévias à ocorrência de um dano⁸ concreto, tendo como móbil evitar a verificação desse mesmo dano ou, pelo menos, mitigar (muito) significativamente os seus efeitos⁹.

Nas palavras de CARLA AMADO GOMES, «O princípio da prevenção traduz-se em que, na iminência de uma atuação humana, a qual comprovadamente lesará, de forma grave e irreversível, bens ambientais, essa intervenção deve ser travada»¹⁰.

E assim é dado que, no domínio do direito do ambiente, existe um ganho coletivo se se for capaz de, corretamente, antecipar as consequências negativas e prejudiciais para o ambiente e de, em função desta antecipação, se adotarem condutas que tenham em vista evitar, ou, pelo menos, mitigar¹¹ danos.

Desta forma, a expressão-chave que acaba por representar e materializar a lógica subjacente à prevenção é “PPP” (não enquanto sigla portuguesa da expressão “Princípio

⁷ Paradigmático do que acaba de se referir, é o caso em que um dano ambiental provoca a extinção de uma espécie animal ou vegetal.

⁸ Para alcançar este objetivo existe uma panóplia de instrumentos, consubstanciados nas materializações práticas do princípio da prevenção e que podem ser utilizados para, preventivamente, evitar a ocorrência de danos ao ambiente. Por exemplo: os procedimentos de avaliação de impacto ambiental, a adoção das melhores técnicas disponíveis, a correção na fonte, mas também, a objetividade do dever de reparação por dano ecológico e das suas formas de reparação.

⁹ ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa, «Direito Comunitário do Ambiente», *Cadernos CEDOUA*, Almedina, 2002, p. 21.

¹⁰ GOMES, Carla Amado, *A Prevenção à prova no Direito do Ambiente. Em especial, os Actos Autorizativos Ambientais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 22.

¹¹ Poderíamos até chegar à conclusão de que seria interessante, do ponto de vista económico, a construção de uma fábrica que envolvesse descargas poluentes. No entanto, sabendo o efeito dessas mesmas descargas, haveria que, não as evitar, mas mitigar os seus danos ambientais (por exemplo, tratando essas descargas e canalizando-as para um local apropriado).

do Poluidor Pagador”), mas enquanto sigla para a expressão inglesa *Pollution Prevention Pays* - a ideia de que vale a pena prevenir, especialmente, no âmbito do direito do ambiente^{12,13}.

Note-se que a prevenção não deixa de ser complementar face ao Princípio do Poluidor Pagador, uma vez que este, materializando-se essencialmente na internalização dos custos decorrentes do facto poluidor que ficam a cargo do operador-poluidor, não o compele, necessariamente, a reduzir a sua pegada poluente¹⁴.

2.1 O (sub)princípio da correção na fonte

Com se antecipou, o princípio da prevenção desdobra-se em vários outros (sub)princípios, que, no fundo, são as suas materializações ou concretizações práticas.

Um desses (sub)princípios é o da correção na fonte, que, de um ponto de vista subjetivo e espaciotemporal, delimita o dever de levar a cabo ações de proteção do ambiente, implicando a antecipação da ocorrência de danos ambientais, mas também a adoção de condutas que sejam aptas a impedir ou a mitigar esses danos.

É da própria letra da al. c) do art. 3.º da LBA, que decorre este (sub)princípio de correção na fonte e que, na adoção de um ato administrativo autorizativo ou licenciador, obriga a Administração a ter de verificar se as medidas projetadas por determinado operador, por si só, são capazes de corrigir na fonte¹⁵ a produção desse dano (impedindo-o ou mitigando-o).

Em suma, o (sub)princípio da correção na fonte impõe a existência de uma análise de determinado fator poluente para adequar o tratamento a aplicar.

2.1.1 Quem deve corrigir na fonte?

A correção na fonte vai ter como âmbito de aplicação subjetivo o agente poluidor, enquanto “agente causador” do facto poluente, impondo-lhe o dever de modificar a sua conduta, expurgando-a de ações lesivas do meio ambiente ou, quando tal não for possível

¹² GOMES, Carla Amado, *A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente...* cit., pp. 21 a 28.

¹³ ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa, «Direito Comunitário do Ambiente», cit., p. 21.

¹⁴ Neste sentido, Nicolas de Sadeleer considera que «By requiring the adoption of measures intended to prevent such damage from arising, prevention forms a prudent complement to the polluter-pays principle (PPP), which does not necessarily compel polluters to reduce their pollution by requiring them to internalize their costs» in SADELEER, Nicolas de, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2020, p. 85.

¹⁵ Isto é, logo no momento da sua produção.

ou exigível, adequá-la de modo a reduzir ao mínimo possível as suas repercussões nesse meio.

2.1.2 Como e quando se deve proceder à correção?

De um ponto de vista espaciotemporal, este (sub)princípio obriga a tomar as medidas necessárias para inibir, logo numa fase inicial, a poluição e/ou os danos dela decorrentes para o meio ambiente, em vez de simples medidas de “tratamento de fim de linha”¹⁶.

Daqui se retira a obrigação de o próprio operador, quando formula um pedido de autorização ou licença, modelar esse pedido em função da necessidade de prevenção e mitigação na fonte^{17,18}.

2.2 O (sub)princípio da adoção das melhores técnicas disponíveis¹⁹

Da prevenção também decorre o (sub)princípio (eventualmente bastante controverso do ponto de vista das consequências jurídicas que dele resultam) da imposição ao particular que adote as melhores técnicas disponíveis²⁰.

Por força deste (sub)princípio, um ato administrativo autorizativo ou licenciador sujeita, ou pode sujeitar, o particular a uma condição de permanente atualização. Este aspeto configura um carácter inovador introduzido no ordenamento jurídico por ação do direito do ambiente, pois, em vez de haver um ato administrativo que define e consolida a posição jurídica de um particular²¹, existe um ato que sujeita o operador a uma condição de extrema precariedade²².

¹⁶ ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa, «Direito Comunitário do Ambiente», cit., p. 21

¹⁷ GOMES, Carla Amado, *A Prevenção à prova no Direito do Ambiente...* cit, pp. 24 a 28.

¹⁸ Um exemplo de correção na fonte neste sentido seria a interdição de funcionamento de um estabelecimento industrial obsoleto e muito poluente enquanto não fosse modernizado, por recurso a tecnologias menos poluentes ou a matérias primas menos perigosas. Não sendo isso possível, este (sub)princípio de correção na fonte obrigaria o operador industrial a aplicar medidas paliativas como, por exemplo, novos filtros nas chaminés.

¹⁹ BALDÉ, Alassana Mendonça, «Notas sem fronteiras acerca das melhores tecnologias disponíveis no regime da prevenção e controlo integrado da poluição», *Direito do Ambiente: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva*, Lisboa, ICJP/CIDP, 2021, pp. 588 e segs.

²⁰ Neste caso, do ponto de vista da modelação de um ato autorizativo/licenciador, o que a Administração pode fazer é, em face de um pedido de construção – por exemplo, de uma fábrica –, verificar se a tecnologia apresentada e projetada pelo operador requerente é a melhor possível à data, tendo em vista a prevenção e a mitigação de danos.

²¹ Estabelecendo, por exemplo, que durante 50 anos – ou até indefinidamente –, esse particular tem direito a operar e a desenvolver determinada atividade industrial (que é a consequência prática, por excelência, de um ato administrativo).

²² Se determinado proprietário de um terreno aí pretender construir uma casa, deve requerer uma licença de construção junto da respetiva câmara municipal competente, que tenderá a ser de carácter definitivo (cfr. o

Enquanto estiver a adotar as melhores técnicas disponíveis e não lhe for legitimamente exigível que transforme a sua tecnologia noutra mais eficaz, do ponto de vista de prevenção de um dano ambiental, o particular mantém a sua situação jurídica²³. Contudo, no dia em que tais técnicas se tornarem obsoletas, pode ser exigida ao particular uma adaptação tecnológica, sob pena de a sua posição “cair”²⁴.

Exemplo disso é o que consta no artigo 80.º do DL n.º 127/2013²⁵, de 30 de agosto, em que se prevê poder haver a revogação, total ou parcial, da licença de exploração da instalação de incineração ou co-incineração de resíduos quando não forem adotadas medidas preventivas adequadas ao combate à poluição, através do recurso às melhores técnicas disponíveis ou a outras normas técnicas aplicáveis, sempre que desta omissão resulte para o ambiente a produção de efeitos negativos que sejam evitáveis²⁶.

É, no entanto, questionável se este (sub)princípio da adoção das melhores técnicas disponíveis é juridicamente relevante apenas e quando o próprio ato administrativo ou regime jurídico em concreto admita ou imponha esta possibilidade, ou se, pelo contrário, não terá também alguma relevância jurídica no quadro geral do Código do Procedimento Administrativo (“CPA”) no âmbito da matéria da modificação dos atos administrativos.

Se é verdade que existe uma via no quadro geral do CPA em relação a esta possibilidade²⁷, é sempre preferível que esta circunstância de adaptabilidade permanente e de precariedade do ato esteja definida *ab initio*²⁸.

art. 4.º e os arts. 20.º e segs. do DL n.º 555/99 – Regime Jurídico da Urbanização e Edificação). No entanto, por força da ação deste (sub)princípio da adoção das melhores técnicas disponíveis, o ato administrativo no âmbito do direito do ambiente torna-se necessariamente precário porque a sua manutenção fica sujeita a uma condição resolutiva.

²³ DIAS, José Eduardo Figueiredo, *A Reinvenção da Autorização Administrativa no Direito do Ambiente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 979 e segs.

²⁴ Esta precariedade não é muito consentânea com a natureza jurídica de um ato administrativo, que é um ato de autoridade pública com um efeito consolidador na definição de uma situação individual e concreta.

²⁵ Estabelece o regime de emissões industriais aplicável à prevenção e ao controlo integrados da poluição, bem como as regras destinadas a evitar e/ou reduzir as emissões para o ar, para a água e para o solo e a produção de resíduos, transpondo a Diretiva n.º 2010/75/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição).

²⁶ Esta regra consta da al. c), do n.º 2, do art. 80.º do referido DL. No entanto, o mesmo raciocínio encontra-se plasmado noutros artigos do mesmo diploma, como é o caso do artigo 19.º, n.º 9, al. a).

²⁷ A possibilidade de adaptabilidade parece decorrer do art.º 149, n.º 1, do CPA, quando se permite o estabelecimento de cláusulas acessórias, bem como das normas relativas à alteração e revogação do ato administrativo (cfr. arts. 165.º e segs. do CPA). Em todo o caso, esta discussão é controversa porque, sendo o CPA de aplicação subsidiária em matéria jusambiental (por não regular diretamente relações jurídicas ambientais), não é claro que possa ser diretamente invocado para impor uma obrigação que não decorre da legislação especial ambiental.

²⁸ GOMES, Carla Amado, *A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente...* cit, pp. 29 a 43.

2.3 O procedimento de avaliação de impacto ambiental

O princípio da prevenção²⁹ tem ainda especial incidência prática num procedimento administrativo em concreto: trata-se do procedimento de avaliação de impacto ambiental³⁰, cujo propósito central é, efetivamente, dar exequibilidade prática aos ditames da prevenção.

É no âmbito de condutas reguladas por outros diplomas que se deve fazer esta análise, antecipando os riscos ambientais e até impondo que uma conduta regulada por outro diploma só possa ser licenciada ou autorizada se não houver impacto ambiental negativo ou se o operador adotar medidas de prevenção, eliminação ou mitigação do dano ambiental.

Este é, possivelmente, um dos melhores exemplos da relevância jurídica da prevenção no âmbito ambiental e até extra-ambiental, do qual também decorre um efeito de modelação do ato ambiental administrativo. No entanto, enquanto o (sub)princípio da adoção das melhores técnicas disponíveis interferia na modelação direta de um ato administrativo, neste caso, o procedimento está enxertado noutros atos por forma a garantir que a sua modelação pela Administração permite antecipar danos, eliminando ou reduzindo a sua incidência³¹.

Repare-se que estes (sub)princípios, que materializam e cumprem as finalidades inerentes ao princípio da prevenção, acabam por ser totalmente estéreis em face dos fins que se visam prosseguir através da ação do princípio da precaução. Operando a precaução em quadros de incerteza³², ao contrário da prevenção que é chamada a intervir em cenários de certeza quanto à existência de riscos, não é possível exigir ao operador qualquer ação de prevenção, mitigação ou reparação se não se conhecem os riscos (ou danos) que podem decorrer da sua conduta.

²⁹ Que visa, recorde-se, prevenir danos, estabelecendo que, enquanto houver risco não poderá haver conduta do particular.

³⁰ Este é um procedimento secundário e acessório que está funcionalizado a outros procedimentos e que visa verificar se no âmbito daquele procedimento, determinada conduta tem um impacto ambiental negativo ou não. Fazendo uma ligação ao direito do urbanismo e aos seus procedimentos: quando se pretende construir algo, como referido, tem de se apresentar um pedido para esse efeito junto de uma câmara municipal, resultando desse procedimento a obtenção da respetiva licença de construção. O mesmo sucede no âmbito do direito do ambiente, em que se pode obter um licenciamento ambiental para a instalação de uma infraestrutura (agropecuária, por exemplo) que passa a habilitar a adoção de determinada conduta.

³¹ FRADE, Marlene, ob. cit., pp. 85 a 96.

³² O que faz com que a precaução seja uma questão binária e, logicamente, anterior à prevenção: em face da incerteza, ou se permite ou não se permite uma conduta (precaução); em face da certeza dos riscos, modela-se a conduta por meio de ato administrativo, de forma a matizar o risco: e.g., correção na fonte, reparação de dano ecológico ou adoção das melhores técnicas disponíveis (prevenção).

3. O Princípio da Precaução

3.1 O que significa falar de precaução?

Como se deixou antecipar, as medidas previstas para salvaguardar a ocorrência de danos ambientais foram sendo objeto de várias modificações ao longo dos tempos.

Se, numa primeira abordagem, apenas se previam medidas de natureza corretiva³³, acabou por se evoluir para outro patamar baseado numa dimensão assente na prevenção. Neste, as autoridades públicas passam a deter um mandato de intervenção prévio à ocorrência de danos prováveis se nada for feito, no devido tempo, para o impedir.

Esta segunda fase é marcada por um entendimento de que as ameaças ao ambiente são tangíveis e que, por esse motivo, deve ser empreendida a prevenção atempada das consequências prejudiciais daí resultantes.

Finalmente, uma terceira fase é marcada pela antecipação. Esta difere das duas fases anteriores na medida em que as autoridades passam a ter um mandato de intervenção em face de ameaças potenciais, incertas ou hipotéticas.

Estende-se a legitimação da intervenção pública a situações em que não existam provas definitivas de que uma ameaça se materializará, e por isso, não só ainda não ocorreu qualquer dano, como não há nenhuma prova irrefutável de que este venha a ocorrer.

Esta evolução é a prova de uma verdadeira mudança de paradigma: enquanto a prevenção se baseia num conceito de risco certo, o paradigma trazido pela precaução distingue-se pela inclusão da dimensão da incerteza.

A precaução não postula, por isso, a necessidade da perfeita perceção de qualquer risco concreto: passa a ser suficiente que um risco seja suspeito ou conjeturável. O racional deixa de ser “apurar os factos, para depois se agir”, e passa a ser “agir primeiro, para depois se apurar os factos”.^{34,35}

Assim, falar de precaução no âmbito do direito do ambiente implica reconhecer que o Homem tem um dever de antecipar condutas que possam causar dano ao meio

³³ Que se materializavam numa intervenção das autoridades públicas numa fase em que o dano já tenha ocorrido e em que a única linha de ação possível seria a mitigação dos seus efeitos.

³⁴ SADELEER, Nicolas de, *Environmental Principles...* cit., p. 135.

³⁵ A questão deixa de ser apenas como evitar riscos calculáveis, avaliáveis e certos, mas também como antecipar riscos meramente possíveis ou plausíveis. Cfr. SADELEER, Nicolas de, *Environmental Principles...* cit., p. 135.

ambiente, dano que pode vir a revelar-se irreversível, e, ao mesmo tempo, um dever de salvaguardar os recursos ambientais em nome das gerações presentes e futuras.

À semelhança do referido a propósito da prevenção, também aqui fica patente a ligação entre o princípio da precaução e o princípio do desenvolvimento sustentável³⁶ e, na sequência deste, ao princípio da solidariedade intergeracional³⁷.

Por ação da precaução, o ambiente fica, a seu favor, com o benefício da dúvida quando houver incerteza, por falta de provas científicas evidentes, sobre o nexo causal entre uma atividade e um determinado fenómeno de poluição ou degradação do ambiente³⁸. Isto permite que se antecipe a ação preventiva a um momento em que ainda não existam certezas sobre a sua necessidade e, para lá disso, fundamenta a proibição de atuações potencialmente lesivas, ainda que tal potencialidade não seja sinónimo de certeza científica.

Além deste conteúdo substantivo, a precaução tem ainda outra (muito importante) materialização adjetiva, que é a inversão do ónus da prova. Daqui decorre que o ónus da prova da inocuidade ambiental de determinada atividade ou conduta, passível de ser lesiva ao ambiente sem estar cientificamente comprovada, cabe ao operador que a pretenda desenvolver ou implementar³⁹, sob pena de uma decisão *in dubio pro ambiente*.

3.1.2 A “sociedade de risco” como propulsora da lógica da precaução

A génese da lógica de precaução, tal como a conhecemos, remonta à ideia de sociedade de risco como concebida, teorizada e popularizada na obra de Ulrich Beck⁴⁰.

Nas palavras deste autor, «O aumento das opções técnicas acarreta a incalculabilidade das suas consequências», o mesmo é dizer que, nos dias de hoje, a evolução e a democratização do acesso e utilização das ferramentas tecnológicas fazem com que o desconhecido e o inesperado passem a ser a força dominante numa sociedade cada vez mais dinâmica e mutável.

Na atual sociedade de risco, a ciência é cada vez mais posta à prova e as decisões que nela se baseiam ficam, cada vez mais, desamparadas de sustentação e legitimação

³⁶ Sobre a inter-relação entre os princípios e suas consequências, refira-se D'AMATO, A, WEISS, E., e GUNDLING, D., «Agora: What obligations does our generation owe to the next? An approach to global environmental responsibility», *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, pp. 190 e segs..

³⁷ GOMES, Carla Amado, «Dar o Duvidoso Pelo (In)Certo?»... cit., p. 144.

³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes (coord.), *Introdução do Direito do Ambiente*, Lisboa, Universidade Aberta, 1998, p. 48.

³⁹ GOMES, Carla Amado, *A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente...* cit, pp. 18 e 19 a 26.

⁴⁰ BECK, Ulrich, *Risk Society. Towards a new Modernity*, Londres, 1992.

(material e/ou política). A incerteza e a imprevisibilidade passam a ser o “novo normal” e se, por um lado, a ideia de precaução resulta da percepção da humanidade sobre essa circunstância, por outro lado, surge igualmente como tentativa de autocontrolo e de último sopro de sobrevivência dela própria⁴¹.

3.2 Os entraves à exequibilidade da ideia de precaução

Sem prejuízo de tudo o que se deixou exposto, a verdade é que ainda subsistem alguns entraves à plena operacionalidade da ideia de precaução, pelo menos, quando tomada no seu sentido mais radical.

Estes entraves possuem origem e natureza distintas, desde logo:

- (i) Entraves sociológicos – Grande parte das vezes, se não mesmo na esmagadora maioria, decidir uma questão “pró-ambiente” é ir contra a vontade e as expectativas de parte da população que não aquela que seria “diretamente” afetada pela operação projetada, caso fosse permitida⁴².

Assim, quanto maior for o potencial impacto económico e social da decisão, maior deverá ser a sua base de sustentação e legitimação (política, social e científica), o que poderá levar a uma cedência, relativamente aos parâmetros rígidos da precaução, numa tentativa de tomada de decisão baseada nos dados conhecidos⁴³;

- (ii) Entraves políticos – Assim sendo, a tendência natural dos Estados é, cada vez mais, levantar objeções à operacionalidade do princípio da precaução, uma vez que, num cenário futuro cada vez mais incerto, isso pode significar uma forte compressão dos seus direitos soberanos de disposição e utilização dos recursos naturais.

O mesmo é dizer que um Estado que aceita subordinar-se aos exigentes ditames da precaução pode ser um Estado que põe alguns entraves à indústria e ao desenvolvimento económico, decidindo em favor do ambiente sem base científica de apoio.

⁴¹ GOMES, Carla Amado, «Dar o Duvidoso Pelo (In)Certo?»... cit, p. 151.

⁴² A título de exemplo, consideremos a construção de uma barragem, ou de uma autoestrada, que contribuiria para o desenvolvimento nacional e regional, mas que afetaria, particularmente e de modo sensível, as populações locais.

⁴³ Um exemplo da (problemática) conciliação entre a participação pública (local) e a proteção do ambiente (nacional) foi o procedimento de autorização de cimenteiras para a coíncineração de resíduos industriais perigosos. Cfr. GOMES, Carla Amado, «A Co-Incineração de Resíduos Industriais Perigosos, Notas à Margem de Uma Polémica», *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, I Vol., Lisboa, AAFDL Editora, 2008, pp. 9 e 18 e segs..

Deste modo, e de um ponto de vista estritamente político, pode considerar-se que a vinculação do Estado ao princípio da precaução pode trazer elevados custos políticos para os decisores públicos que, fundando as suas opções numa incerta preservação e qualidade ecológica futura, sacrificam interesses presentes concretos⁴⁴;

- (iii) Entraves económicos – Relacionada com os entraves políticos está a (muito) difícil articulação entre as exigências da precaução e as necessidades de desenvolvimento económico. Na verdade, a aplicação deste princípio da precaução, na sua formulação mais pura, resultaria numa retração ou até uma paralisação do desenvolvimento industrial de um Estado;
- (iv) Entraves jurídicos – De um ponto de vista jurídico, as dificuldades que estão inerentes à operacionalização do princípio da precaução prendem-se sobretudo com a dificuldade técnica da análise das questões por ele levantadas. A tomada de decisões neste âmbito estará frequentemente dependente do recurso a peritos, uma vez que o objeto da apreciação não serão, maioritariamente, normas ou factos – material de trabalho tradicional do julgador –, mas posições científicas sobre factos e suas consequências⁴⁵;
- (v) Entraves tecnológicos – A barreira que a precaução pode representar à implementação de novas técnicas e produtos pela incerteza sobre os seus efeitos pode significar, como alerta CROSS, uma terraplanagem à tecnologia e uma estagnação do progresso científico⁴⁶.

Na verdade, e mesmo sem indubitável prova empírica e científica (para lá de qualquer dúvida razoável), é bastante improvável que um produto ou um processo recém-criados sejam mais prejudiciais, do ponto de vista da salvaguarda da saúde pública e da qualidade ambiental, do que aquele que se pretende substituir ou complementar, devido à constante evolução do conhecimento científico.

⁴⁴ Em suma, a estes entraves políticos e sociológicos está subjacente uma ideia de incompatibilidade estrutural do próprio sistema democrático onde o decisor, preterindo lógicas decisórias pautadas por dimensões como a igualdade e a intergeracionalidade, decide meramente com base no imediatismo da opinião pública.

⁴⁵ CHRISTIE, E., «The eternal triangle: the biodiversity convention, endangered species legislation and the precautionary principle», *Environmental and Planning Law Journal*, 1993, p. 484, *apud* GOMES, Carla Amado, «Dar o Duvidoso Pelo (In)Certo?»... cit, p. 154.

⁴⁶ CROSS, Frank, «Paradoxical perils of the precautionary principle», *Washington & Lee Law Review*, n.º 851, 1996, pp. 851 e segs..

Como preconizado por CROSS «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»⁴⁷.

No fundo, a ideia de precaução acabaria, ela própria, por redundar em algo contraditório, acabando por vedar o progresso tecnológico e por preterir soluções que, pelo menos no presente, se traduziriam em benefícios consideráveis para a qualidade de vida e a proteção ambiental⁴⁸.

- (vi) Entraves científicos – A banalização da incapacidade científica para explicar cabalmente as consequências das novas técnicas é hoje uma realidade. Esta impotência é levada ao seu expoente máximo com as dificuldades técnicas e incertezas subjacentes à operacionalidade da ideia de precaução, criando um sentimento generalizado de desconfiança na ciência, ao nível das suas bases e das suas conclusões⁴⁹.

Estes são alguns exemplos⁵⁰ de um conjunto mais alargado de entraves subjacentes à lógica de precaução que, em parte, explicam a dificuldade sentida de encontrar uma definição e um consenso quanto à consagração e à aplicação uniforme do princípio da precaução que continuam a fazer com que a sua natureza e autonomia jurídicas ainda não sejam claras e unânimes.

3.3 As primeiras consagrações da precaução

3.3.1 No panorama internacional

O aparecimento de uma ideologia precaucionista remonta ao direito germânico da década de 70 do século XX, em reação a alguns acontecimentos com tremendo impacto ambiental negativo⁵¹, e depressa se expandiu para o direito internacional⁵².

⁴⁷ CROSS, Frank, «Paradoxical perils of the precautionary principle», cit, p. 876.

⁴⁸ Um dos exemplos também referidos por Frank Cross é o da substituição da madeira por combustível. Por um lado, se se tivesse continuado a queimar madeira nos usos domésticos, o nível de poluição teria aumentado para níveis de alta perigosidade, especialmente se tivermos em consideração a libertação de gases carcinógenos. Por outro lado, a área de floresta estaria drasticamente reduzida, o que teria levado (também) à extinção de numerosas espécies animais e a um desequilíbrio profundo e irreversível no ecossistema global. In «Paradoxical perils of the precautionary principle», cit., p. 869 a 870.

⁴⁹ GIDDENS, A., «Risk and Responsibility», *The Modern Law review*, 1999, pp. 1 e segs..

⁵⁰ GOMES, Carla Amado, «Dar o Duvidoso Pelo (In)Certo?»... cit, pp. 152 a 157.

⁵¹ Nomeadamente, acidentes graves com petroleiros que originaram o derrame de toneladas de crude no mar.

⁵² No contexto do direito internacional considera-se que foi a Declaração de Londres de 1987 (resultante da Segunda Conferência Ministerial do Mar do Norte sobre poluição marítima) a conter uma primeira

O primeiro exemplo da consagração da precaução, do ponto de vista (do direito) internacional, como diretiva aplicável em todas as áreas do ambiente, remonta à Declaração do Rio, da qual se destaca o art. 15.º: «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».⁵³

Dado o mediatismo da referida Declaração, a ideia de precaução passou a ter uma projeção internacional alargada, quer em termos espaciais, quer em termos materiais, porquanto deixou de estar adstrita ao domínio específico da poluição marítima e passou a ser interpretada como diretriz de atuação em todas as áreas do ambiente⁵⁴.

3.3.2 No panorama europeu

Do ponto de vista do direito da União Europeia, foi o Tratado de Maastricht (Tratado da União Europeia) que, expressa e autonomamente, veio consagrar o princípio da precaução entre os demais princípios aplicáveis no domínio ambiental.

Como acontece na maioria dos ordenamentos jurídicos em que há consagração expressa do princípio da precaução, sobretudo numa fase inicial, após essa consagração,

formulação do princípio da precaução. Consta do artigo 16.º, n.º 1: «[The minister] 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 casual link between emissions and effects (“the principle of precautionary action”).» Para a maioria dos autores, esta passagem significa uma primeira tomada de posição quanto à vinculação dos signatários da Declaração a uma lógica de precaução (embora ainda apenas no domínio específico da poluição marítima). Desde então, foi rápida a expansão da precaução no panorama (do direito) internacional passando a estar presente em várias declarações e convenções, de entre as quais se destaca, por mera economia de tempo e espaço, a Declaração da Conferência Governamental de Bergen sobre o Desenvolvimento Sustentado de 1990 e as Convenções de Helsínquia sobre a proteção e utilização dos rios e lagos internacionais, e sobre a proteção do meio marinho na zona do mar Báltico, de 1992.

⁵³ Note-se, contudo, algumas diferenças entre a consagração da precaução na fórmula adotada pela Declaração de Londres e mais tarde pela Declaração do Rio: desde logo, na Declaração do Rio faz-se depender das possibilidades de cada Estado a concretização da aplicação da precaução, condição que não fazia parte da Declaração de Londres. Por outro lado, tenta implementar-se um mecanismo de controlo da proporcionalidade assente num critério ponderação de custos que era também totalmente estranha à consagração da precaução na Declaração de Londres. Por fim, saliente-se que, ao contrário da Declaração de Londres, a Declaração do Rio ressalva o caráter sério e irreversível do prejuízo ambiental, não bastando a mera verificação de um efeito prejudicial ao meio ambiente.

⁵⁴ GOMES, Carla Amado, «As providências Cautelares e o Princípio da Precaução», *Textos Dispersos de Direito do Ambiente (e matérias relacionadas)*, II Vol., Lisboa, AAFDL Editora, 2008, pp. 125 a 127.

surgem muitas dúvidas sobre que conteúdo útil e autónomo tem este princípio no âmbito da legislação europeia⁵⁵.

O Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), em 1998, começou por tentar afirmar e trazer alguma clareza à delimitação da precaução afirmando que: «deve admitir-se que, quando subsistam incertezas quanto à existência ou alcance de riscos para a saúde das pessoas, as instituições podem adoptar medidas de protecção sem terem de esperar que a realidade e a gravidade de tais riscos sejam plenamente demonstradas»⁵⁶.

Foi então que, em fevereiro de 2000 (data da publicação da Comunicação da Comissão relativa ao princípio da precaução), foram clarificados os objetivos do recurso ao princípio da precaução no contexto da prevenção de riscos e se estabeleceram as diretrizes para a sua aplicação.

No parecer relativo ao «recurso ao princípio da precaução» – (2000/C268/04), o Comité Económico e Social considera vivermos uma era em que se verifica uma «alteração da natureza do risco»: passando-se «do acidente à catástrofe», sendo este, por excelência, o campo de aplicação do princípio da precaução⁵⁷.

Desta forma, por ação do princípio da precaução «as pessoas e o ambiente devem ter em seu favor o benefício da dúvida quando haja incerteza sobre se uma dada ação os

⁵⁵ Dada a prevalência da legislação da UE sobre a legislação dos Estado-Membros, não é surpreendente a absorção que tem sido feita do princípio da precaução pela legislação interna desses Estados. Mesmo os Estados-Membros que não integraram a precaução na sua legislação tendem a fazê-lo no processo de transposição ou implementação da legislação europeia. No entanto, refira-se que, embora quase cem constituições reconheçam o direito à proteção ambiental, apenas uma delas se refere concretamente ao princípio da precaução: a Carta Constitucional para o Ambiente francesa. No contexto extraeuropeu, a situação varia da aceitação total do Princípio da Precaução até à sua total rejeição pelas altas instâncias jurisdicionais dos vários países. Mais recentemente, é particularmente importante o Acórdão “Urgenda” onde o Supremo Tribunal dos Países Baixos considerou que o Estado tem um dever de tomar medidas de mitigação em face das alterações climáticas, devendo dar cumprimento à sua tarefa de redução de gases com efeito estufa, utilizando como argumento, entre outros, o princípio da precaução.

⁵⁶ Cf. Acórdão do TJUE de 5 de maio de 1998, Proc. C-157/96, *The Queen vs Ministry of Agriculture, Fisheries and Food*, par. 63; No mesmo sentido, o Acórdão do TJUE de 12 de julho de 1996, Processo C-180/96 5, *Reino Unido vs Comissão*, par. 99. Esta interpretação da precaução tornou-se jurisprudência assente: cf. Acórdão do TJUE de 9 de setembro de 2003, Processo C-236/01, *Monsanto Agricultura Italia vs Presidenza del Consiglio dei Ministri*, par. 111; Acórdão do TJUE de 22 de dezembro de 2010, Processo C-77/09, *Gowan vs Ministero della Salute*, par. 73; Acórdão do TJUE de 28 de janeiro de 2010, Processo C-333/08, *Comissão vs França*, par. 91; Acórdão do TJUE de 8 de julho de 2010, Processo C-343/09 *Afton vs Secretary of State for Transport*, par. 62. No mesmo sentido, Acórdão do Tribunal de Pequena Instância, Processo T-13/99, *Pfizer vs Conselho*, par. 139.

⁵⁷ Desde então a precaução rapidamente se tornou um dos pilares da política ambiental da União, que tem vindo a assumir a liderança da promoção da precaução enquanto “obrigação imposta ao legislador” – cfr. o Acórdão do TJUE de 7 de setembro de 2004, Proc. C-127/02 *Waddenzee vs Staatssecretaris*, par. 44; o Acórdão do TJUE de 1 de outubro de 2019, Proc. C-616/17 *Blaise*, par. 42. No mesmo sentido, SADELEER, Nicolas de, *EU Environmental Law and the Internal Market*, 2014, pp. 45 a 56 de onde se retira que a precaução tem vindo a alargar influência no contexto legal e jurisdicional da União, quer estando presente em declarações de princípios e objetivos de política pública ambiental (*soft law*), quer através de diretivas e regulamentos (*hard law*) e da jurisprudência.

vai prejudicar». Incumbiria ao potencial operador-poluidor o ónus da prova de que determinado incidente ecológico não vai ocorrer e de que foram adotadas as medidas de precaução específicas.

Daqui começou por se retirar uma espécie de princípio *in dubio pro ambiente* nos termos do qual se deveria decidir a favor do ambiente e contra o potencial operador-poluidor^{58,59}, perante a incerteza relativa à perigosidade de uma determinada atividade ou substância.

Tais incertezas, quanto à perigosidade de uma determinada ação ou substância para o meio ambiente, verificam-se nas mais variadas e distintas circunstâncias: seja quando ainda não se verificaram danos decorrentes de uma determinada atividade, mas se receia que possam vir a ocorrer, apesar da falta de provas científicas; seja quando há danos provocados ao ambiente, mas não há evidências científicas sobre a causa ou sobre o nexo de causalidade entre uma determinada causa possível e os danos verificados.

Em qualquer das situações de dúvida, por previdência, o princípio da precaução impõe que sejam proibidas as atividades “suspeitas” de terem provocado ou de poderem vir a provocar qualquer dano.

Elucubrada no contexto europeu, esta densificação deixa explícita a distinção entre o princípio da precaução e o princípio da prevenção, já que aquele exige uma proteção antecipatória do ambiente a levar a cabo num momento anterior àquele em que a prevenção impõe uma atuação preventiva, ou, como refere DAVID FREESTONE, «enquanto a prevenção requer que os perigos comprovados sejam eliminados, o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos no ambiente seja tomada antes de um nexo causal ter sido estabelecido com uma evidência científica absoluta»⁶⁰.

3.4 A precaução como medida cautelar e antecipatória de riscos

Estas primeiras consagrações do princípio da precaução – sobretudo no contexto internacional e europeu – evidenciam a ligação umbilical entre este princípio e uma tentativa de antecipação de riscos para reduzir ao mínimo possível o tempo de intervenção subjacente à necessidade de preservação de bens ambientais particularmente sensíveis.

⁵⁸ O mesmo é dizer que o ónus da prova da inocuidade de uma ação ou substância no meio ambiente se transferiria da esfera do Estado para o potencial operador-poluidor.

⁵⁹ ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa, «Direito Comunitário do Ambiente», cit., p.21.

⁶⁰ ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa, «Direito Comunitário do Ambiente», cit., p.21.

Mas esta lógica de decisão em que, na dúvida sobre as consequências para o ambiente de uma determinada atividade ou utilização de substância, se dá preferência à salvaguarda desses bens ambientais⁶¹, está também presente na “*law in action*” que começou por lançar mão deste princípio.

3.4.1 A jurisprudência dos tribunais internacionais: os testes nucleares de França

No que concerne à jurisprudência dos tribunais internacionais, coube ao Tribunal Internacional de Justiça (“TIJ”) fazer uma primeira aferição, no ano 1995⁶², sobre a aplicabilidade do princípio da precaução a propósito de um caso em que a Nova Zelândia se opunha à pretensão de França de realizar ensaios nucleares nos atóis de Mururoa e Fangataufa, num espaço marinho adjacente ao território neozelandês.

A Nova Zelândia baseou o seu pedido de medidas provisórias precisamente no princípio da precaução, invocando a sua violação por parte de França, que teria a intenção de efetuar ensaios que, de acordo com a opinião de parte da ciência avalizada e ainda que realizados subterraneamente, poderiam vir a provocar danos no meio marinho e humano.

Ao longo de todo o processo, o Estado francês afirmou sempre ter tomado todas as medidas cautelares necessárias para não ocorrerem danos ambientais – apesar de nunca ter tornado públicas as conclusões dos estudos que alegava ter feito – e recusou sempre a sua sujeição, por via da precaução, a qualquer princípio de inversão do ónus da prova em direito internacional: «*le droit international ne connait pas d’exception écologique en matière probatoire*».

Embora a maioria dos juízes do TIJ se tenha pronunciado contra a aplicação do princípio da precaução, negando a possibilidade de decretar medidas proibitivas provisórias em situações de incerteza sobre o potencial lesivo da atuação projetada, a possibilidade de aplicação do princípio da precaução foi suscitada pelo juiz Weeramantry na sua declaração de voto.

Na opinião deste juiz, a decisão tomada pelo Tribunal deveria ter sido diferente, não só pelos riscos inerentes aos ensaios em análise⁶³, mas, sobretudo, em virtude da sua

⁶¹ Quer prescindindo de provas irrefutáveis do seu potencial lesivo, quer impondo ao operador-poluidor a demonstração da sua inocuidade.

⁶² Este caso tinha tido um precedente dez anos antes, entre os mesmos Estados e pelas mesmas razões, não tendo chegado à fase de julgamento, por França ter acabado por realizar os ensaios nucleares subterraneamente, ao invés de, como inicialmente planeado, os realizar ao nível atmosférico. À data, o TIJ declarou extinto o pedido de medidas provisórias formulado pela Nova Zelândia e pela Austrália, considerando que a instância havia perdido o objeto, pois, realizando-se os ensaios subterraneamente, não havia o perigo de danos ambientais nos mares daqueles dois Estados.

⁶³ Desde logo, tendo em consideração os dados científicos que, em 1970, eram ainda desconhecidos.

responsabilidade perante as gerações futuras. Segundo Weeremantry: «New Zealand has placed materials before the Court to the best of its ability, but France is in possession of the actual information. The principle then springs into operation to give the Court the basic rationale considering New Zealand's request and not postponing the application of such means as are available to the Court to prevent, on a provisional basis, the threatened environmental degradation, until such time as the full scientific evidence becomes available in refutation of the New Zealand contention»⁶⁴.

3.4.2 A jurisprudência dos tribunais europeus: em especial, o caso Pfizer

No âmbito da jurisprudência dos tribunais europeus, em termos de aplicação autónoma do princípio da precaução⁶⁵, a decisão pioneira ocorreu no “caso Pfizer” – estava em causa a validade de um regulamento europeu que proibia a comercialização de um antibiótico (virginiamicina) usado como aditivo na alimentação animal. Em virtude desta decisão, a empresa Pfizer, que ocupava uma posição de liderança global na produção e comercialização desta substância, sentiu-se especialmente lesada com a adoção daquele normativo, que na prática implicava a revogação das autorizações detidas por esta mesma entidade.

Por esse motivo, a empresa apresentou um pedido de suspensão da eficácia do regulamento – ao abrigo do atual artigo 242 do Tratado das Comunidades Europeias (“TCE”) – até ser proferida decisão na ação de anulação que contra ele intentou, ao abrigo do artigo 230, §4.º do TCE. O Tribunal de Pequena Instância (“TPI”) não considerou procedente o pedido formulado, tendo esse indeferimento sido confirmado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (“TJCE”), que considerou que a dimensão de interesse público subjacente à salvaguarda da saúde pública se sobrepunha às razões de urgência alegadas pela Pfizer.

Neste aresto, em que o TPI baseia no princípio da precaução a sua decisão de não provimento, o Tribunal desenvolve aturadamente a relação existente entre risco e precaução, avaliando o *iter* decisório das autoridades comunitárias que culminou com a

⁶⁴ GOMES, Carla Amado, «As providências cautelares e o princípio da precaução», cit., pp. 136 a 138.

⁶⁵ Ainda que a decisão proferida neste caso tenha sido inovadora quanto à invocação nominada do princípio da precaução, é mister referir que a lógica de antecipação do risco que lhe está subjacente já há muito que vinha sendo utilizada na justiça comunitária. É exemplo disso a decisão prolatada pelo TJCE no âmbito da “doença das vacas loucas”, a propósito dos diversos pedidos de decretamento de medidas provisórias suscitados por parte do Estado inglês contra a decisão de embargo à carne bovina daí proveniente decretada pelas autoridades europeias, embora nunca se tenha nomeado e invocado o princípio da precaução como critério de decisão.

adoção do regulamento de natureza proibitiva. É de salientar que esta decisão do TPI foi tomada:

- i) Apesar de a avaliação pericial solicitada pela Comissão demonstrar que a utilização do antibiótico em questão não era fonte de risco para a saúde animal e humana;
- ii) Apesar de ter sido salientado pelo Tribunal que a decisão não devia basear-se numa «abordagem puramente hipotética do risco, assente em meras suposições ainda não cientificamente comprovadas»;
- iii) Apesar de o Tribunal conceder que, em cenários de incerteza e insegurança científica, cabe ao decisor escolher as medidas que lhe parecerem “mais adequadas e necessárias para evitar a realização do risco”, embora tal operação fique sujeita ao controlo jurisdicional.

Não tendo a Pfizer conseguido provar, de forma irrefutável, que a virgianimicina seria inócua, o TPI considerou que «não cabe ao Tribunal apreciar a procedência de uma ou de outra posição científica defendida perante ele e substituir a apreciação das instituições comunitárias, a quem o Tratado conferiu essa missão, pela sua. Com base no que procede, o Tribunal considera, todavia, que os argumentos das partes, confortados de ambos os lados por opiniões de peritos eminentes, demonstram que existia, no momento da adoção do regulamento impugnado, uma grande incerteza quanto à relação entre a utilização da virgianimicina como aditivo na alimentação animal e o desenvolvimento da resistência às estreptograminas no homem. Ora, na medida em que as instituições comunitárias puderam validamente considerar que dispunham de um fundamento científico em sentido contrário não é susceptível de mostrar que as instituições comunitárias transpuseram os limites do seu poder de apreciação ao considerarem que existia um risco para a saúde humana»⁶⁶.

Em suma, num cenário de dúvida sobre o potencial de lesão de determinado produto, e mesmo perante a existência de fundamentos credíveis de não haver potencial

⁶⁶ Esta argumentação foi utilizada mais recentemente pelo TPI a propósito da aferição da responsabilidade extracontratual da Comunidade requerida pela empresa Malagutti-Vezinhet SA, em resposta a anúncios feitos pela Comissão sobre a retirada do mercado de vários lotes de maçãs por ela comercializados, por poderem representar um risco para a saúde pública, dado conterem vestígios de um plaquicida (diocofol) em valor superior ao permitido. No Acórdão do TPI de 10 de março de 2004, Proc. T-177/02, considerou o Tribunal que, atentos os bens jurídicos em apreço, andou bem a Comissão na ponderação de interesses que elaborou, desatendendo o pedido indemnizatório da Malagutti-Vezinhet SA. Cfr. VAQUÉ, L. González, «La sentencia “Malagutti-Vezinhet”: quién es responsable de la información facilitada por el sistema comunitario de alerta en el ámbito de la seguridad de los productos?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, pp. 917 e segs..

de lesão, o Tribunal deu conforto à decisão da Comissão de optar por salvaguardar o primeiro cenário em detrimento do segundo. Saliente-se, ainda, que poderia ter sido considerada a possibilidade de sujeição das autorizações a condições resolutivas assim que maiores suspeitas de risco se concretizassem ou emergissem de estudos laboratoriais, em vez de se ter optado pela proibição absoluta⁶⁷.

3.4.3 A jurisprudência do “direito comparado”: em especial, no contencioso francês⁶⁸

3.4.3.1 O caso da comercialização do milho transgênico

No que concerne ao contencioso francês, o campo de aplicação do princípio da precaução, por excelência, começou por ser o das medidas cautelares de suspensão da eficácia⁶⁹.

Logo em 1998, o Conseil d’État viu-se confrontado com um pedido de suspensão de eficácia de um despacho proferido pelo Ministro de Agricultura e das Pescas que, na sequência de uma decisão da Comissão Europeia, dava luz verde à comercialização de algumas variedades de milho transgênico, no contexto da diretiva 90/220/CEE⁷⁰.

Na decorrência de tal suspensão, veio a Association Greenpeace France invocar a precaução tendo em conta a incerteza quanto aos efeitos para a saúde pública que advinham dessas variedades de milho transgênico, o que, na perspectiva de alguns autores, deveria até conduzir à suspensão (quase) automática do decreto governamental⁷¹.

⁶⁷ GOMES, Carla Amado, «As providências cautelares...», cit., pp. 139 a 143.

⁶⁸ Embora aqui se releve o exemplo do contencioso francês, poderiam ser dados muitos outros exemplos de decisões de tribunais, sobretudo de Estados-Membros da UE. Por exemplo, vários altos tribunais administrativos e constitucionais na Letónia, em Itália e na Bélgica têm aplicado o princípio da precaução. Já nos Países Baixos, o princípio da precaução tem servido para “colorir” a interpretação dos princípios mais tradicionais do direito administrativo, nomeadamente o dever de cuidado e o princípio da fundamentação. No caso da Letónia, o Tribunal Constitucional considerou que, ao definir limites do valor de ruído admissíveis mais elevados para as pistas de corridas ao ar livre do que o que é recomendado pela Organização Mundial de Saúde (“OMS”), o poder executivo não agiu em conformidade com o princípio da precaução, assegurando e protegendo a dignidade humana como valor supremo de um Estado de Direito Democrático.

⁶⁹ MARTIN, G., «Mesures provisoires et irréversibilité en Droit français», *Revue Juridique de L’Environnement*, 1998, pp. 131 e segs., *apud* GOMES, Carla Amado, «As providências cautelares...», cit., p. 144.

⁷⁰ Diretiva do Conselho de 23 de abril de 1990 relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados.

⁷¹ ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., «Le CE et le principe de précaution», *Actualité Juridique Droit Administratif*, 1999, pp. 4 e segs. e SADELEER, N. de, «Les avatars du principe de précaution en Droit public: effet de mode au révolution silencieuse?», *Revue Française de Droit Administratif*, 2001, pp. 547 e segs., *apud* GOMES, Carla Amado, «As providências cautelares...», cit., pp. 144 e 145. Estes autores consideram que, perante a existência de indícios sérios de um risco, se deveria permitir que o juiz optasse

Julgando procedente o pedido de suspensão de eficácia, o Conselho de Estado francês considerou existir um vício de forma materializado no défice de ponderação de informação do processo que sustentou a autorização de comercialização do referido milho.

Embora possa não ser evidente, o princípio da precaução está subjacente a esta tomada de decisão, na medida em que, na dúvida, o Conseil d'État optou pela salvaguarda da saúde pública e do ambiente.

Na perspetiva de CANS, «o juiz revelou uma atitude pragmática, aludindo implicitamente à precaução como um elemento integrante da legalidade administrativa, cuja ausência é suscetível de sustentar o questionamento da legalidade de um ato administrativo no âmbito de um processo de suspensão de eficácia»⁷².

Talvez tendo como mote decisões jurisdicionais como esta, o ordenamento jurídico francês passou a ser mais generoso na utilização da precaução no âmbito da justiça cautelar, nomeadamente, e desde 2005, apoiando-se no artigo 5.º da *Charte de L'Environnement*. Como nota CASTAING, «a concessão quase automática da suspensão da medida administrativa que a suspeita de risco convoca revela a precaução na sua forma mais radical e, portanto, menos operativa. Em domínios onde as dúvidas avultam quanto à existência de risco, quanto ao como e quando da sua manifestação, a questão da urgência da suspensão controverte-se; na encruzilhada de interesses, público e privados, de magnitude social extrema, a decisão cautelar surge como uma decisão de “bilân-coût avantages”; a necessidade de prescrever medidas positivas (ainda que condicionais) é mais premente do que a mera paralisação de decisão (máxime, negativa), mas é também mais complexa, em razão da tecnicidade dos argumentos»⁷³.

3.4.3.2 O caso das antenas móveis de telecomunicações

Ainda no âmbito do contencioso francês, o princípio da precaução começou por desempenhar um papel importante na decisão de vários municípios de proibir a instalação de antenas de difusão de sinal de telecomunicações móveis em edifícios dos seus

pela suspensão da execução, evitando-se a produção de um dano grave e de difícil reparação, que pode ser irreversível, no âmbito de bens ambientais.

⁷² CANS, C., «Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité», *Revue Française de Droit Administratif*, 1999, p. 758, *apud* GOMES, Carla Amado, «As providências cautelares...», cit., p. 147.

⁷³ CASTAING, C., «La mise en œuvre du principe de précaution dans le cadre du référé-suspension», *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2003, p. 2290, *apud* GOMES, Carla Amado, «As providências cautelares...», cit., p. 147.

territórios (especialmente quando localizados junto de lares, escolas, creches e hospitais)⁷⁴, apesar de essas instalações respeitarem as regras de distanciamento previstas pela legislação europeia e nacional para o efeito.

Em resposta às decisões dos municípios, as empresas de telecomunicações recorreram aos tribunais administrativos no sentido de obter a sua suspensão⁷⁵. Aqueles contrapuseram com o recurso ao princípio da precaução, salientando que existiam muitas dúvidas sobre a repercussão das ondas hertzianas na saúde humana, e, em especial, na saúde das pessoas com comorbilidades.

Este argumento foi acolhido pelo tribunal que foi sensível aos argumentos trazidos à colação pelos municípios e tomou uma decisão *in dubio pro salute*⁷⁶.

3.4.4 O Princípio da Precaução no Direito português

3.4.4.1 Em especial, o caso da coíncineração de resíduos

Ao nível interno, a discussão em torno deste princípio teve origem no ano 2006, depois de o ministro do Ambiente manifestar intenção de ressuscitar o controverso processo da gestão de resíduos industriais perigosos pela sua coíncineração nas cimenteiras de Souselas e Outão⁷⁷.

⁷⁴ BIN CZAK, P., «Police des télécommunications et antennes relais de téléphonie mobile : de l'usage conjectural et éclipse de principe de précaution, Note au Arrêt de Conseil d'État de 22 août 2002, SFR c/Commune de Vallauris», *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2002, pp. 1301 e segs., *apud* GOMES, Carla Amado, «Dar o Duvidoso Pelo (In)Certo?...», cit., p. 154.

⁷⁵ No mesmo sentido, os litígios de 2002 que opuseram a empresa francesa de telecomunicações SFR (Société Française du Radiotéléphone) aos municípios de Villeneuve-Loubet a Vallauris e que culminaram com recursos para o Conseil d'État, que alterou as decisões tomadas pelas instâncias inferiores, declarando procedente a suspensão de eficácia requerida pela empresa SFR. Contudo, os tribunais são mais generosos na concessão de providências cautelares do que no plano da responsabilidade: veja-se a decisão proferida a propósito de um pedido de ressarcimento de (alegados) danos à saúde proposto por dois cidadãos que residiam a curta distância de um poste de telecomunicações contra a promotora SFR, onde a Cour d'Appel de Bordeaux (em acórdão de 26 de outubro de 2004) confirmou a decisão de indeferimento do pedido proferido pelo tribunal de primeira instância, fundando-se no facto de o risco que poderia derivar da instalação da antena ser infinitesimal, não justificando o arbitramento de qualquer indemnização. Cfr. RADÉ, C., *Responsabilité civile et assurances*, 2005, pp. 14 a 15, *apud* GOMES, Carla Amado, «As providências cautelares...», cit., pp. 144 e 145, onde o autor corrobora o entendimento de que o juiz tem mais tendência para utilizar a precaução como fundamento para a concessão de medidas preventivas conservatórias do que como critério de arbitramento de indemnizações com base em riscos puramente hipotéticos.

⁷⁶ GOMES, Carla Amado, «As providências cautelares...», cit., pp. 144 a 147.

⁷⁷ Para uma contextualização acerca dos antecedentes deste caso, cfr. GOMES, C. Amado, «A coíncineração de resíduos industriais perigosos. Notas à margem de uma polémica», *Revista Jurídica de Urbanismo e Ambiente*, n.º 13, 2000, pp. 9 e segs. No mesmo sentido, os pareceres subscritos por AMARAL, D. Freitas do e GARCIA, M. Glória, MIRANDA, Jorge, OTERO, Paulo, e ESTEVES, M. Assunção, *O Caso Coíncineração: Pareceres Jurídicos*, Vol. I, Tomo I, Lisboa, 2001, pp. 21 e segs., 69 e segs., 97 e segs. e 143 e segs., respetivamente.

Neste seguimento, o presidente da Câmara Municipal de Coimbra declarou, *ab initio*, a sua total oposição à reabilitação do referido projeto, informando que recorreria aos tribunais para paralisar a sua concretização, invocando para isso o princípio da precaução.

Perante a emissão do Despacho 16.447/2006, de 21 de julho, proferido pelo ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Regional, em que se decreta que «(...) o projeto de co-incineração de resíduos industriais perigosos no centro de produção de Souselas seja totalmente dispensado do procedimento de avaliação de impacto ambiental, ficando a presente dispensa condicionada ao cumprimento integral das medidas de minimização anexas ao presente despacho», o município de Coimbra intentou uma providência cautelar de suspensão de eficácia daquele despacho, acessoriamente a uma ação administrativa especial para impugnação da sua validade.

O Tribunal Administrativo e Fiscal (“TAF”) de Coimbra, por decisão proferida a 24 de novembro de 2006 no âmbito do processo 758/06.3BRCBR, considerou o pedido procedente⁷⁸. O juiz elaborou uma ponderação dos interesses em causa, partindo de uma análise⁷⁹ comparativa entre os danos que decorreriam da concessão da providência e os que adviriam da sua não concessão, à luz do n.º 2 do art. 120.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (“CPTA”).

A partir desta ponderação, concluiu o juiz que os danos que poderiam advir do decretamento da suspensão de eficácia do Despacho seriam sempre muito inferiores aos que poderiam advir da sua não concessão, dado ser menos lesivo manter a queima

⁷⁸ Sucintamente, o Tribunal considerou que haveria urgência na suspensão do Despacho ministerial dada a potencial perigosidade da co-incineração de resíduos para a saúde pública. Isto, apesar de o Ministério ter apresentado estudos que negavam a existência de riscos e de a Cimpor ter implementado um Sistema de Gestão do Ambiente para minimizar os efeitos nocivos das operações de co-incineração, anexando ao processo um Relatório de Atualização dos pareceres de 1998, onde se refere que “*não há evidência de a co-incineração constituir actualmente qualquer perigo para a saúde pública e para o ambiente*”. Para além disso, o Tribunal considerou haver receio fundado da verificação de uma situação de facto consumado por ser previsível existir dano para a saúde pública, o que não seria compatível com o tempo de espera até à prolação da decisão final – sem prejuízo de a requerente não ter feito qualquer prova, documental ou outra (para além da “mera” alegação de que haveria estudos nesse sentido) de que a co-incineração é apta a causar lesões à saúde e integridade física. Por fim, considerou o mesmo Tribunal que não haveria indícios sobre a falta de procedibilidade do pedido, na medida em que a sua iniciação sem prévia avaliação de impacto ambiental é contrária ao DL 69/2000, de 3 de maio, dado que o Tribunal, atento o curto espaço de tempo de ponderação de que dispõe ao abrigo do processo cautelar, não conseguiu avaliar a verificação das “circunstâncias excecionais” que justificam a dispensa do referido procedimento, nos termos do art. 3.º, n.º 1 do DL 69/2000.

⁷⁹ Análise essa que não deixava de ser dilemática, uma vez que ambas as partes alegavam a salvaguarda da saúde pública. O município de Coimbra entendia que a co-incineração era prejudicial à saúde das populações; o Ministério do Ambiente (e a CIMPOR), por seu lado, entendiam que seria a manutenção do estado de abandono dos resíduos perigosos e a sua queima em lixeiras a céu aberto a verdadeira fonte de risco sanitário.

resíduos a céu aberto por mais um espaço temporal, do que implementar uma solução que poderia ser altamente gravosa para a saúde das populações.

Como em muitas das decisões judiciais já mencionadas, o princípio da precaução surge “fora de órbita”, sendo utilizado pelo decisor para colmatar aquilo que podia ser entendido como um lapso de raciocínio.

Depois da aferição sobre o preenchimento dos requisitos da alínea a), do n.º 1, do artigo 120.º do CPTA e do balanço da ponderação dos interesses em jogo, o juiz debruça-se sobre o tema da prova do dano de difícil reparação (que, em momento algum, é objeto de prova pelo requerente), considerando que a precaução – que ao contrário da realidade comunitária ou francesa, à altura, não encontrava âncora na consagração geral no Direito português⁸⁰ – justificaria, ainda assim, uma inversão do ónus da prova a cargo do requerido. Esta inversão teria implicações em duas dimensões: seria o Ministério do Ambiente a ter de atestar a inocuidade do processo de coíncineração; e o requerente estaria dispensado de a caracterizar, tendo apenas de proceder a uma demonstração sumária do *periculum in mora*.

Ainda no desenvolvimento deste princípio, conclui o Tribunal que, «(...) atendendo ao supraexposto quanto à exigência legal de avaliação de impacto ambiental como único meio de prova dessa ausência de lesividade, é de sustentar, no presente caso, que essa prova não se afigura assegurada nos autos. No entanto, é de sublinhar que a prova em contrário, isto é, de que existe risco para os bens jurídicos em presença, também não foi oferecida pelo requerente. No entanto (...), “Havendo dúvida, a decisão é tomada num sentido in dubio pró-ambiente”. Assim sendo, tendo presente que ainda estamos no âmbito cautelar, estando em causa a prevenção da utilidade de uma eventual e futura sentença favorável no processo principal, considerando que o que está em causa na ação principal é apurar se estão reunidos os pressupostos de dispensa de avaliação de impacto ambiental, cuja função primordial consiste na prevenção de potenciais riscos para o ambiente e saúde através da avaliação prévia das eventuais consequências de um determinado projeto ou atividade, ponderando ainda que a questão a decidir se insere numa área do Direito em que vigora o princípio da precaução, podemos afirmar que estamos no domínio da “tripla cautela”. Esta tripla cautela aponta para uma decisão que,

⁸⁰ O princípio surgia apenas enunciado no art. 9.º do DL n.º 194/2000, de 21 de Agosto, e definido no art. 3.º, n.º 1, al. e) da Lei 58/2005, de 29 de dezembro (Lei da Água), de acordo com o qual «as medidas destinadas a evitar o impacto 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».

no caso de dúvida, o julgador se decida a favor do ambiente, saúde pública e qualidade de vida. Face ao assinalado e aparente desvalor legal das avaliações, estudos, testes e melhorias entretanto realizadas, é lícito concluir que os bens jurídicos em causa (ambiente, saúde pública e qualidade de vida) serão melhor defendidos através da concessão da providência requerida».

3.4.5 A urgência da precaução

A análise da jurisprudência (mais e menos recente) sobre o princípio da precaução feita acima deixa explícita a ligação umbilical entre este princípio e a necessidade de tutela cautelar urgente de bens jurídicos, neste caso, bens jurídicos ambientais.

De facto, nesta “*law in action*” sobre a precaução, está bem presente o carácter eminentemente frágil dos recursos naturais (e, como ficou claro, da saúde humana) que o torna elemento fundamental no quadro da sua regulação e proteção, porquanto a essencialidade da tutela deste tipo de bens desemboca na prevenção de danos, que poderão ser (demasiado) graves quanto à sua dimensão e/ou reversibilidade.

Esta antecipação do momento “preventivo” trazida pela ação do princípio da precaução materializa-se, assim, numa tutela cautelar mais intensa, em duas dimensões: por um lado, agilizando ou facilitando o decretamento da tutela em casos de dúvida sobre o potencial lesivo da intervenção; por outro lado, através da imputação, ao operador-agente da intervenção (potencialmente) lesiva, do ónus de provar que da sua atuação (e/ou não atuação) não resultarão danos graves para os bens jurídicos em jogo, invertendo-se o que está consagrado como regra geral em matéria de produção de prova (cfr. os arts. 342.º, n.º 1 e 487.º, n.º 1, 1ª parte, do Código Civil, nos termos do qual quem alega um direito deve prová-lo)⁸¹.

Esta inversão fundamenta-se na constatação de que os operadores económicos estão, na maioria das vezes, em muito melhor posição, quer do ponto de vista técnico, quer económico, para fornecer a informação necessária à aferição dos verdadeiros efeitos da atividade (por eles) projetada⁸².

⁸¹ Sobre os corolários do “princípio da precaução”, cfr. BARTON, C., «The status of the precautionary principle in Australia: its emergence in legislation and as common law doctrine», *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 22, 1998, pp. 509 e segs. e 518 e segs..

⁸² GOMES, Carla Amado, «As providências cautelares...», cit., pp. 130 a 135.

3.5 A autonomização da precaução face à prevenção

Sendo verdade que o móbil deste trabalho é a elaboração de um percurso justificativo sobre a virtude e a necessidade de autonomização do princípio da precaução face à prevenção, também não deixa de ser verdade que, mesmo depois do que se expôs acima, não é ainda claro e inequívoco que essa autonomia exista efetivamente nem qual a sua extensão. Isso é relevante porque, como de seguida melhor se desenvolverá, crê-se que essa autonomização representará um reforço na gestão e no controlo (mais) proativo dos riscos ambientais.

Por alguma razão a LBA os distingue, mas, ao mesmo tempo, os funde na mesma disposição, crendo-se que assim é dada a relação umbilical existente entre ambos⁸³.

Em todo o caso, a verdade é que várias hipóteses de diferenciação têm vindo a ser estabelecidas quer pela legislação (internacional, europeia e nacional), quer pela doutrina, tendo sobretudo por base uma pressão do direito internacional, pioneiro na autonomização do princípio da precaução e onde esta diferenciação tem sido elaborada recorrentemente⁸⁴.

Como se conclui pela análise ao tratamento que os dois princípios têm tido na jurisprudência citada, em termos de autonomização face à prevenção, se esta se referia a uma atuação positiva de antecipação de danos e de condutas, a precaução, na sua formulação mais básica, dirige-se a uma dimensão de incerteza científica. Assim, a tónica da precaução não está necessariamente no tipo de ação, mas antes numa situação de incerteza⁸⁵ tomada em si mesma.

Por outro lado, enquanto a prevenção exige, sobretudo, uma ação positiva, a precaução exige uma ação negativa⁸⁶, precisamente por razões de incerteza⁸⁷.

⁸³ VASCO PEREIRA DA SILVA, quando se refere à autonomização do princípio da precaução, utiliza a expressão “ecofundamentalismo”, considerando tratar-se de um puritanismo próprio do direito do ambiente, mas que do ponto de vista dogmático não se justifica porque essa autonomia não existe verdadeiramente. In *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*, 2002, Lisboa, Almedina, pp. 25 e segs.

⁸⁴ GOMES, Carla Amado, *A Prevenção à prova no Direito do Ambiente...* cit, pp. 44 a 49.

⁸⁵ Daqui decorre uma primeira ideia de atuação, ainda que sem evidência científica do potencial de lesão da atuação que se vai suspender ou cujas condições de realização se alterarão. Assim, quer a gravidade, quer a irreversibilidade do dano são considerações sujeitas à incerteza, o que significa (como veremos) que a Administração Pública, para basear a sua atuação, pouco mais terá do que juízos de prognose feitos a partir de dados obtidos em casos antecedentes. Ao contrário do que sucedia com a prevenção, estamos aqui no domínio da possibilidade e não da probabilidade.

⁸⁶ No fundo a tónica está em duas condutas que são opostas, mas que se interrelacionam e explicam esta tensão latente.

⁸⁷ A tónica da precaução reside neste aspeto de incerteza científica quanto aos efeitos de uma ação ou substância e à sua relação de causalidade, tal como em relação aos efeitos que se vão produzir. É esta

É por esta vertente negativa que a precaução se parece autonomizar do princípio da prevenção: enquanto a prevenção admite uma conduta sujeitando-a a restrições, na formulação mais puritana, a precaução não permite sequer a conduta⁸⁸.

Por comparação com o princípio da prevenção, que lida com probabilidades, a precaução vai “mais longe” e lida com a mera possibilidade⁸⁹. Perante o desconhecido (que talvez nem seja provável ocorrer), o mandamento é cautelar em relação ao risco, dado que na incerteza não se deve agir⁹⁰.

É por este motivo que um dos corolários mais óbvios, importantes e necessários⁹¹ do princípio da precaução (explicitamente consagrado pela alínea c), do n.º 3 da LBA), é o (sub)princípio da inversão do ónus da prova⁹².

3.6 O (sub)princípio da inversão do ónus da prova

3.6.1 A regra geral da inversão do ónus da prova

No que concerne à fixação de critérios (gerais e especiais) de distribuição dos encargos probatórios, existe uma permissão do legislador para, nas situações expressamente previstas no art. 344.º do Código Civil (“CC”), o ónus da prova poder

incerteza que justifica que a conduta seja proibida ou que uma conduta oposta seja obrigatória, tendo em vista a proteção do ambiente.

⁸⁸ Não permite, por exemplo, que um pedido de um particular venha a ser deferido. Num cenário de incerteza não se age e é isso que a diferencia da prevenção. Esta impõe medidas num sentido ativo e afirmativo, enquanto a precaução se materializa numa dimensão eminentemente negativa, proibindo uma conduta pela simples incerteza quanto aos efeitos, quanto a uma relação de causalidade, etc. Desta forma, nesta versão mais puritana, a precaução estabelece uma regra de inação. Mesmo perante a ausência de demonstração científica de que uma ação ou uma substância são aptas a produzir um efeito ambientalmente danoso, a falta de demonstração do oposto (da sua neutralidade ambiental), pelo particular, é suficiente para determinar ou impor a não ação. Esse facto é suficiente para que a administração pública, unicamente baseada neste princípio, possa indeferir o pedido do particular.

⁸⁹ Nas palavras de Carla Amado Gomes este princípio da precaução «significa que o ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida quando haja incerteza, por falta de provas científicas evidentes, sobre onexo causal entre uma atividade e um determinado fenómeno de poluição ou degradação do ambiente, incentivando, por um lado, à antecipação da ação preventiva ainda que não se tenham certezas sobre a sua necessidade e, por outro lado, à proibição de atuações potencialmente lesivas, mesmo que essa potencialidade não seja cientificamente indubitável» in GOMES, Carla Amado, *A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente...* cit., p. 29.

⁹⁰ E quem tem de “desmontar” a incerteza é o particular.

⁹¹ Embora, em tempos passados, tenha sido bastante questionado.

⁹² FRADE, Marlene, ob. cit., pp. 99 a 113.

competir à parte contrária àquela a que, nos termos da regra geral, incumbia esse encargo^{93,94}.

Decorre do n.º 1 e 2 deste artigo que se inverterão as regras de distribuição do ónus da prova sempre que:

- (i) Isso esteja consagrado numa presunção legal *juris tantum*: caso em que a parte a que competiria provar o facto presumido (*factum probandum*) apenas terá de provar a realidade do facto indiciário que constitui a base da presunção (*factum probans*); por outro lado, a parte a que não competia qualquer ónus ficará então incumbida de provar o facto contrário ao presumido, ou seja, que o facto não se verificou ou que não existe o direito que funda a presunção;
- (ii) A Lei admite, *ab initio*, determinado facto como certo e exista, por esse motivo, uma dispensa ou liberação do ónus da prova quanto a esse mesmo facto. Neste caso, será a contraparte que terá de provar o contrário desse facto⁹⁵;
- (iii) Tenha sido celebrada, validamente⁹⁶, uma convenção nesse sentido;
- (iv) Por causa do comportamento culposo da contraparte, a prova da parte onerada se tenha tornado impossível⁹⁷;
- (v) Haja disposição legal nesse sentido: o que se consubstancia num critério residual⁹⁸ ao qual se poderá subsumir a inversão do ónus da prova que consta desta al. c), do art. 3.º da LBA;

⁹³ A esta consagração legal está subjacente um esforço de repartição mais equitativa deste ónus entre as partes, considerando-se ser justo que a parte que estiver em melhores condições para provar certa factualidade deva carregar o referido ónus nas situações em que a aquisição probatória no decorrer do processo se demonstre ser insuficiente.

⁹⁴ FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*. Lisboa: Lex, 2001, pp. 19, 24 e 34 e BELEZA, Maria dos Prazeres, *O Activismo Judiciário em Matéria Probatória e a Teoria Dinâmica da Distribuição do Ónus da Prova*, 2012, pp. 1 a 13 – Notas correspondentes à intervenção oral realizada no dia 29-06-2012, no âmbito do Curso Luso-Brasileiro de Direito Processual Civil – «O Futuro do Processo Civil no Brasil e em Portugal».

⁹⁵ FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*, cit., p. 39; LIMA, Pires de Lima e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, 3.ª ed., Vol. 1, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 306.

⁹⁶ Cfr. os limites impostos pelo art. 345.º do CC.

⁹⁷ Cfr. art. 417.º, n.º 2, do Código do Processo Civil (“CPC”) (aplicável *ex vi* do art. 344.º, n.º 2, *in fine*, do CC).

⁹⁸ FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*, cit, p. 53.

Independentemente do seu enquadramento legal, parece ser certo que razões de natureza privada e de natureza pública estão subjacentes a esta inversão^{99,100} do ónus da prova na LBA:

- (i) Razões de natureza privada na medida em que se visa recolocar as partes numa posição de maior igualdade¹⁰¹, salvaguardando-se a maior e natural onerosidade ou a quase impossibilidade de uma delas produzir prova sobre certo facto¹⁰²;
- (ii) Razões de ordem pública, na medida em que o ónus da prova passa a recair sobre a parte que se encontra em melhores condições para provar determinado facto, o que se reflete numa maior celeridade processual prosseguindo-se uma gestão mais eficiente da “máquina” da justiça e da descoberta da verdade material¹⁰³.

De resto, não é sequer vanguardista a necessidade de proceder a uma ponderação casuística da capacidade das partes, para efeitos de distribuição do ónus da prova, uma vez que isso já está presente no artigo 344.º, n.º 2, do CC, quanto à impossibilidade de produção probatória em virtude do comportamento culposo da contraparte¹⁰⁴.

3.6.2 Concretizações prático-legais da inversão do ónus da prova

A inversão do ónus da prova tem várias concretizações no ordenamento jurídico português, nomeadamente no contexto jusambiental, a que está subjacente a máxima da precaução de que na incerteza não se deve agir¹⁰⁵.

⁹⁹ Inversão esta que tanto vale para o procedimento administrativo anterior àquele ato administrativo autorizativo/licenciador, quanto para as vias graciosas e processuais de garantia do particular. É o particular que tem de demonstrar perante um tribunal, aquando da impugnação judicial de um ato administrativo, que o risco ambiental do seu pedido não é significativo.

¹⁰⁰ FARIA Rita Lynce de, *A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*, cit, p. 59.

¹⁰¹ Pretende-se que as partes sejam colocadas em paridade de condições, desfrutando de idênticas possibilidades de obter a justiça que lhes é devida.

¹⁰² Está aqui subjacente uma lógica de *due process of law*, na tentativa de se colocarem as partes em condições de paridade, assegurando-se a imparcialidade e a independência no exercício do poder jurisdicional. Cfr. ANDRADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1956, Vol. I, p. 364.

¹⁰³ FRADE, Marlene, ob. cit., pp. 132 a 137.

¹⁰⁴ FRADE, Marlene, ob. cit., pp. 137 a 141.

¹⁰⁵ Claro está que a máxima de que o ónus da prova da sua inocuidade deve recair sobre a parte que melhor conhece os riscos do seu projeto também está presente no recurso à técnica jurídica da inversão no âmbito dos procedimentos administrativos.

É exemplo disso o artigo 13.º, n.º 1, do Regime Jurídico da Avaliação de Impacto Ambiental¹⁰⁶ (“RJAIA”), consagrando ser sobre o operador-poluidor que impende o ónus de apresentar, junto com o projeto a licenciar, um estudo de impacto ambiental¹⁰⁷.

Estatui também o Regime das Emissões Industriais (“REI”) que «caso o operador demonstre, quanto a uma determinada instalação, que o cumprimento dos valores-limite para as emissões difusas não é técnica nem economicamente viável, a APA, IP, pode permitir, no âmbito da LA (Licença Ambiental), que as emissões excedam esses valores-limite, desde que não se prevejam riscos significativos para a saúde humana ou para o ambiente e que o operador demonstre que estão a ser utilizadas as MTD (Melhores Técnicas Disponíveis)».¹⁰⁸

Em ambas as situações, se o operador-poluidor não for capaz ou suficientemente capaz de cumprir os quesitos probatórios que o oneram, determina-se¹⁰⁹ o indeferimento ou a rejeição liminar do seu pedido e a consequente extinção do respetivo procedimento¹¹⁰.

3.6.3 A inversão do ónus da prova no art. 3.º, al. c) da LBA

Como se deixou antecipar, do art. 3.º, al. c) da LBA decorre que a aplicação do princípio da precaução poderá obrigar a «que o ónus da prova recaia sobre a parte que alegue a ausência de perigos ou riscos», o que consubstancia, embora não expressamente, uma permissão legal para uma inversão do ónus da prova.

Esta norma confere ao decisor uma ampla margem de liberdade¹¹¹ e a necessidade de uma apreciação casuística da dificuldade que terá cada uma das partes de produzir a prova de existência ou inexistência de riscos sérios para o ambiente.

Isto é reconhecer que, nesta matéria, poderá ser desadequada a consagração de uma distribuição meramente abstrata ou mecânica do ónus da prova, considerado o grau de dificuldade que a prova de um tal facto poderá suscitar para a parte onerada. Tal poderá

¹⁰⁶ Na redação que lhe foi conferida pelo DL n.º 47/2014, de 24/03.

¹⁰⁷ Isso é importante porque deste estudo devem constar, desde logo, os elementos enumerados no Anexo V do referido regime, nomeadamente a «Descrição das medidas e das técnicas previstas para: a) evitar, reduzir ou compensar os impactes negativos no ambiente; b) prevenção e valorização ou reciclagem dos resíduos gerados; c) Prevenir acidentes». Cfr. n.ºs. 6 e 7 do Anexo V do DL n.º 151-B/2013, de 31 de outubro.

¹⁰⁸ Cfr. o artigo 98.º, n.º 3 do DL n.º 127/2013, de 30 de agosto.

¹⁰⁹ Como dispõem os arts. 14.º n.ºs 3 e 10, do RJAIA e bem assim o art. 37.º, n.º 1, al. c), subals. vi) e vii), do REI.

¹¹⁰ FRADE, Marlene, ob. cit., pp. 141 a 147.

¹¹¹ Repare-se que o legislador não estipula que o ónus da prova **terá** de recair sobre X, mas que o ónus da prova **poderá** recair sobre X.

ser colmatado com a transferência desse ónus para a parte contrária que, estando mais bem posicionada para efetuar essa prova, é “justo” que seja onerada com esse ónus.

A possibilidade aqui prevista de se inverter o ónus da prova tem subjacente a salvaguarda do princípio da igualdade das partes (positivado no art. 13.º da CRP e no art. 6.º do CPTA) e do princípio da equidade processual, enquanto direito à igualdade de armas e a um processo orientado para a justiça material (previsto no art. 20.º, n.º 4 da CRP, e no art. 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, na medida em que salvaguarda a possibilidade de as partes terem acesso às mesmas possibilidades de alcançar a justiça que lhes é devida¹¹².

Esta permissão de inversão do ónus da prova funda-se na “teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova”¹¹³ nos termos da qual, excecionalmente e por iniciativa do decisor, o ónus da prova pode ser transferido para a esfera da parte que se encontra nas melhores condições para provar dado facto controvertido, dado que, no caso concreto, se demonstre ser essa a solução mais justa e conveniente.

Este (sub)princípio de inversão do ónus da prova é outro fator de diferenciação, talvez o de maior relevância prática, da precaução e da prevenção: é que, enquanto a prevenção é um princípio jurídico não *self-executing*, mas orientador das políticas de ambiente e com efeito modelador do conteúdo de um ato administrativo licenciador/autorizativo, a precaução é uma regra de solução de conflitos, determinando uma leitura pró-ambiente¹¹⁴.

3.6.3 Por uma adequada interpretação e aplicação da resposta legal

Apesar de todas as virtudes acima expostas, há que ter em consideração que uma interpretação excessivamente zelosa da inversão do ónus da prova, tal como consagrada no art. 3.º, al. c) da LBA, pode contender, não só com os cânones da proporcionalidade¹¹⁵

¹¹² Num contexto em que, na maioria das vezes, o demandado é o agente criador do risco e, em princípio, a parte que “melhor conhece os termos da sua atividade e detém as informações sobre as suas características”.

¹¹³ Que foi desenhada como método suplementar ou de correção dos critérios que, abstratamente, foram estabelecidos pelo legislador, mas que, perante a análise do caso concreto, gerem consequências claramente inconvenientes e iníquas.

¹¹⁴ Esta é uma regra de solução de conflitos que pode ser usada diretamente pela administração pública, uma vez que, perante a não demonstração de neutralidade ambiental, a legitima a indeferir determinado pedido concreto de um particular.

¹¹⁵ Recorde-se que, para qualquer restrição de direitos passar o teste da proporcionalidade deverá revelar-se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Neste caso concreto, esta restrição parece ser adequada porquanto onerar a parte que, de acordo com um critério de oportunidade, está mais bem posicionada para efetuar a prova viabilizará a prossecução de uma justiça ambiental mais eficiente. Para além disso, ela mostra-se também necessária, uma vez que a proteção que se visa aqui conferir não se julga poder ser conferida por outro instituto jurídico menos oneroso que o encargo de demonstrar que o risco

mas, ainda, com a preservação do conteúdo essencial do direito à livre iniciativa económica privada, dada a verdadeira *probatio diabolica* que poderá representar.

Significa isto que, embora este artigo possa ser adequado e necessário à tutela do ambiente, enquanto bem jurídico particularmente sensível a quadros de incerteza científica, uma interpretação desligada de qualquer compromisso de justiça e equidade poderá violar a exigência de uma justa medida imposta pelo princípio da proporcionalidade (em sentido estrito)¹¹⁶, já que poderá estender a medida da prova muito além do limite razoável.

Para maior certeza e segurança jurídica na concretização casuística desta solução legal, crê-se que, de *jure condendo*, se deverá associar esta inversão do ónus da prova à demonstração da existência efetiva de motivos que justifiquem uma preocupação ecológica razoável. Por outras palavras, esta regra deverá ser expressamente parametrizada pelo critério de *reasonable ecological concern*¹¹⁷, ou seja, da existência de riscos que se apresentem como sérios ou graves para o bem jurídico ambiental.

O princípio da precaução deixaria de exigir a transferência do ónus da prova para o operador-poluidor em todas as situações em que o decisor fundasse a sua convicção na verificação de riscos ambientalmente toleráveis, por ser isso que resulta, por exemplo, da documentação relativa ao procedimento da AIA ou por terem sido apresentados (novos) estudos científicos que suportam a referida tolerabilidade¹¹⁸.

criado por dado produto, atividade ou tecnologia está dentro dos limites considerados admissíveis pelo legislador. No entanto, o mesmo poderá já não acontecer no que diz respeito ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito, pois a prova da “ausência de riscos” ou de “risco zero” parece ser um ónus que restringe desmesuradamente o direito à livre iniciativa económica privada e o direito a um processo equitativo.

¹¹⁶ AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Vol. 2, Coimbra, Almedina, 2001, p. 131; CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed., Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 393; e AMARAL, Maria Lúcia, *A Forma da República: Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 186 a 189.

¹¹⁷ PEREIRA, Pedro Matias, «Princípio da precaução: Still Nothing New (Ou in dubio Pro CoIncineração)», Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 2009, 1.^a Subsecção do CA, Processo n.º 0438/09», *RevCEDOUA*, Coimbra, CEDOUA, Ano 11, Vol. 2, n.º 22, 2008, p. 148; CALADO, Diogo, GOMES, Carla Amado, «Uma embrulhada com vários inconvenientes: uma freguesia maçadora, uma empresa pública... e os tribunais administrativos que tomaram conta do caso. Comentário ao Acórdão do TCA-Sul, de 7 de março de 2013» in GOMES, Carla Amado (org.), *Direito do Ambiente: Anotações Jurisprudenciais diversas*, 2.^a ed., Lisboa, ICJP, 2017, p. 54; GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Proteção do Ambiente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 275.

¹¹⁸ FRADE, Marlene, ob. cit., pp. 147 a 153.

4. Notas Conclusivas

Do que ficou exposto resulta que o princípio da precaução coloca problemas semelhantes aos colocados pelo princípio da prevenção, existindo, sobretudo, uma incerteza na delimitação das fronteiras entre ambos.

Não foi, e ainda não é, líquido que a precaução possa conduzir, por si só, à invalidade de um procedimento, regulamento ou ato administrativo, ou seja, que, em abstrato, possa ser nomeado como *ratio decidendi* de uma demanda jus ambiental.

Crê-se que os tribunais, mesmo em período anterior à entrada em vigor da LBA, deviam ter sido mais generosos quanto à admissibilidade do princípio da precaução como *ratio decidendi* em demandas jus ambientais, sobretudo a partir do momento em que este princípio começou a ganhar relevância legislativa e aplicativa no contexto internacional, especialmente no contexto do direito da União Europeia.

Esta questão parece ter ficado clarificada pela atual redação do art. 3.º, al. c) da LBA, que consagra um (sub)princípio de inversão do ónus da prova por efeito do princípio da precaução que lhe confirma, pelo menos, o carácter autoexecutório. No entanto, como acabou de se antever, tem de haver um nivelamento na interpretação e na aplicação deste instituto, sob pena de se chegar à conclusão de que qualquer risco ambiental é suficiente para indeferir um pedido apresentado pelo particular¹¹⁹.

Por este motivo, de um ponto de vista do direito a constituir, propõe-se a expressa consagração de uma repartição mais equitativa do ónus da prova entre as partes, exigindo, não a demonstração da total inocuidade de um dado produto ou atividade, mas a demonstração, mediante prova científica credível, da inexistência de motivos que justifiquem uma “preocupação ecológica razoável”, por não haver uma plausível ameaça séria de ocorrência de danos ambientais¹²⁰.

¹¹⁹ A aplicação mais evidente deste princípio nem começou por ser no domínio do direito do ambiente, mas no domínio do direito da saúde de onde é originário, embora este esteja muitas vezes ligado ao ambiente. Um acórdão central para o entendimento dos contornos do princípio da precaução é precisamente o já citado “Acórdão Pfizer” que teve por objeto a impugnação de uma decisão da Comissão Europeia onde o tribunal de primeira instância considerou que a aplicação do princípio da precaução não existe apenas em situações em que não há risco, mas também quando o risco pode existir mas não está demonstrado científica ou empiricamente. Aqui, o tribunal de primeira instância esclareceu que o princípio da precaução não se aplica em situações de “risco 0”, ou seja, enquanto não houver uma invocação de um risco possível, não há lugar à aplicação o princípio da precaução. No entanto, não ficou esclarecido qual o momento/limiar a partir do qual o princípio da precaução é despoletado.

¹²⁰ GOMES, Carla Amado, *A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente...* cit, pp. 94 a 99.

Daqui se conclui ainda que, por oposição à prevenção¹²¹ (que admite uma conduta, exigindo medidas de eliminação ou mitigação), a precaução materializar-se-á numa “ação” negativa, não permitindo sequer a adoção da conduta, pois a inversão do ónus da prova constitui o “dever” de demonstrar a não existência de um dano ambiental¹²².

Além disso, o facto de não se saber o momento/limiar a partir do qual o princípio da precaução pode ser acionado gera uma situação de incerteza. Percebendo-se que há um limiar mínimo em que a precaução deve ter uma aplicação autónoma, não estando estabelecido esse limiar, tal significa que a entidade decisora poderá ficar à mercê daquilo que vai sendo a corrente dominante na opinião pública¹²³.

Este elemento de incerteza na raiz do princípio de precaução, embora esteja na base da sua essência, levanta algumas questões de clarificação complexa, nomeadamente se este princípio é o método correto para se decidir num contexto de ausência de certeza científica. Isto é, havendo um *trade off* entre risco indefinido e benefícios prováveis, se a decisão a tomar deve ser baseada apenas na falta de ciência, indeferindo-se o pedido do operador-requerente.

Pergunta-se, assim, se será justo exigir ao particular a demonstração de ausência de um risco, quando isso poderá estar a impedir a própria comunidade de ter acesso a benefícios que são prováveis¹²⁴ e que poderiam consubstanciar um progresso¹²⁵. Isto é especialmente preocupante neste âmbito do direito do ambiente¹²⁶ porque significa, paradoxalmente, manter em atividade aquilo que é obsoleto.

¹²¹ A prevenção lida com a probabilidade de um risco e calcula as medidas impositivas em função dessa probabilidade, ao passo que a precaução se basta com a mera possibilidade de um risco.

¹²² GOMES, Carla Amado, *A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente...* cit, pp. 55 e segs..

¹²³ É o exemplo, entre outros, dos juízos de precaução que têm vindo a ser feitos em relação às vacinas contra a Covid-19.

¹²⁴ No exemplo das vacinas desenvolvidas a propósito da pandemia de Covid-19, na ausência de demonstração de que a vacina da AstraZeneca (ou outras) cause efeitos secundários nocivos, será justo que se deva suspender a sua aplicação? Este é um exemplo de situação em que a precaução pode exigir a suspensão da toma da vacina, mas em que se percebe que a exigência pode, ela própria, ser uma fonte de danos. Desde logo, porque existe um benefício para a comunidade que advém da toma da vacina e porque o risco poderá não ser tão elevado quanto esperado, sobretudo quando sabemos quais são os sinais daqueles efeitos secundários e a forma de os tratar. Esta é a mesma questão que se pode colocar em relação ao direito do ambiente: será que é legítimo impor-se uma análise custo/benefício em que existe a necessidade de se esperar por uma demonstração negativa? Não será isso excessivo em relação à própria comunidade que precisa de ter acesso àquele bem, serviço ou produto?

¹²⁵ Também no caso das vacinas no âmbito da pandemia de Covid-19, em que se pretende resolver a situação pandémica o mais depressa possível, e por isso, quanto mais tardar a toma da vacina, seja ela qual for, mais lentamente se abolirá o vírus causador da doença. Também aqui parece existir um progresso que acaba por ser colocado em *stand by*.

¹²⁶ Que também tem, no entanto, paralelo no direito da saúde. Imagine-se que existe um determinado tratamento para a Covid-19 que se sabe causar efeitos na saúde humana (por exemplo, porque destrói o fígado) e, por isso, mesmo tendo de ser dado e tomado com cuidado, a análise custo/benefício é favorável. Entretanto, existe uma outra empresa que descobre outro medicamento em relação ao qual se desconhecem

Em situações em que já existe uma demonstração empírica da existência de determinado dano, pode vir a verificar-se que a precaução está a ser um obstáculo a uma melhoria de condições ambientais. Isto, na medida em que se poderá traduzir numa regulação excessiva do uso de novas tecnologias criadas para aperfeiçoar aquilo que já existe e para remover danos que já estão identificados¹²⁷.

Do princípio da precaução também decorre um dever de adoção das melhores técnicas disponíveis, implicando a existência de uma posição de precariedade por parte do particular, cujo título habilitante fica sujeito a um constante dever de adaptação a novas e melhores técnicas do ponto de vista da salvaguarda do ambiente¹²⁸.

Isto faz com que possamos ter uma situação concreta em que, apesar de a precaução em sentido abstrato apontar no sentido da adaptabilidade, o juízo concreto de precaução determina a sua não utilização, não havendo a certeza científica quanto aos efeitos e capacidade de mitigação e eliminação de um dano ambiental.

Apesar de tudo, crê-se que a principal dificuldade do princípio da precaução, para ser usado com autonomia e precisão jurídica, é a exigência de o decisor realizar ponderações que não são eminentemente jurídicas, mas necessariamente extrajurídicas. Esta é, no contexto do princípio da precaução, uma dificuldade ainda maior¹²⁹ do que a verificada com o princípio da prevenção.

Ora, ainda que com algumas dificuldades a resolver quanto à sua plena autonomização e efetivação, por todos os motivos elencados e desenvolvidos, o princípio da precaução jamais poderá diluir-se numa qualquer leitura ampla do princípio da prevenção, sendo de preterir esta tese de consunção, sobretudo num contexto em que o

os efeitos, mesmo não estando demonstrado que não cause danos na saúde humana... A aplicação do princípio da precaução significaria que não se administraria a nova terapêutica por não se conhecerem os seus efeitos. A verdade é que atrasar a implementação desta terapêutica, eventualmente mais benéfica que a que está a ser utilizada, significa perpetuar a aplicação de um tratamento que, esse sim, já se sabe que causa danos.

¹²⁷ Especificamente, no âmbito do direito do ambiente pode imaginar-se o exemplo de uma fábrica que emite gases poluentes; havendo uma nova tecnologia que se pretende adotar, mas não se sabendo ainda quanto se consegue poupar nas emissões, em virtude de um princípio de precaução, o seu uso não é autorizado.

¹²⁸ Esta questão pode parecer contraditória, porque o dever de adaptabilidade é mais evidente enquanto decorrência do princípio da prevenção. No entanto, é ainda mais contraditória porque, embora pareça ser uma concretização, em abstrato, do princípio da precaução, em concreto, se sobre uma determinada nova técnica ainda não tiver recaído um juízo de certeza científica, a precaução pode conduzir a uma conclusão contrária à que se chegaria através do seu juízo abstrato.

¹²⁹ Imagine-se a situação em que um juiz teria de decidir se determinada vacina contra a Covid-19 poderia ou não ser administrada num determinado momento em função do princípio da precaução: esta seria uma tarefa árdua, não só porque teria de fazer juízos extrajurídicos que não domina, como teria de enfrentar uma opinião pública necessariamente agressiva.

ambiente e a ação climática estão no centro do debate político e representam uma causa geracional e existencial.

É neste contexto que se pugna pela afirmação axiológica e aplicativa do princípio da precaução, com vista ao reforço de um ordenamento jurídico que promova a construção de um modelo de gestão e controlo proativo, pela antecipação que faz da ação num momento preventivo.

Caso contrário, um modelo de mera adoção de medidas preventivas contra danos conhecidos¹³⁰ conduziria, como afirma Ana Gouveia Martins¹³¹, à assunção de um pleno “*estado de desproteção ambiental*”, que não tem em conta as limitações predicativas da ciência contemporânea e a tendencial irreversibilidade dos danos que possam ser causados ao bem ambiental¹³².

¹³⁰ Isto é, relativamente aos quais existe um conhecimento prévio quanto à origem, e à magnitude e/ou probabilidade da sua ocorrência.

¹³¹ MARTINS, Ana Gouveia, *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente*, 2002, Lisboa, AAFDL, p. 74.

¹³² FRADE, Marlene, ob. cit., pp. 153 a 157.

5. Bibliografia

ALVOEIRO, José Lino, «A Projecção do Princípio da Precaução no Transporte de Energia Elétrica de Alta e Muito Alta Tensão», *JULGAR*, Número 18, Coimbra Editora, setembro, 2012.

AMARAL, Diogo Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, 2.^a ed., Vol. 2, Coimbra, Almedina, 2001.

AMARAL, Diogo Freitas do, GARCIA, M. Glória, MIRANDA, Jorge, OTERO Paulo e ESTEVES, M. Assunção, *O caso Co-Incineração*, 1.^o Vol., Tomo I, Lisboa, 2001.

AMARAL, Maria Lúcia, *A Forma da República: Uma Introdução ao Estudo do Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa, *Direito Comunitário do Ambiente*, Cadernos CEDOUA, Almedina, 2002.

BALDÉ, Alassana Mendonça, «Notas sem fronteiras acerca das melhores tecnologias disponíveis no regime da prevenção controlo integrado da poluição», *Direito do Ambiente: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva*, ICJP/CIDP, 2021. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_homenagemprofvps_icjp_23jan2021.pdf. Última vez consultado a 25.11.2021.

BARTON, C., «The status of the precautionary principle in Australia: its emergence in legislation and as common law doctrine», *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 22, 1998.

BECK, Ulrich, *Risk Society. Towards a New Modernity*, Londres, 1992.

BEIRÃO, Joana Maria Moreira, *Da Distribuição do Ónus da Prova no Direito Processual Civil Português – Contributo para o Estudo da Possibilidade de Flexibilização através de uma Distribuição Dinâmica*, 2017. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31833/1/ulfd133817_tese.pdf. Última vez consultado a 12.07.2021.

BELEZA, Maria dos Prazeres, «O activismo judiciário em matéria probatória e a teoria dinâmica da distribuição do ónus da prova», julho, 2012. Disponível em: www.ippcivil. Última vez consultado a 08.10.2021.

CALADO, Diogo, GOMES, Carla Amado, “Uma embrulhada com vários inconvenientes: uma freguesia maçadora, uma empresa pública... e os tribunais administrativos que tomaram conta do caso. Comentário ao Acórdão do TCA-Sul, de 7 de março de 2013 in GOMES, Carla Amado (org.), *Direito do Ambiente: Anotações Jurisprudenciais Diversas*, 2.^a ed., Lisboa, ICJP, 2017. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_jurisprudencia_final_com_isbn.pdf. Última vez consultado em 09.04.2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes (coordenação) *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa, Universidade Aberta, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.^a ed., Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CROSS, Frank, «Paradoxical perils of the precautionary principle», *Washington & Lee Law Review*, n.º 851, 1996. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1656&context=wlulr>. Última vez consultado a 14.02.2022.

D’AMATO, A, WEISS, E., e GUNDLING, D., “Agora: What obligations does our generation owe to the next? An approach to global environmental responsibility”, *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990. Disponível em: [Agora: What Obligation Does Our Generation Owe to the Next: An Approach to Global Environmental Responsibility 84 American Journal of International Law 1990 \(heinonline.org\)](https://www.heinonline.org/HLJ/vol84/no1/1990_101.htm). Última vez consultado a 11.04.2022.

DIAS, José Eduardo Figueiredo, *A Reinvenção da Autorização Administrativa no Direito do Ambiente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*. Lisboa: Lex, 2001.

FRADE, Marlene, *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente: Análise Crítico-reflexiva sobre a Vigência, Autonomização e Distribuição do Ónus da Prova*, Lisboa, AAFDL Editora, 2020.

FREESTONE, David, «The 1992 Maastricht Treaty – Implications for European Environmental Law», *European Energy and Environmental Law Review*, Vol. n.º 1, June, 1992.

GIDDENS, A., «Risk and Responsibility», *The Modern Law review*, Vol. 62, Issue 1, 1999.

GOMES, Carla Amado, *A Prevenção à Prova no Direito do Ambiente: Em especial, os actos autorizativos ambientais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

GOMES, Carla Amado, «A avaliação de impacto ambiental e os seus múltiplos – Breve panorâmica do quadro normativo eurocomunitário e apontamentos de jurisprudência», *Estudos de Direito do Ambiente e de Direito do Urbanismo*, ICJP, 2011.

GOMES, Carla Amado, O procedimento de licenciamento ambiental revisitado, *Estudos de Direito do Ambiente e de Direito do Urbanismo*, ICJP, 2011.

GOMES, Carla Amado, «Dar o Duvidoso Pelo (In)Certo? Reflexões Sobre o “Princípio” da Precaução», *Textos Dispersos de Direito do Ambiente – I Vol.*, Lisboa, AAFDL Editora, 2008.

GOMES, Carla Amado, «A Co-Incinerção de Resíduos Industriais Perigosos, Notas à Margem de Uma polémica», *Textos Dispersos de Direito do Ambiente – I Vol.*, Lisboa, AAFDL Editora, 2008.

GOMES, Carla Amado, «As providências Cautelares e o Princípio da Precaução», *Textos Dispersos de Direito do Ambiente (e matérias relacionadas) – II Vol.*, AAFDL Editora, Lisboa, 2008.

GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007. Disponível em:

<https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/Risco&modifica%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Última vez consultado a 10.04.2022.

HAONAT, Ângela Issa, «Justiça Ambiental: uma perspectiva a partir da obra “Vidas secas”», *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* – Volume 8, ICJP/CIDP, 2019.

LIMA, Pires e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. 1, 3.^a ed, Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

MACIEL, Davi de Paiva, «A avaliação de impacto ambiental na legislação portuguesa e brasileira», *Direito do Ambiente: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva*, ICJP/CIDP, 2021. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_homenagemprofvps_icjp_23jan2021.pdf. Última vez consultado a 18.02.2022.

MARTINS, Ana Gouveia, *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente*, Lisboa, AAFDL, 2002.

MINASSA, Pedro Sampaio, *A Incógnita Ambiental do Princípio da Precaução*, ICJP/CIDP. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/precaucao-pedrominassa.pdf>. Última vez consultado a 15.01.2022.

PEREIRA, Pedro Matias, Princípio da precaução: Still Nothing New (Ou in dubio Pro Co-Incineração), Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 2009, 1.^a Subsecção do CA, Processo n.º 0438/09, *RevCEDOUA*, Coimbra, CEDOUA, Ano 11, Vol. 2, n.º 22, 2008.

SADELEER, Nicolas de, *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2020.

SADELEER, Nicolas de, *EU Environmental Law and the Internal Market*, 2014.

SILVA, Vasco Pereira da, *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*, Lisboa, Almedina, 2002.

SILVA, Vasco Pereira da, «O verde é uma das cores do Direito Constitucional», *Direito do Ambiente: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva*, ICJP/CIDP, 2021. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/e-book_homenagemprofvps_icjp_23jan2021.pdf. Última vez consultado a 18.02.2022.

VAQUÉ, L. González, «La sentencia “Malagutti-Vezinhet”: quién es responsable de la información facilitada por el sistema comunitario de alerta en el ámbito de la seguridad de los productos?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004. Disponível em: <file:///C:/Users/gmf/Downloads/47416-Texto%20del%20art%C3%ADculo-137951-1-10-20160216.pdf>. Última vez consultado a 27.02.2022.

6. Jurisprudência

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 12 de julho de 1996, Processo C-180/96 5, *Reino Unido vs Comissão*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CO0180&from=PT>. Última vez consultado a 12.1.2022.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 5 de maio de 1998, Processo C-157/96, *The Queen vs Ministry of Agriculture*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:61996CJ0157&from=ES>. Última vez consultado a 12. 1.2022.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 9 de setembro de 2003, Processo C-236/01, *Monsanto Agricultura Italia vs Presidenza del Consiglio dei Ministri*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62001CJ0236&from=PT>. Última vez consultado a 12.1.2022.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 7 de setembro de 2004, Proc. C-127/02 *Waddenzee vs Staatssecretaris* – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002CJ0127&from=PT>

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 28 de janeiro de 2010, Processo C-333/08, *Comissão vs França*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62008CJ0333&from=PT>. Última vez consultado a 12.1.2022.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 8 de julho de 2010, Processo C-343/09 *Afton vs Secretary of state for Transport*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0343&from=PT>. Última vez consultado a: 24.10.2021

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 22 de dezembro de 2010, Processo C-77/09, *Gowan vs Ministero della Salute*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CJ0077&from=PT>

[lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0077&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CJ0077&from=PT).

Última vez consultado a 12.1.2022.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 1 de outubro de 2019, Proc. C-616/17 *Blaise*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62017CJ0616&from=PT>. Última vez consultado a 24.10.2021.

Acórdão do Tribunal de Pequena Instância de 11 de setembro de 2002, Processo T-13/99, *Pfizer vs Conselho*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999TJ0013&from=PT>. Última vez consultado a 25.10.2021.

Acórdão do Tribunal de Pequena Instância de 10 de março de 2004, Proc. T-177/02, *Malagutti-Vezinhet SA*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62002TJ0177&from=LV>. Última vez consultado a 25.10.2021.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça dos Países Baixos de 20 de dezembro de 2019, Proc. 19/00135, *Urgenda Foundation v. State of the Netherlands*. Disponível em: [ECLI:NL:HR:2019:2007, Hoge Raad, 19/00135 \(Engels\) \(climatecasechart.com\)](https://www.climatcasechart.com/cases/ECLI:NL:HR:2019:2007). Última vez consultado a 29.04.2022