

AS PROVIDÊNCIAS CAUTELARES E O “PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO”: ECOS DA JURISPRUDÊNCIA¹

Carla Amado Gomes

INTRODUÇÃO

- 1. PRECAUÇÃO E URGÊNCIA**
- 2. O CONTENCIOSO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: EXEMPLOS DE UM NOVO PARADIGMA?**
 - 2.1. No Direito Internacional: o (segundo) caso dos ensaios nucleares
 - 2.2. No Direito Comunitário: o caso Pfizer
 - 2.3. No Direito comparado: o contencioso das antenas de telecomunicações móveis na jurisprudência francesa
 - 2.4. No Direito português: o caso da co-incineração (na cimenteira de Souselas)
- 3. BALANÇO CRÍTICO**

INTRODUÇÃO

A lógica de precaução tem raízes no Direito germânico da década de 1970 e, em virtude de tristes circunstâncias – nomeadamente, graves acidentes com petroleiros, com derrames de toneladas de crude no mar e com o cortejo de danos ambientais que lhes foram inerentes –, depressa se espalhou ao Direito Internacional.

Da Declaração resultante da Segunda Conferência Ministerial do

¹ Este texto corresponde à versão longa da intervenção da autora no II Seminário Luso-Brasileiro 2007 (Direito Público e Privado) promovido pelo NELB e realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nos dias 3 e 4 de Maio de 2007. Agradecemos ao NELB, na pessoa do seu Presidente, Dr. André Saddy, a gentileza do convite.

Mar do Norte, sobre poluição marítima² – Declaração de Londres, 1987 – consta uma tomada de posição quanto à vinculação dos signatários a uma atitude de precaução que, sem embargo de anteriores referências esparsas a esta noção³, tem sido identificada como a primeira formulação do princípio. Assim, nos termos do artigo XVI/1:

“[The ministers] accept the principle of safeguarding the marine ecosystem of the North Sea by reducing pollution emissions of substances that are persistent, toxic and liable to bioaccumulate at source by the use of the best available technology and other appropriate measures. This applies especially when there is reason to assume that certain damage or harmful effects on the living resources of the sea are likely to be caused by such substances, even where there is no scientific evidence to prove a causal link between emissions and effects («the principle of precautionary action»)”.

A partir daí, a precaução teve larga divulgação no plano internacional: em decisões adoptadas no seio das Comissões de Paris e Oslo, datadas de 1989⁴; na Declaração da Conferência governamental de

² Sobre a abordagem ao princípio da precaução nas Declarações das Conferências do Mar do Norte, L. GÜNDLING, *The status in International Law of the principle of precautionary action*, in *IJECL*, 1990/1, 2, 3, pp. 23 segs; E. HEY, *The precautionary approach. Implications of the revision of the Oslo and Paris Conventions*, in *MP*, 1991/7, pp. 244 segs; J. M. MACDONALD, *Appreciating the precautionary principle as an ethical evolution in ocean management*, in *OD&IL*, Vol. 26, 1995, pp. 255 segs, 267 segs; D. FREESTONE e E. HEY, *Origins and development of the precautionary principle*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 3 segs, 5 segs.

³ É verdade que o baptismo de uma determinada fórmula linguística como “princípio da precaução” ocorreu pela primeira vez na 2ª Conferência do Mar do Norte. Porém, indícios de uma lógica de antecipação de riscos podem encontrar-se na moratória de 1970 contra a pesca da baleia, na *Carta Mundial da Natureza* (1982), concretamente no Princípio II/11, b) – cfr. G. FULLEM, *The precautionary principle: environmental protection in the face of scientific uncertainty*, in *Willamette LR*, 1995/2, pp. 495 segs, 502 –, bem como na Convenção-quadro para a protecção da camada de ozono, adoptada em Viena, em 1985, a que seguiu, em 1987, o Protocolo de Montreal, que estabelece um calendário para a eliminação ou redução das emissões nocivas – cfr. P. MARTIN-BIDOU, *Le principe de précaution en Droit International de l'Environnement*, in *RGDIP*, 1999/3, pp. 631 segs, 634, 635.

⁴ N. DE SADELEER, *Les principes du polluer-payeur, de prévention et de précaution*,

Bergen sobre o Desenvolvimento Sustentado, de 1990; na Convenção de Bamako, sobre a interdição de transporte de substâncias perigosas em África, de 1991; na Convenção de Paris sobre a protecção do meio marinho do oceano Atlântico, nas Convenções de Helsínquia sobre a protecção e utilização dos rios e lagos internacionais, e sobre a protecção do meio marinho na zona do Mar Báltico, todas de 1992. Mas o documento que gerou mais impacto – e controvérsia – relativamente à noção de precaução foi artigo 15 da Declaração do Rio:

“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”.

O impacto deve-se, naturalmente, à visibilidade mundial da Declaração, que conferiu à ideia de precaução uma projecção alargada, não só em termos espaciais, como em termos materiais, desligando-a do domínio específico da poluição marítima e pretendendo fazer dela uma directiva de actuação aplicável em todas as áreas do ambiente. Mas este alargamento não se fez sem contrapartidas, nitidamente perceptíveis no confronto entre as fórmulas do Rio e da Declaração de Londres: em primeiro lugar, a medida de aplicação da precaução varia consoante as possibilidades dos Estados, nos termos da Declaração do Rio, condição que não se encontra na Declaração de Londres; em segundo lugar, acentua-se a seriedade do prejuízo ambiental (que deve revelar-se irreversível) na Declaração do Rio, relativamente à pura verificação de um efeito pernicioso exigida pela Declaração de Londres; por fim, em terceiro lugar, introduz-se um elemento de ponderação de custos (*cost-effective measures*) no Rio⁵, totalmente ausente em Londres – que

Bruxelas, 1999, p. 139, nota 305. Veja-se também J. CAMERON, *The status of the precautionary principle in international law*, in *Interpreting the precautionary principle*, org. de T. O’Riordan e J. Cameron, Londres, 1994, pp. 262 segs, 267 segs.

⁵ A introdução do “not-so-innocuous rider «cost-effective»”, já discutido na Conferência Mundial sobre as alterações climáticas de 1990, deu-se por iniciativa da delegação americana presente na Cimeira do Rio, tendo merecido a discordância da Comunidade europeia – PETER SAND, *The precautionary principle: coping with risk*, in *IJIL*, 2000, pp. 1 segs, 3.

resulta, ao cabo e ao resto, num controlo de proporcionalidade⁶.

Esta “híbrida”⁷ consagração do “princípio” (que, aliás, o artigo 15 da Declaração do Rio *degrada* em “precautionary approach”⁸), logo repetida noutros instrumentos internacionais⁹ [como, por exemplo, no artigo 3/3 da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre as alterações climáticas, assinada em Nova Iorque em 1992¹⁰, ou no artigo 4/3, a) da Convenção de Barcelona sobre a protecção do meio marinho e do litoral mediterrânico, de 1995] tem alimentado um intenso debate doutrinal sobre a natureza da ideia de precaução, nomeadamente sobre a sua justa caracterização como princípio de Direito Internacional, cogente da actuação dos Estados no campo da protecção ambiental¹¹. Com efeito, as diferentes “caras” com que o princípio se apresenta, em vários documentos internacionais relativos à protecção ambiental¹², geram a dúvida de saber

⁶ Neste sentido, C. BACKES e J. VERSCHUUREN, *The precautionary principle in International, european and Dutch wildlife law*, in *CJELP*, 1998/1, pp. 43 segs, 50; P. MARTIN-BIDOU, *Le principe...*, cit., pp. 654.

⁷ G. FULLEM, *The precautionary...*, cit., p. 506.

⁸ Segundo T. SCOVAZZI, a Declaração do Rio “preferisce la formula «approcio precauzionale», evocando così più una linea di condotta pratica che un principio teorico” – *Sul principio precauzionale nel Diritto dell’ambiente*, in *RDI*, 1992/3, pp. 699 segs, 700. O debate prolongou-se em Joanesburgo, tendo-se novamente verificado o “braço-de-ferro” entre a posição da União Europeia – favorável ao “principle” – e a posição dos Estados-Unidos e da Austrália – defendendo a lógica do “approach”. Cfr. M. PAL-LEMAERTS, *International Law and sustainable development: any progress in Johannesburg?*, in *RECIEL*, 2003/1, pp. 1 segs, 8.

⁹ Cfr. P. MARTIN-BIDOU, *Le principe...*, cit., pp. 638, 639.

¹⁰ Cfr. W. LANG e H. SCHALLY, *La Convention cadre sur les changements climatiques*, in *RGDIP*, 1993/2, pp. 321 segs, 326.

¹¹ Defendendo a natureza de princípio de Direito Internacional geral, por força da consolidação de uma *opinio juris* conformativa de um costume internacional em torno da atitude precaucionista, e apesar das variações que o princípio revela, E. HEY, *The precautionary concept in Environmental policy and law: institutionalizing caution*, in *The GIELR*, 1992, pp. 303 segs, 307; J. CAMERON, W. WADE-GERY e J. ABOUCHAR, *Precautionary principle and future generations*, in *Future generations and environmental law*, org. E. Agius e S. Busutti, Londres, 1998, pp. 93 segs, 98 segs; O. MCINTYRE e T. MOSEDALE, *The precautionary principle as a norm of customary international law*, in *JEL*, 1997, n° 2, pp. 221 segs, 235; J. CAMERON, *The precautionary principle in International Law*, in *Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O’Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 113 segs, 133.

¹² D. VANDERZWAAG (*The concept and principles of sustainable development: “Rio-formulating” common law doctrines and environmental laws*, in *WYAJ*, 1993, pp. 39

se a ideia de precaução tem uma significação própria e suficientemente estável de modo a permitir a identificação de um princípio¹³.

Sem embargo da desconfiança que nos merece a lógica da precaução como princípio autónomo relativamente à prevenção¹⁴, certo é que a dinâmica de antecipação do risco subjacente à precaução enquanto prevenção alargada serve de forma particularmente adequada a protecção de bens de grande fragilidade como os bens ambientais naturais ou a saúde das pessoas. O acréscimo aduzido pelo patamar da prevenção alargada/precaução é *uma questão de grau, não de natureza*: em vez de se admitir a actividade potencialmente lesiva (ou travar a sua concretização) apenas quando se configuram perigos – ocorrência de lesões concretamente aferível a partir de juízos de probabilidade com assento em dados empíricos estatisticamente atestados ou teorias científicas geradoras de um largo consenso entre especialistas –, antecipa-se o momento preventivo para a configuração de uma dúvida fundamentada sobre a possibilidade (risco: na medida em que o nexo de causalidade não está empírica ou cientificamente comprovado) de a actividade vir a gerar danos de gravidade considerável.

Tendo em mente a fragilidade dos bens em jogo quando se fala de precaução, a premência da sua tutela em face de agressões iminentes e a dúvida que pode pairar sobre os efeitos destas, a utilidade das providências cautelares impõe-se.

segs, 46) informava (em 1993) ser possível detectar pelo menos 12 definições diferentes do princípio da precaução em vários instrumentos internacionais.

¹³ Cfr. outros exemplos em C. BACKES e J. VERSCHUUREN, *The precautionary principle in International, european and Dutch wildlife law*, in *CJELP*, 1998/1, pp. 43 segs, 52 segs.

¹⁴ Como já tivemos oportunidade de expor nos nossos *Dar o duvidoso pelo (in)certo: reflexões sobre o “princípio da precaução”*, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005, pp. 141, max 152 segs; *Risco e modificação dos actos autorizativos concretizadores de deveres de protecção do ambiente*, dissertação de doutoramento, no prelo, Parte II, Cap. I.

No mesmo sentido, V. PEREIRA DA SILVA, *Como a Constituição é verde*, Lisboa, 2001, pp. 18 segs. Contra, pugnando pela valência autónoma do princípio, A. GOUVEIA e FREITAS MARTINS, *O princípio da precaução no Direito do Ambiente*, Lisboa, 2002, pp. 74 segs; L. F. COLAÇO ANTUNES, *Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração*, Coimbra, 1999, p. 102.

1. PRECAUÇÃO E URGÊNCIA

O carácter eminentemente frágil dos recursos naturais e da saúde humana (bem como de outros bens/valores colectivos como o património cultural) elege o princípio da prevenção como máxima fundamental no quadro da regulação do seu aproveitamento – desejavelmente racional: *vide* os artigos 66º/2/a) e d) da CRP, bem como o artigo 225, §1º, da Constituição brasileira. É verdade que, quer a CRP, quer a Lei de Bases do Ambiente (Lei 11/87, de 11 de Abril = LBA), acentuam a vertente da responsabilização por danos causados ao ambiente [cfr. os artigos 52º/3/a) da CRP e 3º/h) e 40º/5 da LBA]; todavia, a essencialidade da tutela deste tipo de bens reside na prevenção de danos – graves quanto à dimensão e/ou reversibilidade –, não na susceptibilidade de ressarcimento. Se a LBA privilegia um princípio de reconstituição natural (artigo 48º), sempre que possível, essa é a prova de que a prevenção deverá ter precedência (e preferência) face à responsabilização, circunscrevendo-se esta a situações residuais.

Estas considerações ajudam a enfocar a primazia da tutela de urgência nos domínios ambiental e sanitário, de que são actores principais as providências cautelares (cfr. no processo civil, artigos 381º segs do CPC; no processo administrativo, artigos 112º segs do CPTA). Perante uma agressão iminente a bens de tal natureza (início de laboração de indústria não licenciada; anúncio de comercialização de um medicamento proibido no estrangeiro) ou ante a necessidade de tomar medidas urgentes no sentido da sua salvaguarda (desassoreamento drástico da orla costeira que demanda construção de uma barreira de protecção; início de surto epidémico que reclama campanha de vacinação), o tempo processual decorrente da tramitação das acções judiciais é demasiado longo. Desponta evidente o *periculum in mora* que resulta da espera pela prolação da decisão definitiva no processo principal, o qual pode comprometer irreversivelmente o seu efeito útil – e sublinhe-se que este efeito, mais do que particularmente útil, o é colectivamente, por força da natureza dos bens em questão.

Providências cautelares e prevenção encontram-se, assim, ontologicamente ligadas – e isto independentemente do tipo de interesse em causa. Nos domínios ambiental e sanitário, a asserção é, já se observou, incontestável. Mas de que forma pode a antecipação do momento preventivo trazida pelo alargamento da prevenção ao risco – ou segundo a

precaução – induzir uma tutela cautelar mais intensa? Na doutrina, tem-se dado relevo a dois aspectos: por um lado, a tendencial facilitação – quando não automatismo – da concessão da tutela perante a dúvida da lesividade da intervenção; por outro lado, a imputação ao operador/agente da intervenção lesiva/responsável pela omissão o ónus de provar que da sua actuação/não actuação não resultarão danos graves para os bens jurídicos em jogo, numa lógica invertida em face da regra geral de produção de prova (cfr. os artigos 342º/1 e 487º/1, 1ª parte, do Código Civil: Quem alega um direito, deve prová-lo)¹⁵.

Quanto ao primeiro aspecto, é comum ler-se a afirmação de que, prevendo a lei expressamente a realização de um procedimento de avaliação de impacto ambiental antes do licenciamento de determinadas actividades potencialmente lesivas do ambiente e da saúde, a sua inexistência ou a detecção de incorrecções flagrantes no seu desenvolvimento poderão justificar uma decisão de concessão de providências cautelares de modo quase automático¹⁶. Na doutrina brasileira, a consagração constitucional do imperativo de apresentação de estudo de impacto ambiental previamente ao desenvolvimento de qualquer actividade “potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente” no artigo 225, §1º, IV da Lei Fundamental, reforça a opinião doutrinal no sentido da ilicitude de actividades iniciadas sem a submissão a este procedimento¹⁷. Segundo Gonçalves Tessler, haverá mesmo uma “presunção de lesividade” em situações deste tipo, que justificará uma inversão do ónus da prova nas acções inibitórias ambientais¹⁸.

¹⁵ Sobre os corolários do “princípio da precaução”, veja-se C. BARTON, *The status of the precautionary principle in Australia: its emergence in legislation and as a common law doctrine*, in *HELR*, Vol. 22, 1998, pp. 509 segs, 518 segs.

¹⁶ J. JORDANO FRAGA, *El proceso de afirmación del medio ambiente como interes publico prevalente o la tutela cautelar ambiental efectiva: la suspensión de los actos administrativos por razón de la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TS*, in *RAP*, nº 145, 1998, pp. 169 segs, max. 177 segs, 198; R. HANICOTTE, *Les sursis à exécution: point névralgique de la protection de l'environnement*, in *RDPSP*, 1995, nº 6, pp. 1581 segs; G. MARTIN, *Mésures provisoires et irréversibilité en droit français*, in *RJE*, 1998, nº especial, pp. 131 segs, 140.

¹⁷ L. GUILHERME MARINONI, *O direito ambiental e as acções inibitória e de remoção do ilícito*, in *Direito Ambiental Visto por nós Advogados*, coord. M. WERNECK, B. CAMPOS SILVA, H. A. MOURÃO, M. V. FERREIRA DE MORAIS e W. SOARES OLIVEIRA, Belo Horizonte, 2005, pp. 631 segs, 639 segs.

¹⁸ L. GONÇALVES TESSLER, *A importância do princípio da precaução na aferição*

Por outro lado, e na imediata sequência da última observação, a ideia de precaução envolveria a alteração da carga da prova da esfera do autor/requerente – muitas vezes o cidadão comum ou uma organização não governamental com poucos meios – para a esfera do réu/requerido. A lógica desta inversão passa pela constatação de que os operadores económicos estão, na maioria das vezes, muito melhor posicionados, quer do ponto de vista técnico, quer económico, para fornecer a **informação sobre os efeitos da actividade projectada, bem assim como** da verificação das dificuldades práticas na obtenção da informação por parte dos requerentes. Isto sem embargo, de uma banda, da dinamização legislativa do direito à informação ambiental (cfr., no âmbito europeu, a Convenção de Aarhus sobre direito de acesso à informação ambiental, de participação em procedimentos de consulta ambiental e de acesso à justiça, de 1998; a Directiva 2003/4/CE, de 28 de Janeiro; e a Lei 19/2006, de 19 de Junho, que regula o direito à informação ambiental junto de entidades públicas), assessorado por meios jurisdicionais específicos e especialmente céleres com vista à sua efectivação (cfr. os artigos 104º a 108º do CPTA¹⁹). E, de outra banda, dos mecanismos de publicitação de informação no âmbito de procedimentos de licenciamento ambiental (v.g., a fase de audiência pública no procedimento de avaliação de impacto ambiental – artigo 15º do DL 69/2000, de 3 de Março (com alterações); a divulgação dos termos da licença ambiental, nos termos dos artigos 24º e 25º do DL 194/2000, de 21 de Agosto – com alterações).

A inversão do ónus da prova em procedimentos de tomada de decisões em quadros de incerteza, sempre que estejam em causa bens

da prova nas ações inibitórias ambientais, in Direito Ambiental Visto por nós Advogados, coord. M. WERNECK, B. CAMPOS SILVA, H. A. MOURÃO, M. V. FERREIRA DE MORAIS e W. SOARES OLIVEIRA, Belo Horizonte, 2005, pp. 659 segs, 663. Segundo J. R. MORATO LEITE e PATRYCK A. AYALA (*Direito ambiental na sociedade de risco*, 2ª ed., Rio de Janeiro/S. Paulo, 2004, pp. 200, 201), “(...) é possível argumentar que o componente que orienta o juízo de verosimilhança na deflagração e justificação das ações ou medidas inibitórias – considerando o regime constitucional de protecção do bem ambiental – não é a demonstração de probabilidade de dano e, sim, a afirmação factível de violação da norma jurídica”.

¹⁹ Sobre o entrelaçamento entre a intimação para prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões e a Lei 19/2006, cfr. o nosso *O direito à informação ambiental: velho direito, novo regime. Breve notícia sobre a Lei 19/2006, de 28 de Junho*, a publicar na RMP, nº 109, 2007.

jurídicos constitucionalmente tutelados susceptíveis de sofrer lesões de substancial gravidade, é um imperativo da prevenção alargada induzida pela sociedade de risco. Quem cria o risco deve provar que ele se situa nos limites admissíveis pela norma num momento prévio à emissão do acto autorizativo, ou seja, num momento prévio à criação das condições de eventual ocorrência da lesão – a “inversão” do ónus da prova tem o seu expoente máximo na criação de mecanismos de avaliação prévia dos impactos negativos para o ambiente, vide no procedimento de AIA. Esta restrição da liberdade de iniciativa económica – se assim se entender, pois não é de afastar liminarmente a sua qualificação como uma simples conformação do direito decorrente da confluência com normas de protecção de bens jurídicos fundamentais – é inteiramente admissível à luz dos ditames da proporcionalidade, na medida em que se afigura como necessária à protecção de tais bens, adequada – pois é certamente o potencial agente criador do risco que melhor conhece os termos da sua actividade e detém as informações sobre as suas características –, e não excessiva – o exercício do direito está sujeito a um mero ónus de prestação de informações (além, claro, da conformidade com as normas aplicáveis).

Note-se, contudo, que a inversão do ónus da prova – procedimental mas sobretudo processual – só nos não parece problemática se estiverem cumpridos três requisitos: a sua finalidade seja a da protecção preventiva de valores constitucionalmente tutelados [artigos 9º/d) e 66º/2 da CRP]; a sua configuração resulte de uma necessidade, devidamente fundamentada, de garantir a efectividade da justiça ambiental [artigo 52º/3/a) da CRP]; a sua consagração não implique um desequilíbrio intolerável das posições processuais das partes, ou seja, uma violação do princípio do processo equitativo na vertente da igualdade de armas (artigos 20º/4 e 18º/2 e 3 da CRP).

Ora, ressalvadas as situações de inversão de ónus da prova expressamente estabelecidas pelo legislador, temos que o juiz, no quadro dos seus poderes processuais visando a descoberta da verdade material, pode exigir a produção de provas adicionais até ao mais completo esclarecimento sobre o conhecimento dos factores de risco (cfr. o artigo 519º/1 do CPC) – facto que pode, na prática, redundar numa situação semelhante à inversão do ónus da prova. No âmbito dos processos intentados por autores investidos em legitimidade popular, em virtude da natureza dos bens em jogo (cfr. o artigo 1º/2 da Lei 83/95, de 31 de

Agosto = LAP), cabe mesmo ao juiz “iniciativa própria em matéria de recolha de provas, sem vinculação à iniciativa das partes” (artigo 17º da LPA – sublinhe-se, contudo, que este poder do juiz se desenvolve “no âmbito das questões fundamentais definidas pelas partes”). Por outras palavras: uma vez definida e caracterizada a dúvida sobre determinados efeitos, o juiz pode ordenar a produção de diligências probatórias com vista ao melhor esclarecimento possível, *maxime* a intervenção de peritos. Mas esta competência inquisitória não lhe permite dispensar a parte que alega a ofensa da produção de uma *demonstração mínima* dos factores de risco que alegadamente para ele concorrem.

No domínio da responsabilidade, esta suposta “inversão” ganha superior relevo. É na esmagadora maioria das vezes muito difícil, senão impossível, ao lesado deter informação detalhada sobre as causas da lesão sofrida. Se, além da prova do dano, lhe fosse exigível atestar, sem margem para dúvidas, o facto gerador da lesão, a sua tutela jurisdicional ficaria seriamente comprometida. Daí que a lógica de prevenção possa justificar que, uma vez caracterizado o dano e minimamente identificadas as suas causas, caiba aos potenciais lesantes a demonstração de que a sua actividade constitui causa não adequada à sua provocação. Este caso não está previsto na lei geral – nem tão pouco em leis sectoriais de protecção do ambiente –, mas já no caso de a lesão ter sido alegadamente produzida em virtude da omissão de determinadas medidas de vigilância e cuidado, o Código Civil determina a inversão do *onus probandi*, nos termos dos artigos 487º/1, 2ª parte, 486º, 491º, 492º e 493º), cabendo ao presumível lesante a prova de que tomou todas as diligências necessárias à evitação do dano ou que, mesmo sem as ter adoptado, os danos sempre se teriam verificado.

Em suma: fale-se de prevenção alargada a antecipação de riscos ou de precaução, certo é que a tutela cautelar se impõe como instrumento chave no contencioso incidente sobre bens de intensa fragilidade. Vejamos alguns exemplos de como a jurisprudência, internacional, comunitária, francesa e portuguesa tem aplicados os parâmetros da “precaução” na tutela cautelar de bens ambiental e sanitária.

2. O CONTENCIOSO CAUTELAR E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: EXEMPLOS DE UM NOVO PARADIGMA?

Uma vez iluminada a estreita relação entre a antecipação de riscos e a minimização do tempo de intervenção com vista à salvaguarda da integridade de bens particularmente sensíveis, convém tomar o pulso à *law in action*. O mesmo é dizer, à forma como a jurisprudência tem reagido a esta tentativa de penetração de uma lógica de decisão que, na dúvida sobre as consequências de uma dada actividade, dá preferência à salvaguarda dos bens de maior fragilidade, prescindindo de provas irrefutáveis da lesividade daquela *ou* impondo ao operador a demonstração da sua inocuidade.

2.1. No Direito Internacional: o (segundo) caso dos *ensaios nucleares*

No plano internacional, o primeiro caso no qual o princípio da precaução foi invocado perante o Tribunal Internacional de Justiça (=TIJ) opôs França e Nova Zelândia a propósito de ensaios nucleares que o Estado gaulês pretendia realizar nos atóis de Mururoa e Fangataufa, num espaço marinho contíguo ao arquipélago neo-zelandês, em 1995²⁰. Na verdade, tratava-se de uma *reprise* do litígio que, dez anos antes, havia provocado tensão entre os dois Estados, pela mesma razão²¹.

Sublinhe-se que, em 1974, o caso não chegou à fase de julgamento, porque a França decidiu unilateralmente fazer cessar os ensaios nucleares atmosféricos, passando a realizá-los ao nível subterrâneo do espaço marinho. O TIJ declarou extinto o pedido de medidas provisórias formulado por Austrália e Nova Zelândia (entretanto deferidas), considerando que havia perdido o objecto – dado que, sendo subterrâneos, não haveria perigo de produção de danos ambientais nas águas daqueles Estados. Nessa altura, a doutrina dividiu-se em torno da questão de saber se o princípio da prevenção de danos ambientais além da jurisdição nacional (cfr. o princípio 21 da Declaração de Estocolmo, que assimila

²⁰ Sobre o contexto político deste diferendo, veja-se M. TORRELI, *La requête de essais nucléaires française*, in *AFDI*, 1995, pp. 755 segs.

²¹ Note-se que ambos os litígios envolveram outros Estados da zona, nomeadamente a Austrália, Ilhas Samoa, Ilhas Salomão, Ilhas Marshall e os Estados Federados da Micronésia. Para encurtar o texto, faremos apenas referência à Nova Zelândia.

e desenvolve a jurisprudência *Trail Smelter*, da qual se extrai um princípio de não utilização do território de forma a provocar danos a terceiros Estados), no qual o Tribunal se baseara, já teria adquirido natureza de costume internacional²².

Quando o problema se recolocou, em 1995 – com novo pedido de medidas provisórias por parte da Nova Zelândia –, e o Tribunal, a título atípico e não expressamente regulado no seu Estatuto mas previsto no §63 da decisão de 1974²³, emitiu um parecer de reexame da situação, vários juízes se pronunciaram no sentido do reconhecimento do princípio da prevenção como princípio geral de Direito Internacional, de base costumeira. Sublinhe-se que o Tribunal enjeitou a competência para analisar o pedido de decretamento de novas medidas provisórias pela Nova Zelândia, não decidindo do fundo da questão, na medida em que a França se recusou a aceitar a jurisdição e a maioria dos juízes (12 contra 3) entendeu que não fora violado o “caso julgado” formado em 1974 – o qual se reportava a ensaios à superfície, não subterrâneos²⁴.

O fundamento do pedido de medidas provisórias assentou no princípio da precaução. A Nova Zelândia invocou a violação deste princípio pela França, por esta se propor levar a cabo ensaios cujos efeitos, ainda que realizados no plano subterrâneo são susceptíveis de provocar, segundo alguns cientistas, lesões no meio marinho e até nas pessoas. A França afirmou ter tomado todas as cautelas necessárias – apesar de nunca ter mostrado as conclusões dos extensos estudos que alegava ter

²² Segundo PHILIPPE SANDS (*L'affaire des essais nucléaires II (Nouvelle-Zélande c. France): contribution de l'instance au Droit International de l'Environnement*, in *RGDIP*, 1997/2, pp. 447 segs, 460 segs), o parecer do TIJ neste segundo caso também não contribuiu decisivamente para apurar o estado da questão. Terá sido no parecer do TIJ de 8 de Julho de 1996, sobre a licitude da ameaça ou emprego de armas nucleares, que sobre esse ponto ficou clara a posição do Tribunal, quando no §29 afirmou que “a obrigação genérica que recai sobre os Estados de velar por que as actividades exercidas dentro dos limites da sua jurisdição ou sob seu controlo respeitem o ambiente dos outros Estados ou em zonas fora de qualquer jurisdição faz agora parte do corpo de princípios do Direito Internacional do Ambiente”.

²³ O §63 da decisão de 1974 previa que “si le fondement du présent arrêt était remis en cause, le requérant pourrait demander un examen de la situation”.

²⁴ Cfr. a análise extensiva das particularidades processuais deste caso feita por L. DANIELE, *L'ordonnance sur la demande d'examen de la situation dans l'affaire des essais nucléaires et le pouvoir de la Cour Internationale de Justice de régler sa propre procédure*, in *RGDIP*, 1996/3, pp. 653 segs.

feito – e recusou liminarmente a existência de uma qualquer inversão do ónus da prova em Direito Internacional (“le droit international ne connait pas d’exception écologique en matière probatoire”). O Tribunal não se mostrou sensível a este argumento, rejeitando a lógica da precaução como integrante dos princípios de Direito Internacional do Ambiente.

Na análise, ainda que perfunctória, realizada pelo Tribunal, pertenceu ao Juiz Weeramantry a única sugestão de aplicação do princípio da precaução²⁵. O Juiz, na sua declaração de voto, sustentou que o TIJ se deveria ter ocupado do caso, não só pelo risco que tais ensaios representavam, tendo em consideração dados científicos desconhecidos na década de 1970 e agora revelados, como e sobretudo em virtude da sua responsabilidade perante as gerações futuras. Segundo Weeramantry, era cristalino que

“New Zeland 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 Zeland’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 Zeland contention”.

A maioria dos juízes do TIJ pronunciou-se, no entanto, contra a aplicação do princípio da precaução, descartando a extensão da possibilidade de decretamento de medidas provisórias/proibição em face de situações de incerteza sobre a lesividade da actuação projectada. Este Tribunal viria a confirmar esta posição cautelosa perante a precaução dois anos depois, no julgamento do caso da barragem Gabčíkovo-Nagymaros (1997), no qual novamente descartou a sua aplicação, sustentada pela Hungria como base da alegação de um “estado de necessidade ecológico” justificante da suspensão unilateral dos trabalhos de construção²⁶.

²⁵ Sobre a posição de Weeramantry, veja-se J. HOLDER, *Safe science? The precautionary principle in International Law*, in *The impact of EC Environmental Law in the United Kingdom*, org. de J. Holder, Londres, 1997, pp. 123 segs, 128.

²⁶ Em especial sobre esta decisão, vejam-se S. MALJEAN-DUBOIS, *L’arrêt rendu*

2.2. No Direito Comunitário: o caso *Pfizer*

O caso *Pfizer*²⁷ foi a decisão pioneira em sede de aplicação nominada do princípio da precaução. Deve sublinhar-se que a lógica da antecipação do risco já de há muito vinha sendo utilizada pela Justiça Comunitária, nomeadamente pelo TJCE – desde logo no paradigmático caso da “doença das vacas loucas”, que suscitou pedidos de medidas provisórias da parte da Coroa britânica contra a decisão de embargo à carne bovina inglesa decretada pelas autoridades europeias²⁸ –, embora o princípio da precaução nunca tivesse sido claramente invocado – e nomeado – como *ratio decidendi*. Alheio a esta subtileza argumentativa não será, decerto, o risco de unilateralização de medidas derogatórias da legislação comunitária eventualmente adoptáveis ao abrigo do artigo 30 do TCE propulsionado pela adopção irreflectida do princípio. E isto apesar do acolhimento expresso – quiçá temerário – que a máxima mereceu na segunda revisão do TCE, operada pelo Tratado da União Europeia, que o incluiu no elenco de princípios presente no artigo 174/2 do TCE. Bem assim como da aceitação que mereceu da parte da Comissão Europeia (cfr. a *Comunicação da Comissão sobre o princípio da precaução*, de 2 de Fevereiro de 2000²⁹).

par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie), in *AFDI*, 1997, pp. 286 segs; J. FITZMAURICE, *The ruling of the International Court of Justice in the Gabcikovo-Nagymaros case: a critical analysis*, in *EELR*, 2000/3, pp. 80 segs.

Sobre a importância desta decisão para a consolidação de um conjunto de princípios de Direito Internacional do Ambiente, incluindo o princípio da prevenção, J. SOHNLE, *Irruption du Droit de l'Environnement dans la jurisprudence de la C.I.J.: l'affaire Gabcikovo-Nagymaros*, in *RGDIP*, 1998/1, pp. 85 segs, esp. 107 segs. V. também P. MARTIN-BIDOU (*Le principe...*, cit., p. 659) e L. BAGHESTANI-PERREY (*La valeur juridique du principe de précaution*, in *RJE*, 2000 - nº especial, pp. 19 segs, 27), Autores que realçam que, se o TIJ aceitou a invocação do princípio da prevenção enquanto princípio plenamente consolidado no ordenamento internacional, recusou todavia a consagração de um qualquer princípio da precaução.

²⁷ Acórdão do TPI de 11 de Setembro de 2002, Proc. T-13/99. Para uma análise desta decisão, W. DOUMA, *Fleshing out the precautionary principle by the Court of First Instance*, in *JEL*, 2003/3, pp. 394 segs; J. L. CRUZ VILAÇA, *The precautionary principle in EC Law*, in *European Public Law*, 2004/2, pp. 369 segs, 378 segs.

²⁸ Acórdão de 12 de Julho de 1996, Caso C-180/96.

²⁹ COM (2000) 1 final, de 2 de Fevereiro de 2000. Sobre esta declaração, veja-se N. McNEILS, *EU Communication on the precautionary principle*, in *JIEL*, 2000, pp. 545 segs.

No Acórdão *sub judice* discutia-se a validade de um regulamento comunitário que vedava a comercialização de um antibiótico utilizado como aditivo nos alimentos para animais (virginiamicina). A empresa *Pfizer*, líder mundial, sentiu-se especialmente lesada com a adopção deste normativo, na medida em que ele determinava a revogação das autorizações que até então detinha. Daí que tenha apresentado um pedido de suspensão total ou parcial da eficácia do regulamento (actual artigo 242 do TCE) até à decisão da acção de anulação que contra ele intentou, ao abrigo do artigo 230, §4º do TCE. O TPI recusou dar provimento a este pedido e o TJCE confirmou o indeferimento, uma vez que as razões de urgência alegadas pela requerente claudicavam em face do prevalecte interesse público de salvaguarda da saúde³⁰.

No âmbito da acção de anulação intentada pela *Pfizer*, o TPI baseou a sua decisão de não provimento no princípio da precaução. O Tribunal descreveu longamente a relação entre risco e precaução (consid. 136 segs), analisando a conduta das autoridades comunitárias com vista à adopção do regulamento proibitivo. Note-se que a decisão do TPI foi prolatada: i) apesar de o comité de peritos consultado pela Comissão se ter pronunciado no sentido da inexistência de risco para a saúde, animal e humana, da utilização do antibiótica em causa; ii) apesar de o Tribunal ter sublinhado que a decisão não deveria apoiar-se numa “abordagem puramente hipotética do risco, assente em meras suposições ainda não cientificamente comprovadas” (consid. 143); iii) apesar de o Tribunal aceitar que, em cenários de incerteza, de controvérsia entre os cientistas, o decisor deve adoptar as medidas que lhe parecerem “mais adequadas e necessárias para evitar a realização do risco” (consid. 163), embora tal operação não fique imune ao controlo jurisdicional.

No considerando 162 do Acórdão, discreteou o Tribunal:

“Nestes termos, a avaliação científica dos riscos, realizada por peritos científicos, deve dar à autoridade pública competente uma informação suficientemente fiável e sólida que lhe permita apreender todo o alcance da questão científica colocada e determinar a sua política com pleno conhecimento de causa. Por conseguinte, e caso contrário adoptaria medidas arbitrárias que em caso algum podem ser legítima-

³⁰ Acórdão do TPI de 30 de Junho de 1999, Proc. T-13/99 R, e Acórdão do TJCE de 18 de Novembro de 1999, Proc. C-329/99 P(R).

das pelo princípio da precaução, a autoridade pública competente deve velar por que as medidas que toma, mesmo que se trate de medidas preventivas, sejam baseadas numa avaliação científica dos riscos tão exhaustiva quanto possível, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto”.

Uma vez que, embora na posse um parecer que concluía pela inexistência de risco actual³¹, a Comissão decidiu seguir os estudos apresentados por outros peritos, fundamentando a sua decisão de acordo com as conclusões destes no sentido da susceptibilidade de eclosão de riscos em virtude da utilização do antibiótico, o TPI não se reconhece competente para rever tal decisão. Detendo esta uma larga margem de livre decisão, “nomeadamente no que respeita à determinação do nível de risco considerado inaceitável para a sociedade” (consid. 167), não é aceitável que o Tribunal se lhe substitua, salvo detecção de erro manifesto ou desvio de poder – o que não entendeu ser o caso.

Quando decidiu tomar uma decisão muito próxima – ou mesmo idêntica – do risco zero, a Comissão realizou uma ponderação de interesses em que a salvaguarda da saúde humana preferiu ao interesse económico das empresas que comercializavam os aditivos alimentares. Uma vez questionada sobre qual a prova que deveria ser feita para justificar a retirada da virgianimicina do mercado, a Pfizer respondeu que *“Tal seria provado pela primeira infecção ou pela primeira prova de colonização ou a primeira prova de transferência para um ser humano”* (consid. 379) – tentando assim refutar a indispensabilidade que a Comissão imputava à proibição de comercialização. A esta observação retorquiu o Tribunal que *“se houvesse que esperar pela conclusão de tais investigações para que fosse reconhecido às instituições comunitárias o poder de tomar medidas de protecção preventivas, o princípio*

³¹ O Comité de peritos afirmou que a utilização da virgianimicina como factor de crescimento constituía um “perigo” para a saúde humana mas que, em razão da insuficiência dos dados científicos quantitativos disponíveis, não era possível proceder a uma avaliação científica completa dos riscos relacionados com o produto. Ou seja, abriu a porta a uma equação de “risco potencial” ou, para utilizar a fórmula da jurisprudência *Wühl*, do Tribunal Constitucional alemão (Decisão de 19 de Dezembro de 1985, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 72, pp. 300 segs), não conseguiu excluir todos os factores admissíveis de risco à luz das possibilidades práticas de conhecimento humano – sobre esta decisão v. a nossa dissertação de doutoramento, *cit.*, Parte II, Cap. I, ponto 4.2.2.1..

da precaução, cujo objectivo é evitar a superveniência de tais efeitos adversos, ficaria privado do seu efeito útil” (consid. 386).

A tentativa da Pfizer para demonstrar a irrazoabilidade – o “erro manifesto de apreciação” – da ponderação da Comissão soçobrou perante a preferência do TPI pela salvaguarda do interesse sanitário. A empresa não conseguiu provar, irrefutavelmente, que o virgianimicina seria inócuo – *diabolica probatio* seria essa, de resto... E perante esta incapacidade, o TPI rematou:

“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 esta missão, pela sua. Como base no que precede, 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 adopção 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 bastante quanto à existência desta relação, a mera existência de indicações científicas em sentido contrário não é susceptível de mostrar que as instituições comunitárias transpuseram os limites do seu poder de apreciação ao consideraram que existia um risco para a saúde humana” (consid. 393 - realçado nosso).

Nesta decisão, é cristalina a associação entre precaução e proporcionalidade. No fundo, o que o TPI admite é que as autoridades comunitárias estão investidas em deveres de protecção de bens fundamentais, tais como a saúde pública, facto que não deve conduzi-las a sacrificar, arbitrariamente, outros interesses, públicos ou particulares³². Perante

³² Idêntica argumentação seguiu o TPI num caso mais recente, no qual estava em causa a efectivação de responsabilidade extracontratual da Comunidade requerida pela empresa *Malagutti-Vezinhet SA*, em virtude de anúncios veiculados pela Comissão no sentido da retirada do mercado de vários lotes de maçãs, comercializados pela empresa referida, por acusarem um teor de um dado plaguicida (dicofol) superior ao permitido, facto que poderia causar riscos à saúde pública (Acórdão de 10 de Março de 2004, proc. T-177/02). O TPI considerou que, em face dos bens jurídicos em jogo, a ponder-

dúvidas fundamentadas sobre a lesividade de um produto, e apesar do apoio igualmente credível da tese da não lesividade, a Comissão optou por seguir as primeiras, proibindo a comercialização do antibiótico. Poderia equacionar-se a possibilidade de sujeitar as autorizações a condições resolutivas de revogação assim que maiores suspeitas de risco se concretizassem ou emergissem de estudos laboratoriais, em vez da proibição absoluta. Mas seria essa alternativa suficiente para, no caso concreto (sublinhe-se: estando em causa um regulamento), o TPI concluir pela desproporcionalidade manifesta do regulamento e ditar a sua invalidação? Não nos parece.

Certo é que o Tribunal de Justiça se não deixou impressionar por esta atitude “progressista”, continuando a não nomear o princípio nas decisões que proferiu posteriormente. Esta recusa é facilmente compreensível se reduzirmos a argumentação da precaução à sua expressão mais simples (e válida): a da obrigação de prevenção temperada pela proporcionalidade.

2.3. No Direito comparado: o contencioso das antenas de telecomunicações móveis na jurisprudência francesa

No contencioso francês, domínio de eleição da precaução seria, segundo alguns³³, o das medidas cautelares, *maxime* da suspensão da

ação realizada pela Comissão fora correcta, desestimando o pedido indemnizatório da *Malagutti-Vezinhet SA*. Cfr. a anotação a este aresto de L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *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?*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004/19, pp. 917 segs.

³³ A reforma francesa dos meios de justiça cautelar administrativa é vista, em geral, como uma cedência a um princípio de precaução que se traduziria na não necessidade de uma quase certeza de procedência da decisão final como critério de concessão da providência, mas apenas na constatação, pelo juiz, de uma dúvida séria (“un doute sérieux”, como estipula o artigo L. 521-1) sobre a legalidade do acto impugnado. No entanto, como sublinha M. FOULETIER, “encore faut-il que le juge accepte de rompre avec une jurisprudence réservée soucieuse de ne pas troubler sans cause quasi certaine et extrêmement sérieuse la marche de l’action administrative, en n’interprétant pas de manière restrictive les notions de «doute sérieux» et d’«urgence»” – *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives*, in *RFDA*, 2000/5, pp. 963 segs, 969.

No domínio ambiental, o novo critério de concessão do *référé-suspension* veio tornar supérflua a previsão do artigo 2 da Lei de 10 de Julho de 1967, no âmbito da protecção

eficácia (*référé-suspension*, desde a reforma de 2000)³⁴. Com efeito, aí foi o princípio posto à prova logo em 1998, quando o *Conseil d'État* se viu confrontado com o pedido de suspensão de eficácia do decreto do Ministro da Agricultura que, na sequência de uma decisão da Comissão europeia, autorizou a comercialização de três variedades de milho transgénico, no quadro da directiva 90/220/CEE. A invocação da precaução pela *Association Greenpeace France*, sustentando a incerteza quanto aos efeitos para a saúde das variedades de milho transgénico, deveria até, na perspectiva de alguma doutrina, conduzir à suspensão (quase) automática do decreto governamental³⁵.

O *Conseil d'État* concedeu, provisoriamente, a suspensão requerida, sem no entanto se pronunciar sobre o argumento da precaução – e apesar de instado pelo Comissário de Governo Stahl a definir a sua posição sobre o assunto³⁶. Simultaneamente, colocou uma questão prejudicial de interpretação da directiva ao Tribunal de Justiça das Comunidades, no sentido de esclarecer se a decisão da Comissão europeia é ou não vinculativa para o Estado-membro, nomeadamente se lhe dá liberdade para recusar a sua aplicação com vista à salvaguarda de interesses sanitários ou ambientais.

A instância jurisdicional comunitária, por seu turno, também nada adiantaria quanto à substância do princípio, limitando-se a resolver a questão da legitimidade de invocação de dados novos como fundamen-

da natureza, na medida em que este estabelece uma presunção de ilegalidade da decisão administrativa tomada sem a precedência de uma avaliação de impacto ambiental para efeitos do decretamento da sua suspensão pelo juiz: a não realização da avaliação faz necessariamente surgir uma “dúvida séria” no espírito do juiz, impelindo-o a ditar a suspensão, quando requerida – *Rapport du groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence*, in *RFDA*, 2000/5, pp. 941 segs, 952.

³⁴ Cfr. as reflexões de G. MARTIN, *Mesures provisoires et irréversibilité en Droit français*, in *RJE* 1998 - n.º especial, pp. 131 segs.

³⁵ Cfr. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Le CE et le principe de précaution*, in *AJDA*, 1999/6, pp. 4 segs, 5, e N. DE SADELEER, *Les avatars du principe de précaution en Droit public: effet de mode au révolution silencieuse?*, in *RFDA*, 2001/3, pp. 547 segs, 558, 559. Ambos os Autores referem que os indícios sérios de um risco deveriam incentivar o juiz à concessão do *sursis à exécution*, na medida em que isso se traduz na iminência de produção de um dano grave e de difícil reparação, o qual, tratando-se de bens ambientais, pode ser irreversível.

³⁶ Cfr. C. CANS, *Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité*, in *RFDA*, 1999/4, pp. 750 segs, 751.

to de não aplicação da decisão autorizativa da Comissão (de 1997) à luz do artigo 16 da directiva, ou seja, da cláusula de salvaguarda de interesses vitais não económicos³⁷. O Tribunal de Justiça, em 2000, afirmou que a cláusula de salvaguarda ínsita na directiva só pode ser utilizada quando surjam dados novos que indiciem ou comprovem riscos não apurados na primeira avaliação, mas nunca após a emissão da autorização por parte das autoridades nacionais, na sequência da autorização da Comissão – para evitar a violação do princípio da uniformidade. Assim, o *Conseil d'État* teve que negar provimento ao recurso de anulação apresentado pela *Greenpeace* e confirmar a validade da autorização administrativa, cuja legalidade à data da emissão não foi beliscada³⁸.

No que agora mais directamente nos interessa, deve frisar-se que o Conselho de Estado francês, quanto à suspensão de eficácia do decreto governamental, vislumbrou um vício de forma que se traduzia no défice de ponderação de dados não constantes do dossier cuja informação sustentou a decisão de autorização de comercialização do milho transgénico³⁹. Aqueles que entrevêem a precaução como fundamento desta decisão, afirmam que, na dúvida, o *Conseil d'État* optou pela salvaguarda da saúde pública e do ambiente. Quem olha para o princípio com desconfiança ou mesmo descrença, limita-se a observar, no mínimo, que a decisão jurisdicional realiza um mero controlo de legalidade procedimental e, no máximo, que confirma a existência de uma obrigação geral de prevenção de riscos, pautada por um dever de diligente apreciação dos dados disponíveis e de adequada ponderação da incerteza por eles eventualmente revelada – controlo de plausibilidade veiculado pelos

³⁷ Cfr. R. PAVONI, *Misure unilaterali di precauzione, prove scientifiche e autorizzazioni comunitarie al commercio di organismi geneticamente modificati: riflessioni in margine al caso Greenpeace*, in *DC&SI*, 2000/4, pp. 725 segs, 732 segs.

³⁸ Cfr. K. FOUCHER, *Organismes génétiquement modifiés: la soumission des autorités nationales à la contrainte communautaire*, in *RJE*, 2001/3, pp. 463 segs, 467.

³⁹ Um *iter* decisório muito semelhante foi adoptado pelo *Conseil d'État* no *Arrêt* de 9 de Outubro de 2002, que decidiu um pedido de anulação de um decreto governamental que permitia a utilização de um determinado insecticida (*Gaúcho*), o qual se veio a revelar lesivo para as abelhas. O Alto Tribunal francês considerou que, perante os novos dados científicos recentemente surgidos, o Governo deveria ter procedido à revogação do decreto – mas nunca utiliza o argumento da precaução, antes sustentando a decisão de anulação na constatação de défice de ponderação da informação disponível (cfr. *AJDA*, 2002/18, pp. 1180 segs).

parâmetros do princípio da proporcionalidade⁴⁰.

Em última análise, o *Conseil d'État* parece não ter querido comprometer-se com o reconhecimento da precaução como princípio, devido às ambiguidades que o envolvem⁴¹. Na perspectiva de Cans, “o juiz revelou uma atitude pragmática, aludindo implicitamente à precaução como um elemento integrante da legalidade administrativa, cuja ausência é susceptível de sustentar o questionamento da legalidade de um acto administrativo no âmbito de um processo de suspensão de eficácia”⁴². Nomeadamente, associando o dever de “precaução” à prevenção e atraindo-o para o controlo de proporcionalidade.

A abordagem cautelosa do Conselho de Estado é inversamente proporcional a alguma afoiteza com que as jurisdições ordinárias têm cedido à invocação da precaução, no âmbito da justiça cautelar⁴³ – devendo sublinhar-se que, desde Maio de 2005, o fazem com apoio expresso no artigo 5º 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, públicos e privados, de magnitude social extrema, a decisão cautelar surge como uma decisão de “bilân-coût vantagens”;

⁴⁰ Cfr. C. CANS, *Le principe..., cit.*, pp. 756 segs; J.-MARC FAVRET, *Le principe de précaution ou la prise en compte par le Droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel*, in *Le Dalloz*, 2001, nº 43, pp. 3462 segs, 3467.

⁴¹ Mesmo numa situação em que estavam envolvidos riscos radioactivos (caso do gerador Superphénix em Creys-Malville, 1997), o *Conseil d'État*, porventura excessivamente consciente do reforço dos poderes do Executivo e do alto grau de complexidade técnica das questões, rejeitou (e bem, em nossa opinião) o recurso ao princípio da precaução, apelando a um “mero” controlo de proporcionalidade – M.-BÉATRICE GRANET, *Principe de précaution et risques d'origine nucléaire: quelle protection pour l'environnement?*, in *JDI*, 2001/3, pp. 755 segs, 783.

⁴² C. CANS, *Le principe..., cit.*, p. 758.

⁴³ Y. JÉZOUGO (*Le juge administratif et l'ordonnancement du Droit de l'Environnement*, in *RJE* - 2004, nº especial, pp. 19 segs, 27 e 28), fazendo um balanço do papel da jurisprudência na implementação e sedimentação dos princípios de Direito do Ambiente e no controlo da actuação administrativa na realização da tarefa de protecção ambiental, conclui que os tribunais administrativos franceses e especialmente o Conselho de Estado têm revelado, em regra, uma abordagem tradicional das questões e evitando explorar os novos princípios – em suma, uma atitude de grande prudência.

a necessidade de prescrever medidas positivas (ainda que condicionais) é mais premente do que a mera paralisação da decisão (*maxime*, negativa), mas é também mais complexa, em razão da tecnicidade dos argumentos⁴⁴.

Um dos palcos em que a precaução tem sido protagonista é o da ofensiva promovida pelos municípios relativamente à colocação de antenas de difusão de sinal de telecomunicações móveis em edifícios da sua circunscrição (sobretudo se vizinhos de escolas, creches, lares e estabelecimentos hospitalares)⁴⁵. Reagindo às decisões municipais de proibição de colocação de tais dispositivos (apesar de respeitarem as distâncias impostas por legislação eurocomunitária e nacional), as empresas de telecomunicações dirigem-se aos tribunais administrativos requerendo a suspensão da eficácia das mesmas⁴⁶. O argumento de precaução esgrimido pelos municípios seduz o juiz de instância, sensível às dúvidas que pairam sobre os efeitos das ondas hertzianas para a saúde

⁴⁴ C. CASTAING, *La mise en oeuvre du principe de précaution dans le cadre du référé-suspension*, in *AJDA*, 2003/43, pp. 2290 segs, *passim*. No mesmo sentido, A. CAPITANI, *La Charte de l'Environnement: un leurre constitutionnel?*, in *RFDC*, n° 63, 2005, pp. 493 segs, 513 segs [neutralizando os efeitos da *Charte de l'Environnement* e da referência à precaução nela inserida sobre o contencioso ambiental de urgência nos tribunais administrativos].

⁴⁵ Cfr. P. BINCZAK, *Police des télécommunications et antennes relais de téléphonie mobile: de l'usage conjectural et éclipse du principe de précaution*, *Note au Arrêt du Conseil d'État du 22 août 2002*, *SFR c/Commune de Vallauris*, in *AJDA*, 2002/20, pp. 1301 segs; P. MOREAU, *Le principe de précaution appliqué à la téléphonie mobile*, *Note au Arrêt du Conseil d'État du 22 août 2002*, in *JCP - La semaine juridique*, 2003/4, pp. 142 segs.

⁴⁶ Cfr. os casos que opuseram a SFR aos municípios de *Villeneuve-Loubet* e *Vallauris*, ambos de 2002, que motivaram recursos para o *Conseil d'État* nos quais o Alto Tribunal reviu as decisões de instância, concedendo a suspensão de eficácia requerida pela SFR. Refira-se, todavia, que se as instâncias são generosas na concessão de providências cautelares, já no plano da responsabilidade a orientação tem sido mais restrita. Com efeito, no caso de um pedido de ressarcimento de alegados danos à saúde proposta por dois vizinhos de um poste de telecomunicações contra a SFR, a *Cour d'Appel de Bordeaux* (por acórdão de 26 de Outubro de 2004) confirmou a denegação do pedido pela primeira instância, considerando que o risco que poderia derivar da instalação da antena era infinitesimal, não justificando o arbitramento de qualquer indemnização – cfr. a decisão e a nota de C. RADÉ in *Responsabilité civile et assurances*, 2005/1, pp. 14/15 (O Autor afirma que o juiz tem mais tendência para utilizar a precaução como argumento de concessão de medidas preventivas conservatórias do que como critério de arbitramento de indemnizações com base em riscos puramente hipotéticos).

das pessoas, especialmente das mais débeis. Não se deixando impressionar nem por relatórios de peritos reputados, nem por um estudo realizado pela Direcção Geral de Saúde, nem tão-pouco pelas conclusões de uma investigação levada a cabo no seio da OMS, todos actuais e juntos aos Autos pela empresa SFR, o juiz administrativo considerou haver grave prejuízo para o interesse público na concessão da suspensão de efeitos da medida proibitiva, julgando assim *in dubio pro salute*.

O Conselho de Estado, todavia, desfez este raciocínio sem nunca sequer invocar (*rectius*: refutar) o princípio da precaução. Numa linha argumentativa muito similar à utilizada no caso *Greenpeace* a que aludimos *supra*, os Juízes do *Palais Royal* consideraram existir, por um lado, um défice de ponderação da parte do juiz de instância, que neutralizou por completo e sem fundamento bastante (nomeadamente, baseando-se noutras avaliações de risco) os documentos apresentados pela SFR, todos no sentido da inexistência de risco actual e significativo decorrente da instalação das antenas – ou seja, não ficou demonstrada a (grave) lesão do interesse público resultante da suspensão. Por outro lado, a equação de interesses refeita pelo *Conseil d'État* fez emergir o interesse nacional na colocação de antenas de comunicações móveis com vista à cobertura plena do território nacional pelo sinal emitido a critério de ponderação, paralelamente ao interesse económico da SFR, ambos justificativos da urgência na concessão da suspensão da proibição decretada pelas autoridades municipais⁴⁷.

O *Conseil d'État* surge assim como *bête noire* na questão das antenas de telecomunicações, sobre ele recaindo o odioso da autorização de colocação das mesmas. As implicações políticas nesta sede são, de resto, bastante evidentes. As autoridades locais, investidas em legitimidade popular pelos munícipes, querem “mostrar serviço” e ganhar capital político, explorando os receios mais básicos das populações, mesmo sem provas consistentes da existência de riscos sérios para a saúde das mesmas⁴⁸. A um tribunal “nacional” será mais fácil adoptar uma visão imparcial do assunto do que a um juiz local, mais pressionado pela proximidade do problema. Sublinhe-se, aliás, que à revisão da decisão de

⁴⁷ P. MOREAU avança também um outro argumento que, pelo menos implicitamente, teria estado na base da revisão das decisões pelo *Conseil d'État*: o da protecção da confiança da SFR – *Le principe...*, *cit.*, p. 144.

⁴⁸ Chamando a atenção para este ponto, P. BINZAK, *Police des télécommunications...*, *cit.*, p. 1303.

não concessão da suspensão, o Conselho de Estado juntou uma determinação do prazo de emissão da autorização de instalação das antenas, a cumprir sob pena de aplicação de uma sanção pecuniária compulsória ao município no valor de 1.000,00 euros por cada dia de atraso (!).

Julgamos que as reticências do *Conseil d'État* relativamente à precaução são, neste contexto, compreensíveis. Isto na medida em que a “precaução” só ganha autonomia como critério de decisão quando emerge uma dúvida – e esta tem que ser devidamente caracterizada. Não basta alegar que há suspeitas de risco, há que indicar elementos que comprovem, com um mínimo de consistência, tal posição. Ainda que se aceite que a prova da inexistência de riscos sérios para bens jurídicos fundamentais – com uma margem inelutável de risco residual – deva ser produzida pelo operador, que domina a fórmula técnica utilizada, não pode aceitar-se que o requerente da tutela se demita de apresentar qualquer fundamento – salvo o genérico “alarme social” veiculado por notícias mais ou menos vagas e sensacionalistas – para se opor ao desenvolvimento da actividade/introdução do produto por aquele.

Ora, uma vez configurada a dúvida perante o julgador – assente num contraditório argumentativo, devidamente apoiado por estudos com conclusões contraditórias –, aí sim, poder-se-á apelar à “precaução”. Todavia, também aí rapidamente se perceberá que a “precaução” não é mais do que um juízo de ponderação da necessidade, adequação e equilíbrio da medida administrativa tomada num cenário de incerteza⁴⁹. A leitura atenta da jurisprudência aponta nesse sentido.

2.4. No Direito português: o caso da co-incineração (na cimenteira de Souselas)

O novo capítulo da novela da co-incineração de resíduos industriais perigosos em cimenteiras teve um desenvolvimento recente pela pena da jurisprudência. Tudo começou com a manifestação da intenção do Ministro do Ambiente do Governo presidido por José Sócrates de ressuscitar o processo travado pelo Executivo anterior, com o fim de resolver o problema da gestão dos resíduos industriais perigosos através

⁴⁹ Neste sentido, A. ROUYÈRE, *L'exigence de précaution saisie par le juge. Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'État*, in *RFDA*, 2000/2, pp. 266 segs, 278; M. FRANC, *Traitement juridique du risque et principe de précaution*, in *REDP*, 2003/1 - n.º subordinado ao tema *Public Law and Risk*, pp. 59 segs, 66.

do processo de co-incineração em cimenteiras, cuja localização ficara determinada em 2000 (nas cimenteiras de Souselas e Outão), após um complexo e controverso procedimento de escolha⁵⁰. O Presidente da Câmara Municipal de Coimbra veio, desde o primeiro momento, declarar a sua firme oposição à reabilitação do projecto e a sua determinação de recorrer ao poder judicial para paralisar a sua concretização, apelando ao “princípio da precaução”.

À emissão do Despacho 16.447/2006, de 21 de Julho, proferido pelo Ministro do Ambiente, do Ordenamento do território e Desenvolvimento regional, nos termos do qual se decreta que

“(…) o projecto 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 respondeu com o requerimento de uma providência cautelar de suspensão da eficácia da mesma, acessoriamente a uma acção administrativa especial de impugnação da sua validade.

Por decisão de 24 de Novembro de 2006, o TAF de Coimbra concedeu provimento ao pedido (processo 758/06.3BECBR), num raciocínio do qual nos permitiríamos destacar os seguintes passos:

i) O Tribunal começa por afirmar que “não cabe nos presentes autos nem na acção principal discutir da bondade ou oportunidade da solução de co-incineração, nem formular juízos de valor sobre os eventuais custos e/ou benefícios dessa forma de tratamento de resíduos”;

ii) O TAF de Coimbra afasta a possibilidade de enquadrar o pedido *sub judice* na alínea a) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA, por não resultar de forma evidente a violação do artigo 3.º do DL 69/2000, de 3 de Maio, no qual se regula o (sub)procedimento de dispensa de avaliação

⁵⁰ Sobre os antecedentes do caso que ora analisamos, cfr. C. AMADO GOMES, *A co-incineração de resíduos industriais perigosos. Notas à margem de uma polémica*, in *RJUA*, n.º 13, 2000, pp. 9 segs. Ver também os pareceres que em 2000 subscreveram D. FREITAS DO AMARAL e M. GLÓRIA GARCIA, JORGE MIRANDA, PAULO OTERO e M. ASSUNÇÃO ESTEVES, recolhidos na publicação do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território *O caso Co-Incineração*, 1.º Vol., Tomo I, Lisboa, 2001, pp. 21 segs, 69 segs, 97 segs e 143 segs, respectivamente.

de impacto ambiental;

iii) O julgador entende então dever integrar o pedido na previsão da alínea b) do n.º 1 do artigo 120.º do CPTA, dado tratar-se de uma providência essencialmente conservatória. Neste caso, e num primeiro momento, caberia ao requerente fazer prova da urgência na concessão da tutela cautelar, do *periculum in mora* e do *fumus non malus* da pretensão formulada [Só num segundo e terceiro momentos – como ensinam Aroso de Almeida e Fernandes Cadilha⁵¹ – pode avançar-se para a ponderação de interesses, através do apelo a parâmetros de equilíbrio (n.º 2) e de necessidade (n.º 3)].

Quanto ao preenchimento destes requisitos, o juiz foi totalmente afirmativo:

– haveria urgência na suspensão do despacho porque a co-incineração de resíduos industriais perigosos é potencialmente perigosa para a saúde pública – isto apesar de o Ministério ter juntado estudos que excluem a existência de riscos, para além da declaração de impacto ambiental de 1998, e de a CIMPOR ter demonstrado a implementação de um Sistema de Gestão do Ambiente com o fim de minimizar efeitos nocivos das operações de co-incineração e de ter também carreado para os Autos um Relatório de Actualização dos pareceres de 1998, elaborado por três dos quatro membros da Comissão Científica Independente constituída em 2000, datado de Dezembro de 2005, no qual se atesta que “não há evidência de a co-incineração constituir actualmente qualquer perigo para a saúde pública e para o ambiente”;

- haveria fundado receio da constituição de uma situação de facto consumado por serem prováveis lesões para a saúde pública que não se compadecem com a espera até à prolação da decisão final – sem embargo de a requerente não ter feito qualquer prova, documental ou outra (para além da alegação da existência de estudos nesse sentido), de que a co-incineração é susceptível de causar lesões à integridade física;

- não haveria indícios de 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 (Anexo I, 9), não podendo o tribunal, no curto tempo de ponderação que lhe concede o processo cautelar, avaliar da verificação das “circunstâncias excepcionais” que

⁵¹ M. AROSO DE ALMEIDA e C. FERNANDES CADILHA, *Código do Processo nos Tribunais Administrativos*, Anotado, Coimbra, 2005, pp. 610 segs

justificam a dispensa, nos termos do artigo 3º/1 do DL 69/2000, de 3 de Maio;

iv) Aqui chegou, o juiz transitou para a ponderação de interesses em jogo, sopesando os danos que decorrerão da concessão da providência relativamente aos danos que adviriam da sua não concessão, à luz do nº 2 do artigo 120º do CPTA. A análise revelava um dilema curioso: ambas as partes alegam o interesse na salvaguarda da saúde pública. O Município de Coimbra, por entender que a co-incineração é nociva para a saúde das populações; o Ministério do Ambiente (e a CIMPOR), por considerar que a perpetuação do estado de abandono a que se votam os resíduos perigosos e a sua queima em lixeiras a céu aberto são fontes de risco sanitário. Ora, ponderando os interesses em presença, o juiz concluiu que "os danos que poderão resultar do decretamento da suspensão de eficácia requerida são incomensuravelmente inferiores aos que podem potencialmente advir da sua concessão", pois é menos lesivo continuar por mais algum tempo a queimar resíduos a céu aberto do que implementar uma solução altamente gravosa para a saúde das populações.

O leitor perguntará: mas que tem esta decisão a ver com o princípio da precaução? Curiosamente, o princípio surge "fora de ordem", como se o julgador tivesse pressentido um lapso de raciocínio e tivesse sentido necessidade de o colmatar. Expliquemo-nos. Já depois de ultrapassada a fase incontornável do preenchimento dos requisitos da alínea a) do nº 1 do artigo 120º do CPTA, e mesmo após ter entrado na ponderação de interesses, o juiz retoma o problema da prova do dano de difícil reparação – que o requerente não prova minimamente... – e apela ao princípio da precaução como tábua de salvação deste "salto lógico". Este princípio – que ao contrário da realidade comunitária ou francesa, não encontra âncora de consagração geral no Direito português⁵² – jus-

⁵² O princípio surge enunciado no artigo 9º/1 do DL (Licença ambiental) e definido no artigo 3º/1/e) da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro (Lei da Água), traduzindo-se em que "as medidas destinadas a evitar o impacto negativo de uma acção sobre o ambiente devem ser adoptadas mesmo na ausência de certeza científica da existência de uma relação causa-efeito entre eles" (sublinhe-se que, nos termos do mesmo diploma, do mesmo preceito, na alínea seguinte, o princípio da prevenção significa que "as acções com efeitos negativos no ambiente devem ser consideradas de forma antecipada por forma a eliminar as próprias causas de alteração do ambiente ou reduzir os seus impactes quando tal não seja possível" – o seu confronto atesta bem que a diferença entre ambos é de grau, e não de natureza).

tificaria uma inversão do ónus da prova a cargo do requerido, facto que teria uma dupla implicação: a necessidade de o Ministério do Ambiente atestar a inocuidade do processo de co-incineração; a dispensa total de caracterização e sumária demonstração do *periculum in mora* por parte do requerente.

Elucubrando sobre este princípio, conclui o Tribunal:

“(...) atendendo ao supra exposto 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 pro 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 acção 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 projecto ou actividade, 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, 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”.

Esta decisão foi recorrida para o TCANorte, tendo merecido a confirmação deste por Acórdão de 29 de Março de 2007. Curiosamente, o

TCA detectou o vício de raciocínio do juiz de Coimbra – ter avançado para a ponderação de interesses sem caracterizar o *periculum in mora*⁵³ –, mas tão pouco do seu *iter* argumentativo se consegue descortinar a demonstração da existência deste.

Chega a causar alguma perplexidade o percurso seguido pelo TCA. Senão, ouçamo-lo em discurso directo:

“Importa, por fim, ter presente que o requerente terá de tornar credível a sua posição através do encadeamento lógico e verosímil de razões convincentes e objectivas nas quais sustenta a verificação dos requisitos da providência, já que da conjugação dos arts. 112º, nº 2, al. a), 114º, nº 3, als. f) e g), 118º, 120º, todos od CPTA, não se mostra consagrada uma presunção «iuris tantum» da existência dos aludidos requisitos como simples consequência da existência em termos de execução do acto, termos em que o requerente do presente meio cautelar não está desobrigado ou desonerado de fazer a prova e demonstração dos factos integradores dos pressupostos ou requisitos em questão, alegando, para o efeito, factos integradores daqueles pressupostos de modo especificado e concreto, não sendo idónea a alegação de forma meramente conclusiva e de direito ou com utilização de expressões vagas e genéricas.

Pelo que, numa providência cautelar, vigora também a regra geral do ónus da prova, segundo o qual àquele que invoca um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do mesmo – artigo 342º, nº 1, do Código Civil. Só que, no âmbito cautelar, o legislador basta-se com uma prova sumária dos fundamentos do pedido (...).

Mas prova sumária não é o mesmo que ausência de prova”. (realçado nosso)

Seria de esperar que, depois destas considerações, o TCANorte concluísse – *rectius*: fosse forçado a concluir – que não foi feita, no

⁵³ Afirma o TCA: “É que a ponderação de interesses em presença não se destina a orientar o juiz na verificação do *periculum in mora*.”

A referida ponderação de interesses em presença só deve ocorrer, de acordo com o regime instituído no CPTA, se no caso concreto o julgador tiver chegado à conclusão de que se encontram reunidos os pressupostos de que depende a concessão de uma providência cautelar: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

(...) É certo que a sentença recorrida errou nos termos supra expostos (...).”

processo, qualquer prova da irreversibilidade de prejuízos, mais ou menos graves, para saúde das populações. Mas não: o Tribunal prescindiu desse elemento, por si considerado imprescindível para a concessão da providência, e afirmou apenas que tal *periculum* se caracterizava pela “impossibilidade de, uma vez negada a providência, reintegrar no plano dos factos a situação existente”, por ser inelutável que os actos materiais de co-incineração que hajam tido lugar (..) não poderão ser eliminados por efeito da prolação da sentença na acção principal (...)”... E tudo isto descartando expressamente o princípio da precaução⁵⁴!

3. BALANÇO CRÍTICO

Depois deste relance breve por alguma jurisprudência seleccionada, gostaríamos de deixar duas notas críticas:

1) A jurisprudência – sobretudo ao nível dos tribunais superiores – tem manifestado muitas reticências e resistências na aceitação do princípio da precaução como *ratio decidendi* de decisões de acolhimento de providências cautelares. À invocação do princípio, os tribunais, quando deferem o pedido de justiça cautelar, justificam a decisão em dois tipos de argumentos: procedimentais (ausência de trâmite essencial, *maxime* avaliação de impacto ambiental⁵⁵) ou de ponderação (défice de pon-

⁵⁴ Ao argumento do Ministério de que a sentença recorrida teria aplicado um princípio que não existe na ordem jurídica, o TCANorte retorquiu: “Independentemente da validade jurídica de quanto se dispôs neste campo na sentença recorrida, como vimos, tal argumentação esteve na base da ponderação de interesses que foi por nós decidida e ponderada sem o supra referido princípio (...)”.

Manifestando idêntica indiferença face ao princípio (invocado pela Quercus na primeira instância a fim de travar a construção de um novo troço do IC19 que atravessa a Rede Natura), veja-se o Acórdão do TCASul, de 19 de Novembro de 2006, proc. 01932/06.

⁵⁵ Sublinhe-se que esta ausência, que nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 120º do CPTA, pode “acelerar” a concessão da medida cautelar (dispensando o juiz da ponderação de interesses prevista nos n.ºs 2 e 3 do preceito), será difícil de verificar *qua tale*: vejam-se os casos do “Túnel do Marquês” (cfr. as decisões do Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, de 22 de Abril de 2004; do TCASul, de 14 de Setembro de 2004; do STA, I, de 24 de Novembro de 2004) – no qual se questionava a obrigatoriedade de realização de AIA em virtude da inexistência de referência inequívoca nos Anexos do DL 69/2000 a “túneis rodoviários” –; e o caso da co-incineração, aqui tratado, no qual se discute a admissibilidade de dispensa de AIA.

deração manifesto por parte do decisor, com base nos elementos que tinha/deveria ter ao seu dispor). Na verdade, a “precaução” – que mais não é do que uma prevenção antecipada a riscos – *só ganha autonomia enquanto critério material de revisão de um acto em que a dúvida da lesividade (ou da sua causa) persiste*, apesar das provas apresentadas por ambas as partes. Ora, tal dúvida, ou se resolve por recurso a *critérios objectivos* – preterição de formalidades que teriam a virtualidade de incorporar no *iter* decisional elementos de ponderação necessários, na medida das possibilidades do conhecimento humano –, ou por recurso a uma competência de *controlo mínimo da competência de avaliação e gestão da incerteza* pelas autoridades administrativas – por erro manifesto de apreciação e ponderação dos factores de risco. Ir além disto, é investir o juiz num poder de substituição de “valorações próprias do exercício da função administrativa”, ilegal e inconstitucional (cfr. os artigos 95º/3 do CPTA, e 111º e 266º/1 da CRP).

Como afirmam Morato Leite e Ayala, “(...) se a incerteza não superada pelos procedimentos de avaliação de riscos não pode ser razão de justificação para obstar a implementação de medidas precaucionais, de outro modo deve-se ressaltar que a autorização de sua implementação não resultará, sempre, em decisões pela abstenção (banimento e proibição) e pela opção em nome do risco zero. Apesar de sua relevância, deverão ter sua necessidade e compatibilidade avalizadas e consideradas de acordo com a específica situação de facto”⁵⁶;

2) A “inversão do ónus da prova” que resultaria do princípio da precaução deve ser aceite com muitas cautelas, sob pena de violação intolerável do princípio do processo equitativo, na vertente do princípio de igualdade de armas (cfr. os artigos 20º/4 da CRP e 5º, LV da Constituição brasileira). É duvidoso que a inversão possa existir, sem previsão expressa do legislador, uma vez que tal técnica representa uma compressão do direito de defesa do réu/requerido que só motivos de indispensabilidade poderão sustentar. Mas, ainda que tal se admitisse – sem conceder –, *excessiva seria sempre a extensão da medida deste onus probandi* para além dos limites do razoável, i. e., e salvo maior precisão do legislador, do nível de comprovabilidade científica de ausência de risco através dos dados científicos disponíveis e credíveis – como pre-

⁵⁶ J. R. MORATO LEITE e PATRYCK A. AYALA, *Direito ambiental na sociedade de risco*, 2ª ed., Rio de Janeiro/S. Paulo, 2004, pp. 87, 88.

coniza o princípio da precaução, na sua versão radical.

Com efeito, a exigência da prova da inocuidade da actividade como condição de obtenção de uma autorização ou de isenção de responsabilidade, obriga a uma *diabolica probatio* que afronta os cânones da proporcionalidade, em virtude da compressão intolerável da liberdade de iniciativa económica privada⁵⁷. O empresário/industrial fica sujeito a um ónus de realização impossível, cujo cumprimento inviabilizaria o desenvolvimento de qualquer novo projecto potencialmente lesivo de bens ambientais naturais, o que atenta contra a preservação do núcleo essencial do direito que adstringe o legislador ordinário, nos termos do artigo 18º/3 da CRP.

Subscrevemos, assim, inteiramente a crítica de Barton a esta extensão desmesurada da medida de prova⁵⁸. O Autor, depois de destrinçar os problemas da inversão, por um lado, e do agravamento do *quantum* do *onus probandi* numa aplicação estrita do princípio da precaução, por outro lado, sublinha que a imposição de um critério de prova similar ao utilizado no processo penal (*beyond a reasonable doubt*) é política e economicamente incorrecto, por irrealista. Assim, propõe a adopção de um critério de comprovabilidade razoável (*reasonable ecological or medical concern*) que o juiz complementará, caso entenda necessário para o melhor esclarecimento possível da dúvida gerada, através do recurso a peritos.

Lisboa, Maio de 2007

⁵⁷ N. DE SADELEER adverte para a necessidade de modular a exigência de ausência total de risco, na medida em que “la démonstration du «risque-zéro» conduit nécessairement à une aporie puisque toute activité humaine est susceptible d’avoir d’une façon ou d’une autre un impact sur l’environnement. Au demeurant, rien ne supprimera la part incompressible d’imprévisibilité que comportent certaines activités à risque” – *Les principes...*, cit., p. 194.

⁵⁸ C. BARTON, *The status...*, cit., pp. 550, 551.