

Aplicação nacional do princípio da precaução

Alexandra Aragão

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
investigadora do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento Urbanismo e Ambiente

Introdução: Aplicação nacional do princípio da precaução.....	2
Parte I. Quando e como aplicar o princípio da precaução.....	4
1. Precaução ou prevenção.....	5
2. Pressupostos de aplicação do princípio da precaução.....	6
2.1. Gravidade dos riscos.....	6
2.1.1. Gravidade objectiva dos riscos.....	6
2.1.2. Gravidade subjectiva dos riscos.....	7
2.2. A incerteza dos riscos.....	9
2.2.1. Conteúdo da incerteza.....	10
2.2.2. Fontes da incerteza.....	11
3. Medidas precaucionais.....	13
Parte II. Jurisprudência precaucional europeia.....	14
1. Caso Pfizer.....	14
2. Caso Castro Verde.....	16
3. Caso Delena Wells.....	17
4. Caso Waddenzee.....	18
5. Casos Tătar e Băcilă.....	20
6. Conclusão.....	22
Parte III. Desfazendo <i>mitos</i> sobre precaução.....	23
1. O princípio da precaução como princípio anti-científico.....	23
2. O princípio da precaução como travão ao progresso.....	24
3. O princípio da precaução como princípio do medo.....	25
4. O princípio da precaução como utopia do risco zero.....	26
5. Conclusão.....	26

(in: *Colóquios 2011-2012*, Associação dos Magistrados da Jurisdição Administrativa e Fiscal de Portugal, 2013, p. 159 a 185).

Introdução: Aplicação nacional do princípio da precaução

Apesar de o princípio da precaução ser um princípio pacífico para a doutrina europeia, que desde há mais de uma década goza de plena “unção jurisdicional”¹ dos tribunais europeus, continua a ser doutrinariamente polémico a nível nacional, o que tem dificultado a sua aplicação pelos tribunais nacionais.

As dificuldades de aplicação reveladas pela jurisprudência nacional demonstram que, em Portugal, continua a ser necessário *reforçar o conhecimento e promover a clarificação* do princípio da precaução, dando assim cumprimento ao mandamento do Conselho Europeu².

Felizmente, os contributos do Direito Europeu para o esclarecimento do conteúdo e limites deste desafiante princípio têm sido abundantes. Um dos mais importantes contributos dos tribunais europeus em matéria ambiental é a consolidação jurisprudencial do princípio da precaução. Mas além da jurisprudência europeia, que abordaremos na segunda parte, as próprias instituições da União Europeia vieram em auxílio dos aplicadores do direito, com esclarecedores documentos que, apesar do seu carácter não vinculativo, podemos considerar como uma espécie de *interpretação autêntica* do princípio, oito anos depois da sua consagração constitucional³.

Porém, o dever de aplicar, em Portugal, o princípio da precaução, decorre tanto do próprio Direito Português, como do Direito Europeu.

No Direito Português encontramos algumas consagrações autónomas do princípio da precaução, decorrentes de iniciativas directas do legislador nacional, e encontramos, sobretudo, consagrações heterónomas, derivadas do dever de aplicação e respeito pelo Direito Europeu.

Quando o legislador nacional regulamenta juridicamente áreas de risco, sem que isso resulte do dever de transposição de directivas europeias, consideramos que estamos perante consagrações legais autónomas do princípio da precaução. É o que acontece, por exemplo, com a Lei de Bases de Protecção Civil⁴ ou a Lei da Conservação da Natureza e da Biodiversidade⁵.

Mas há mais três *vias europeias* de entrada do princípio da precaução no ordenamento jurídico interno:

¹ Nicolas de Sadeleer, “Les Avatars du Principe de Précaution en Droit Public. Effet de Mode ou Révolution Silencieuse?” in: *Revue Française de Droit Administratif*, Mai-Juin, 2001, p.548.

² Resolução do Conselho Europeu de Nice, em de 9 de Dezembro do ano 2000.

³ Referimo-nos, naturalmente, à Comunicação da Comissão Europeia de 2 de Fevereiro de 2000, adoptada na sequência do conflito com os Estados Unidos da América, dirimido junto da Organização Mundial de Comércio, pelas restrições à entrada, no espaço europeu, de carne de bovino com hormonas (COM [2000] 1 final, Bruxelas, de 2 de Fevereiro de 2000), e à Resolução do Conselho Europeu de Nice, em de 9 de Dezembro do mesmo ano.

⁴ Artigo 5º c) da Lei n.º 27/2006, de 3 de Julho.

⁵ Artigo 4º e) do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho.

— Primeiro, em virtude de regulamentos europeus que consagram amplamente o princípio, como o Regulamento 178/2002, de 28 de Janeiro de 2002, sobre segurança alimentar⁶.

— Segundo, em virtude do cumprimento do dever de transposição de directivas europeias, onde o princípio da precaução integra o núcleo duro do regime instituído. É o caso da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro — a Lei da água — que transpõe a Directiva n.º 2000/60, de 23 de Outubro⁷, ou do Decreto-lei n.º 72/2003, de 10 de Abril, sobre organismos geneticamente modificados, que transpõe a Directiva n.º 2001/18, de 12 de Março⁸.

— Terceiro, enquanto princípio geral de Direito Europeu, com estatuto *constitucional* desde 1992⁹ o princípio da precaução vigora internamente e é directamente aplicável nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados Membros.

Com efeito, de acordo com a doutrina europeia¹⁰, o princípio possui força vinculativa também em relação aos Estados Membros, que por força do dever de cooperação leal¹¹,

⁶ Este Regulamento determina os princípios e normas gerais da legislação alimentar, cria a Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos e estabelece procedimentos em matéria de segurança dos géneros alimentícios. No artigo 7º consagra, com grande clareza e rigor, o princípio da precaução: “1. Nos casos específicos em que, na sequência de uma avaliação das informações disponíveis, se identifique uma possibilidade de efeitos nocivos para a saúde, mas persistam incertezas a nível científico, podem ser adoptadas as medidas provisórias de gestão dos riscos necessárias para assegurar o elevado nível de protecção da saúde por que se optou na Comunidade, enquanto se aguardam outras informações científicas que permitam uma avaliação mais exaustiva dos riscos.

2. As medidas adoptadas com base no n.º 1 devem ser proporcionadas e não devem impor mais restrições ao comércio do que as necessárias para se alcançar o elevado nível de protecção por que se optou na Comunidade, tendo em conta a viabilidade técnica e económica e outros factores considerados legítimos na matéria em questão. Tais medidas devem ser reexaminadas dentro de um prazo razoável, consoante a natureza do risco para a vida ou a saúde e o tipo de informação científica necessária para clarificar a incerteza científica e proceder a uma avaliação mais exaustiva do risco.

⁷ É o artigo 3º, n.º 1 e) da Lei da água: “Princípio de gestão integrada das águas e dos ecossistemas aquáticos e terrestres associados e zonas húmidas deles directamente dependentes, por força do qual importa desenvolver uma actuação em que se atenda simultaneamente a aspectos quantitativos e qualitativos, condição para o desenvolvimento sustentável”.

⁸ É o ANEXO II sobre Princípios aplicáveis à avaliação dos riscos ambientais: De acordo com o princípio de precaução, deverão observar-se os seguintes princípios gerais ao realizar cada avaliação dos riscos ambientais:

As características encontradas no OGM ou na utilização deste último potencialmente susceptíveis de provocar efeitos adversos deverão ser comparadas com as do organismo não modificado no qual teve origem e com as da utilização deste último em situações equivalentes;

A avaliação dos riscos ambientais deverá ser realizada de forma cientificamente correcta e transparente, assente nos dados científicos e técnicos disponíveis;

A avaliação dos riscos ambientais deverá ser realizada caso a caso, o que significa que a informação necessária pode variar consoante o tipo do OGM visado, a utilização a que o mesmo se destina e o eventual meio receptor, tendo em conta, entre outros aspectos, os OGM já presentes em tal meio;

A avaliação dos riscos ambientais poderá ter de ser revista se surgirem novas informações sobre o OGM e seus efeitos na saúde humana ou no ambiente, a fim de permitir determinar se:

Houve alteração do risco;

Há ou não necessidade de corrigir a gestão do risco, em conformidade.

⁹ Consagrado pelo Tratado de Maastricht no artigo 130ºR, a par dos princípios da prevenção, da correcção na fonte e do poluidor-pagador. Sobre a história do surgimento do princípio da precaução, cuja introdução no Tratado foi proposta pela Bélgica, ver Ludwig Kramer, “The Genesis of Environmental Principles”, in: *Principles of European Environmental Law*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2004, p. 38.

¹⁰ Alan Doyle e Tom Carney “Precaution and Prevention: Giving Direct Effect to Article 130R Without Direct Effect”, in: *European Environmental Law Review*, vol. 8, n.2 February 1999, p. 44 a 47. Ver

devem aplicar o direito nacional à luz dos princípios informadores da política ambiental europeia, a saber: do nível elevado de protecção, do poluidor pagador, da correcção na fonte, da prevenção e, claro, da precaução.

E não podemos esquecer que um dos aspectos mais interessantes da força jurídica do princípio da precaução é o facto de, em virtude do princípio da integração, que obriga a considerar os objectivos ambientais na definição e aplicação das restantes políticas¹², o princípio da precaução ser aplicável a outras políticas com incidências ambientais, como por exemplo a política agrícola, a política comercial, a política energética ou a política de transportes.

Como se não bastasse, em 2002 o Tribunal Europeu de Primeira Instância, afirmou expressamente, no caso *Artogodan*, que “o princípio da precaução pode ser definido como um princípio geral de Direito Comunitário, que exige que as autoridades competentes tomem medidas para prevenir determinados riscos potenciais para a saúde pública, a segurança e o ambiente, dando precedente às exigências relacionadas com a protecção desses interesses em relação aos interesses económicos”¹³.

Em suma, para além das decisões de política ambiental em sentido estrito, o princípio da precaução aplica-se em todas as matérias em que estejam em causa actividades ou produtos susceptíveis de causar riscos graves a valores jurídicos de grande relevância, como o ambiente, a saúde pública, a segurança pública, a segurança dos consumidores ou os direitos fundamentais.

Parte I. Quando e como aplicar o princípio da precaução

O nosso objectivo, com o presente artigo, é clarificar as condições de recurso ao princípio da precaução, antes de sintetizar a jurisprudência europeia precaucional mais recente e de discutir os pontos fracos do princípio.

Assim, na primeira parte deste artigo, realçaremos os aspectos fundamentais a ter em consideração se quisermos avançar para uma *jurisprudência precaucional* juridicamente bem fundada. Analisaremos os pressupostos, precisaremos as condições e definiremos os limites de aplicação do princípio da precaução.

Na segunda parte, abordaremos seis casos decididos por tribunais europeus, que mostram como a jurisprudência europeia tem contribuído para afirmar o princípio da precaução como peça-chave na resolução judicial de conflitos ambientais, revelando uma abertura pró-ambiental em casos de dúvida em conformidade com a máxima *in*

também o nosso “Dimensões europeias do princípio da precaução”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, *número especial*, 2010.

¹¹ Artigo 4.º, n.º3: “Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados.

Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União.

Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União”.

¹² Artigo 11º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia: “As exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e acções da União, em especial com o objectivo de promover um desenvolvimento sustentável.”

¹³ Processos apenas T-74/00, T-76/00, T-83/00 to T-85/00, T-132/00, T-137/00 e T-141/00, com Acórdão de 26 de Novembro de 2002.

dubio pro ambiente. Veremos que em diferentes casos, sob diferentes perspectivas, e com diversas fundamentações, os tribunais europeus têm chegado a conclusões semelhantes: é ao promotor de actividades que envolvam riscos de danos ambientais ou ecológicos¹⁴, que cabe provar a irrelevância objectiva do risco, a inexistência de alternativas (a curto, médio ou longo prazo), a inexistência denexo de causalidade, a tolerância social dos riscos (ou falta de fundamento do alarme social) *conquistando* assim o direito de desenvolver a sua actividade económica.

Na terceira parte, ensaiaremos uma aproximação negativa ao princípio da precaução, para explicar aquilo que ele não é, analisando e infirmando algumas das principais acusações que lhe são dirigidas.

1. Precaução ou prevenção

Convocadas a intervir, para evitar a verificação de um risco futuro, cabe às autoridades competentes (judiciais, administrativas ou legislativas) determinar se a intervenção será fundada no princípio da precaução ou no da prevenção.

Ora, o princípio da precaução só intervém em situações de riscos graves e de incertezas significativas. Nisso se distingue, desde logo, do princípio da prevenção. Por outras palavras: a precaução destina-se a controlar riscos hipotéticos ou potenciais, enquanto a prevenção visa evitar riscos comprovados¹⁵. Por isso o princípio da precaução é proactivo, enquanto o princípio da prevenção é essencialmente reactivo¹⁶. Esta passagem da “regulação preventiva” para a “regulação precaucional”¹⁷ dos riscos representa uma mudança de paradigma e exige uma definição muito clara das condições de aplicação.

Mas, dada a gravidade dos riscos, a “parálise pela análise”¹⁸ não é opção, e a divergência científica não pode ser uma desculpa para não agir¹⁹. Pelo contrário, a

¹⁴ O Decreto-lei n.º147/2008, de 29 de Julho, sobre Responsabilidade Ambiental distingue-os, claramente, no preâmbulo: “Durante muitos anos a problemática da responsabilidade ambiental foi considerada na perspectiva do dano causado às pessoas e às coisas. O problema central consistia na reparação dos danos subsequentes às perturbações ambientais — ou seja, dos danos sofridos por determinada pessoa nos seus bens jurídicos da personalidade ou nos seus bens patrimoniais como consequência da contaminação do ambiente. Com o tempo, todavia, a progressiva consolidação do Estado de direito ambiental determinou a autonomização de um novo conceito de danos causados à natureza em si, ao património natural e aos fundamentos naturais da vida. A esta realidade foram atribuídas várias designações nem sempre coincidentes: dano ecológico puro; dano ecológico propriamente dito; danos causados ao ambiente; danos no ambiente. Assim, existe um dano ecológico quando um bem jurídico ecológico é perturbado, ou quando um determinado estado -dever de um componente do ambiente é alterado negativamente”.

¹⁵ Jean-Marc Favret, «Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l’incertitude scientifique et du risque virtuel», in: *Daloz*, 6 Décembre, 2001, p. 3462.

¹⁶ Nancy J. Myers, Carolyn Raffensperger (eds.), *Precautionary tools for reshaping environmental policy*, the MIT press, Cambridge, Massachusetts, 2006, p. 35.

¹⁷ As expressões são de Judith Jones e Simon Bronitt, “The Burden and Standard of Proof in Environmental Regulation: the Precautionary Principle in an Australian Administrative Context”, in: *Implementing the Precautionary Principle. Perspectives and Prospects*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008 p. 145.

¹⁸ Da expressão em língua inglesa, *paralysis through analysis*. Micharel More analisa o adiamento (“delay”), por razões ideológicas ou políticas, como ferramenta política nos processos de decisão. Para exprimir, em português, uma situação semelhante, dir-se-ia “veto de gaveta”. O adiamento ocorre nos processos que envolvam uma “alteração da ordem instituída” mas em que se receie o resultado dessa

gestão precaucional implica a regulação urgente de riscos hipotéticos, ainda não comprovados.

2. Pressupostos de aplicação do princípio da precaução

São dois os pressupostos do recurso ao princípio da precaução: a existência de riscos graves e a existência de incertezas significativas quanto aos riscos.

Os riscos, de que estamos a falar, são riscos de danos ambientais ou ecológicos, danos à saúde pública, à segurança pública, à segurança dos consumidores, etc., ou seja, riscos que ponham em causa os valores que justificam a aplicação do princípio da precaução.

2.1. Gravidade dos riscos

Quanto à gravidade dos riscos, ela é analisada não só à luz de critérios científicos de gravidade mas também considerando critérios indiciadores de inaceitabilidade social e, portanto, de *insustentabilidade social* dos riscos.

2.1.1. Gravidade objectiva dos riscos

Na avaliação da *gravidade* objectiva dos riscos, podemos o decisor pode socorrer-se de critérios doutrinários e legais.

Nancy J. Myers e Carolyn Raffensperger²⁰ avançam, como critérios relevantes, a *irreversibilidade* (como perdas de biodiversidade ou de funções ecossistémicas), o *alargamento* (como sejam os impactes que se estendem para lá das fronteiras políticas ou biológicas), a *cumulatividade* (por exemplo, a acumulação ou a exacerbação de riscos ambientais já existentes), a *involuntariedade* (riscos que ocorrem sem possibilidade de escolha, nem consulta, nem notificação das vítimas); a *injustiça* da distribuição dos riscos (quando quem suporta os riscos não é quem beneficia das vantagens); *potenciação* (quando o risco é susceptível de provocar danos em cadeia).

Na Europa, é no regime jurídico da avaliação de impacte ambiental de projectos que encontramos exemplos de critérios densificadores da gravidade do risco. Referimo-nos aos critérios consagrados no anexo III da Directiva 85/337, de 27 de Julho²¹, que se destinam a auxiliar o legislador nacional na definição dos projectos a sujeitar a

alteração ou em que haja uma oposição conceptual dos decisores a essa alteração. O método mais comum de *adiamento* é o excesso de consulta pública (“Political Practice: Uncertainty, Ethics and Outcomes”, in: *Uncertainty and Risk. Multidisciplinary Perspectives*, Earthscan, London, 2008, p. 179). Por isso, o tempo para resolver as incertezas deve ser limitado por lei. Judith S. Jones, (“Certainty as Illusion: The Nature and Purpose of Uncertainty in the Law”, in: *Uncertainty and Risk. Multidisciplinary Perspectives*, Earthscan, London, 2008, p. 277).

¹⁹ Sobre o dever de decidir, ver o estudo de Sérvulo Correia sobre “O Incumprimento do Dever de Decidir”, in: *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol II, Coimbra Editora, 2006, p. 217 – 254.

²⁰ *Precautionary tools for reshaping environmental policy*, the MIT press, Cambridge, Massachusetts, p. 39e 40.

²¹ Alterada pela Directiva 97/11/CE, de 3 de Março, e pela Directiva 2003/35/CE, de 26 de Maio.

avaliação de impacto ambiental²². Assim, a classificação dos riscos, como muito ou pouco graves, pode ser baseada nas características das actividades (a sua natureza, a sua dimensão e a sua localização) ou nos impactos ambientais das actividades (a extensão, a frequência, a magnitude, a complexidade, a probabilidade, a duração, a natureza transfronteiriça do impacto ou a reversibilidade)²³.

A irreversibilidade merece uma referência especial, na medida em que em França, só o dano que, além de incerto e grave é também irreversível, é que suscita a aplicação do princípio da precaução²⁴. Em Portugal, porém, nada parece indicar que haja um estatuto jurídico mais forte da irreversibilidade, enquanto pressuposto de aplicação do princípio da precaução. Entre nós, a irreversibilidade é apenas um critério, entre outros, de gravidade do risco. Por isso, um dano ambiental pode não ser irreversível e convocar, mesmo assim, o princípio da precaução, desde que o risco seja grave em função da magnitude, extensão, complexidade, etc.. Não exacerbar a importância da irreversibilidade, como critério de gravidade, parece ser uma boa solução até para evitar o argumento, demagógico, de que praticamente todos os danos são reversíveis, desde que seja feito o investimento suficiente... em dinheiro e em tempo²⁵. Para Cass Sunstein, “não há uma linha a separar claramente a reversibilidade da irreversibilidade. Há um *continuum* e não uma dicotomia. A questão não é saber se um efeito pode ser revertido, mas a que custo”²⁶.

No entanto, devemos ser realistas: há muitos casos em que a restauração natural não é física nem biologicamente possível; em muitos outros não é economicamente viável; noutros ainda requer tanto tempo que, considerando a escala temporal da vida humana, o processo de restauração natural não pode, racionalmente, ser considerado como reversível.

2.1.2. Gravidade subjectiva dos riscos

Na avaliação da gravidade dos riscos não deve atender-se apenas a indicadores de gravidade objectiva — factores quantitativos — mas também a indicadores de

²² Os mesmos critérios foram transpostos para o nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-lei n.º 69/2000, de 3 de Maio (alterado e republicado pelo Decreto-lei n.º 197/2005 de 8 de Novembro) e incluídos como Anexo V.

²³ Para maiores desenvolvimentos sobre cada um destes critérios, ver o nosso “Princípio da precaução: manual de instruções”, in: *RevCEDOUA* n.º22, 2010.

²⁴ Recordemos o artigo 5º da *Charte de l’Environnement*: “Quando a realização de um dano, se bem que incerto, no estado actual dos conhecimentos científicos, possa afectar de maneira grave e irreversível o ambiente, as autoridades públicas velam, por aplicação do princípio da precaução, e no seu domínio de atribuições, pela aplicação de procedimentos de avaliação dos riscos e pela adopção de medidas provisórias e proporcionadas a fim de evitar a realização do dano”.

²⁵ Exemplos são a limpeza das costas após uma maré negra, a reflorestação, a reintrodução de espécies da fauna, a descontaminação dos solos, a realimentação das praias com areia dragada dos rios, etc. Cunhal Sendim analisa com pormenor as dificuldades subjacentes à restauração natural (*Responsabilidade Civil por danos ecológicos. Da reparação do dano através de restauração natural*, Coimbra Editora, 1998, especialmente p. 153 e ss.).

²⁶ *Worst Case Scenarios*, Harvard University Press, Cambridge, 2007, p. 183. Exemplificando os graus de dificuldade de reversão com a decisão de casar ou não casar, Sunstein nota que um casamento pode ser revertido, mas o divórcio raramente é fácil” (*op. cit.*, p. 176).

gravidade subjectiva — factores qualitativos²⁷. A este propósito, concordamos com Michel Franc, quando afirma que “o tratamento jurídico do risco é antigo. O que é novo é a evolução dos próprios riscos e a percepção, pela sociedade, do risco admissível ou tolerado”²⁸. O mesmo autor considera que deixou de haver “espaço para a fatalidade”²⁹.

A evolução descendente do limiar da aceitabilidade social dos riscos é bem visível, hoje em dia, nas exigências, muito maiores, de segurança alimentar e de garantia quanto a produtos defeituosos, e na tolerância, muito menor, em relação à aleatoriedade dos cuidados médicos (a chamada *álea* médica) e aos riscos farmacêuticos.

Não podemos, portanto, ignorar que além dos riscos *cientificamente* elevados, há também riscos *socialmente* muito elevados³⁰.

Os primeiros — os riscos *cientificamente* elevados — são riscos *objectivos*, na medida em que a sua gravidade é mensurável, ou seja, a sua importância é avaliável cientificamente. Os riscos *objectivos* podem ser riscos em relação aos quais existe uma grande consciência dos cidadãos — como a poluição do domínio hídrico, por exemplo — ou riscos que, apesar de graves, são praticamente ignorados pelos cidadãos — por exemplo, o risco de uma tempestade magnética de origem solar interferir seriamente com os sistemas mundiais de telecomunicações.

Os segundos — os riscos *socialmente* elevados — são os riscos *subjectivos*, isto é, aqueles que, apesar de serem considerados muito baixos ou mesmo irrelevantes pelos especialistas, geram *ondas* de alarme social.

O dever de avaliar e ter em consideração os aspectos psico-sociais do risco³¹ é directamente proporcional à incerteza científica que subsiste sobre um determinado risco. Quanto mais incerteza, maior a importância da *construção social* do risco. Porquê? Porque o sentimento de insegurança e o pânico colectivo, mesmo quando provocados por um risco inexistente mas que se receia intensamente³², podem ter

²⁷ Stephen Dovers também defende que saber o que é uma “ameaça séria ou irreversível” depende de aspectos espaciais, da magnitude, longevidade, geribilidade, mas também da preocupação pública relativamente a ela e do entendimento do que é uma “ameaça séria ou irreversível” (“Precautionary policy assessment for sustainability”, in: *Implementing the Precautionary Principle. Perspectives and Prospects*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, p.119).

²⁸ «Traitement Juridique du risque et principe de précaution», in: *Actualité Juridique Droit Administratif*, n.º8, 3 Mars, 2003, p. 360.

²⁹ *Ibidem*. p. 361.

³⁰ Philippe Ségur, fala da distinção entre “riscos reais” e “riscos percebidos” («La catastrophe et le risque naturels. Essai de définition juridique», in: *Révue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, vol. 6, Novembre-Décembre, 1997, pp.1693-1716).

³¹ Dever que decorre expressamente da Comunicação da Comissão Europeia sobre o princípio da precaução: “Diversos acontecimentos recentes mostraram que a opinião pública tem uma percepção acrescida dos riscos aos quais as populações ou o seu meio ambiente se expõem potencialmente. (...) As instâncias de decisão políticas têm o dever de ter em conta os temores relacionados com esta percepção e criar medidas preventivas para suprimir ou, pelo menos, limitar o risco a um nível mínimo aceitável”. (*Comunicação sobre o princípio da precaução*, COM (2000) 1 final, Bruxelas, de 2 de Fevereiro de 2000, p. 7).

³² Para ilustrar os efeitos da percepção dos riscos é frequentemente citado o caso ocorrido em França, em Abril de 2009, quando os membros de uma família de Saint-Cloud, após a instalação de uma antena retransmissora de telemóvel (da rede Orange) em frente à sua casa, começaram a manifestar sintomas de fadiga intensa, um sabor metálico na boca e hemoptises. Na sequência de um comunicado da operadora proprietária das antenas ficou provado que instalação das antenas não estava concluída, pelo que as antenas nunca tinham funcionado nem emitido qualquer radiação. (<http://www.bestofmicro.com/actualite/26785-antenne-relais.html>)

consequências potencialmente catastróficas em termos económicos, de bem-estar social e até de saúde e ou segurança pública³³.

Desta forma, a *legitimação social* das decisões de gestão de riscos³⁴ vem acrescer à *legitimação científica*³⁵.

2.2. A incerteza dos riscos

A incerteza é precisamente o elemento distintivo entre o princípio da prevenção e da precaução. Se o risco for futuro, mas certo — ou pelo menos com uma probabilidade muito elevada — é o princípio da prevenção que obriga o decisor a tomar medidas de evitação. Se o risco for incerto, então estamos no domínio da precaução e é ele o único fundamento das medidas evitatórias do risco. Na gestão antecipatória dos *novos riscos*³⁶ não podemos “dar-nos ao luxo de esperar e verificar que estamos errados”³⁷. Os riscos são importantes de mais e as consequências graves de mais, para ficarmos à espera das provas irrefutáveis e do consenso científico geral, em torno delas.

Mas já dissemos que não são quaisquer riscos que convocam a aplicação do princípio da precaução. Apenas os riscos que além de graves, comportam um grau de incerteza grande, na medida em que subsistem dúvidas relevantes, é que justificam actuações precaucionais.

O que pode parecer estranho é como é que, no século da informação, ainda podem subsistir tantas incertezas científicas. Não podemos, todavia, esquecer que primeiro, podemos estar perante substâncias ou tecnologias muito recentes e inovadoras, cujos impactes ainda são pouco conhecidos (por exemplo, as nanotecnologias ou os organismos geneticamente modificados) mas que comportam riscos para as actuais e para as futuras gerações (*maxime*, efeitos mutagénicos).

Em segundo lugar, muitas das novas tecnologias, novos produtos ou novas substâncias, foram estudadas apenas em contexto laboratorial, e não em contexto ambiental real; apenas numa escala temporal de anos ou décadas quando devia ter sido de séculos ou milénios; e apenas numa escala geográfica muito restrita e não alargada. Estamos a pensar, por exemplo, na infinidade de substâncias químicas utilizadas comercialmente

³³ Por exemplo, durante o período de risco da gripe das aves, e apesar de cientificamente se saber que o vírus só se transmitia através do contacto com aves vivas, o alarme gerado e o receio dos consumidores em relação à carne ou produtos derivados de aves gerou uma crise profunda no sector avícola (<http://pt.euronews.net/2005/10/28/crise-no-sector-avicola-devido-a-gripe-das-aves/>).

³⁴ A comparação dos dados estatísticos em relação à protecção civil mostra quão díspares podem ser os receios das populações, mesmo em regiões relativamente homogéneas do ponto de vista social e cultural (Edição especial n.º 328 do Eurobarómetro, de Novembro de 2009, sobre protecção civil).

³⁵ Em sentido idêntico, defendendo que as normas jurídicas ambientais não podem sustentar-se exclusivamente no conhecimento pericial, Maria da Glória Garcia, *O Lugar do Direito na Protecção do Ambiente*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 402.

³⁶ A expressão é de Kerry H. Whiteside em *Precautionary Politics. Principle and Practice in Confronting Environmental Risk*, Massachusetts Institute of Technology”, 2006. p. 30.

³⁷ A afirmação é da Comissão Europeia no Quinto Programa de Acção em Matéria de Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, em vigor no período 1993-2000, aprovado por uma Resolução do Conselho e dos representantes dos Governos dos Estados-membros, reunidos no Conselho, em 1 de Fevereiro de 1993.

como aditivos alimentares ou noutras funções³⁸, cuja descoberta, produção e comercialização é recente e cujos testes prévios foram relativamente limitados.

As questões de escala temporal e espacial são muito relevantes, pois mesmo os efeitos ambientais de uma tecnologia tradicionalmente considerada inócua, podem tornar-se evidentes em virtude do tempo entretanto decorrido e da intensidade da utilização³⁹. É o caso das alterações climáticas por GEE ou da destruição da camada de ozono pelo CFC.

Em suma, o mundo mudou demasiado, a ponto de podermos concordar com Joren van der Sluijs e Wim Turkenburg, quando afirmam, a propósito da dificuldade de antecipar mudanças climáticas a partir da construção de cenários e da aplicação de modelos, que “o passado deixou de ser uma chave fiável para o futuro”⁴⁰.

2.2.1. Conteúdo da incerteza

As dúvidas no processo decisório ambiental, podem incidir sobre diferentes pontos da factualidade relevante:

- Podem ser incertezas quanto à origem dos danos. Quando há danos reais e confirmados, mas se desconhece qual a causa, ou então quando há uma causa hipotética para os danos, mas o nexos causal entre ambos não é claro. São as dúvidas relativamente a saber “*qual*”, e que justificam a pergunta: “qual é o risco?”
- Podem ser incertezas quanto à natureza ou gravidade dos danos. Quando não há dúvidas de que uma certa actividade vai provocar danos, mas não sabemos exactamente quais ou quão graves. São as dúvidas relativamente ao “*quê*” ou ao “*quanto*”, que conduzem à pergunta: “risco de quê?”
- Podem ser incertezas quanto à própria verificação dos danos. Quando nem sequer há ainda um dano confirmado, havendo apenas suspeitas. São as dúvidas relativamente ao “*se*”, que explicam a pergunta: “há sequer risco?”

Neste último caso, a invocação do princípio da precaução só se justifica quando, apesar de não haver quaisquer danos comprovados (associados a um determinado produto,

³⁸ Estamos a pensar na proliferação de aditivos alimentares (como antioxidantes reguladores de acidez, anti-aglomerantes, aromatizantes, agentes de volume, corantes, emulsionantes, intensificadores de sabor, humidificantes, conservantes, espessantes, gelificantes, edulcorantes, endurecedores; levedantes; agentes de brilho) mas, sobretudo, nos aditivos não alimentares que, por não se destinarem a ser ingeridos, beneficiam de um regime menos rígido (como estabilizantes, plastificantes, lubrificantes, agentes antiestáticos, retardantes de chama, pigmentos e corantes, agentes de expansão, agentes anti-embaciamento, espumantes, anti espumantes, etc.).

³⁹ Uma boa ilustração da persistência da incerteza científica e da conflituosidade que se gera em torno dela é o processo T-334/07, decidido pelo Tribunal de Primeira Instância em 19 de Novembro de 2009. Neste recurso de anulação, a empresa Denka International de produtos fitofarmacêuticos pretende que seja declarada a invalidade de uma decisão da Comissão que não autoriza a utilização comercial de uma substância biocida (*diclorvos*) eficaz na protecção dos bolbos das flores, em estufas. A decisão contestada baseou-se a não demonstração, pelos requerentes, de que os riscos de efeitos genotóxicos e cancerinogénicos da substância fossem aceitáveis. A incerteza quanto aos efeitos da substância activa na saúde humana e no ambiente resulta do tipo de riscos, cuja verificação exige monitorização dos efeitos (*maxime*, os efeitos mutagénicos) da exposição, ao longo de várias gerações; do resultado dos testes (os ratos desenvolveram cancro precisamente numa zona do estômago que não tem equivalente no Homem) e, em geral, da qualidade medíocre dos dados científicos apresentados pelo requerente.

⁴⁰ “Climate Change and the precautionary principle”, in: *Implementing the Precautionary Principle. Perspectives and Prospects*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008 p. 262.

substância ou tecnologia), houver “motivos razoáveis”⁴¹ para os rejeitar. Numa palavra só, diríamos que, na ausência de danos, a *verosimilhança* é o limite mínimo da relevância jurídica da incerteza científica quanto a um risco. Assim, *verosímil* será um fenómeno que não seja totalmente absurdo ou irrazoável, à luz da ciência actual. A *verosimilhança* enquanto probabilidade não quantificada⁴² corresponde melhor a critérios jurídicos, pelo que é preferível⁴³.

Seguindo as palavras do juiz Boštjan M. Zupančič, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, “(...) a mentalidade «civilizada», mais séria [é a] que encara a causalidade num quadro probabilístico”⁴⁴.

Verosimilhança também parece ser a melhor tradução jurídica da expressão “likelihood”, utilizada pela doutrina para exprimir “algo menos do que a probabilidade e mais do que uma remota possibilidade”⁴⁵. Com efeito, estando em causa riscos graves (comportando danos extensos, frequentes, irreversíveis, de grande magnitude, duração, complexidade, etc.) mesmo as hipóteses mais remotas devem ser consideradas. Segundo Joren van der Sluijs e Wim Turkenburg, a partir de agora, devemos “pensar o impensável” imaginando e construindo cenários de ocorrências ambientais indesejáveis futuras, mesmo pouco prováveis⁴⁶.

Nestes casos, mesmo que não seja possível desenvolver experiências científicas, para comprovar uma determinada teoria sobre os riscos, não podemos ignorá-los e devemos usar *simulações conceptuais*⁴⁷, que correspondem ao desenvolvimento de um raciocínio de tipo “e se?”⁴⁸.

2.2.2. Fontes da incerteza

Quanto às fontes, a doutrina distingue dois tipos de incerteza⁴⁹.

⁴¹ É a expressão da Comissão Europeia, na sua Comunicação do ano 2000 sobre o princípio da precaução.

⁴² Por outras palavras, Stephen Dovers (“Precautionary policy assessment for sustainability”, in: *Implementing the Precautionary Principle. Perspectives and Prospects*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, p.100) diz que a precaução apela mais aos ónus legais do que aos científicos. Os ónus da prova científicos (95% ou 98% de certeza) são diferentes dos ónus da prova legais (ponderação de probabilidades para lá de quaisquer dúvidas razoáveis).

⁴³ A propósito da relutância judicial em atender a probabilidades matemáticas (sobretudo em processo penal) Judith S. Jones explica que uma coisa é a **probabilidade** dos factos e outra diferente é a **provabilidade** dos factos (“Certainty as Illusion: The Nature and Purpose of Uncertainty in the Law”, in: *Uncertainty and Risk. Multidisciplinary Perspectives*, Earthscan, London, 2008, p. 279).

⁴⁴ Caso *Baia Mare*, proferido em 27 de Janeiro de 2009, no processo Tatar contra Roménia, a propósito da recusa do Tribunal quanto ao reconhecimento do nexo de causalidade entre o acidente ocorrido nas minas Aurul e os problemas de saúde sentidos pelos Srs. Vasile Gheorghe Tatar e Paul Tatar.

⁴⁵ Judith Jones and Simon Bronitt, “The Burden and Standard of Proof in Environmental Regulation: the Precautionary Principle in an Australian Administrative Context”, in: *Implementing the Precautionary Principle. Perspectives and Prospects*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, p. 153.

⁴⁶ “Climate Change and the precautionary principle”, in: *Implementing the Precautionary Principle. Perspectives and Prospects*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008 p. 262.

⁴⁷ Susan Bell Trickett, e J. Gregory Trafton, “What if...”: The Use of Conceptual Simulations in Scientific Reasoning”, in: *Cognitive Science* Vol. 31, n.º5, September-October 2007, p. 843-875.

⁴⁸ Frederick Warter, “What if? Versus if it ain’t broke, don’t fix it”, in: Timothy O’Riordan e James Cameron, (ed.) *Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan, 1994, p. 102.

⁴⁹ Rosie Cooney, “A Long and Winding road? Precaution from Principle to Practice in Biodiversity Conservation”, in: *Implementing the Precautionary Principle. Perspectives and Prospects*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008 p. 229.

A incerteza *ontológica*, que deriva da natureza intrinsecamente complexa dos sistemas estudados (como é o caso dos ecossistemas, ou dos sistemas climáticos), da sua escala (desde a escala nano, no caso dos riscos associados a nanomateriais, até à escala planetária, no caso do risco climático, ou interestelar, no caso das tempestades magnéticas solares), do seu carácter aleatório (riscos atómicos, mas também riscos relativos a comportamentos de seres vivos ou comunidades bióticas) ou do seu carácter dinâmico (os ecossistemas são sistemas abertos e dinâmicos, que evoluem sob a influência de múltiplos factores, pelo que são dificilmente previsíveis), etc.. São os “novos riscos”⁵⁰ em todo o seu esplendor, que exigem novas abordagens regulatórias.

A incerteza *epistemológica*, que tanto pode resultar da inexistência, inadequação ou incompletude dos dados, como da existência de dados contraditórios ou até da existência de demasiados dados. Nas palavras de Steve Longford, “só há uma coisa pior do que não ter informação suficiente, e que é ter demasiada informação”⁵¹.

A estas, acrescentamos ainda um terceiro tipo, a incerteza *hermenêutica*, que decorre do facto de, perante a escassez ou o excesso de dados, se gerarem diferentes *interpretações* da realidade e, portanto, diferentes *visões* quanto à importância do risco. Perante as divergências científicas, mesmo que se forme uma corrente francamente maioritária, as opiniões pessimistas minoritárias, desde que verosímeis, não devem deixar de ser tidas em consideração pelas autoridades competentes, em homenagem aos princípios da imparcialidade e do contraditório⁵². Na realidade, não podemos correr o risco de ignorar simplesmente os *tecno-cépticos*⁵³, que receiam e anunciam o “pior cenário possível”⁵⁴.

⁵⁰ Stephen Dovers identifica as “características dos problemas políticos que tornam difícil a escolha das políticas de resposta:

- escalas espaciais e temporais alargadas, aprofundadas e altamente variáveis;
- possibilidade de existência de limites ecológicos absolutos às actividades humanas;
- complexidade dos problemas e conexões entre problemas;
- risco difuso e incerto, frequentemente não susceptível de análise probabilística;
- efeitos irreversíveis;
- impactes cumulativos e não descontínuos;
- novas dimensões morais (por exemplo, outras espécies, gerações futuras);
- causas sistémicas, embutidas em padrões de produção, consumo, ocupação do território e governança;
- valores ambientais importantes não transaccionados em mercados formais, e portanto sem um valor monetário atribuído;
- dificuldade em separar custos e benefícios públicos e privados;
- falta de aplicação ampla de instrumentos de política e falta de abordagens de gestão;
- falta de definição de políticas, direitos de gestão e de propriedade, de papéis e de responsabilidades;
- necessidade de conhecimentos integrados/interdisciplinares;
- solicitações intensas de participação da comunidade na formulação e na gestão das políticas; e
- novidade absoluta na sequência dos problemas de política”.

(“Precautionary policy assessment for sustainability”, in: *Implementing the Precautionary Principle. Perspectives and Prospects*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008, p.90.

⁵¹ “Uncertainty in Decision-making: intelligence as solution”, in: *Uncertainty and Risk. Multidisciplinary Perspectives*, Earthscan, London, 2008, p. 219.

⁵² Orientação que resulta do ponto 10 da Resolução do Conselho Europeu de Nice, em 9 de Dezembro de 2000.

⁵³ Estes são os indivíduos que, nas palavras de Silvio Funtowicz, padecem do “síndrome Challenger-Chernobyl” (Silvio O. Funtowicz e Jerome R. Ravetz, “Three types of Risk Assessment and the Emergence of Post-Normal Science”, in: *Social Theories of Risk*, Sheldon Krimsky e Dominic Golding (Ed) Praeger, London, 1992, p. 267 e também “Scienza e decisioni di *polity*”, in: *Notizi di Politeia*, anno XIX, n.º70, 2003, p.29 a 30).

⁵⁴ Segundo Cass R. Sunstein, muitas pessoas são pagas para pensar nos piores cenários. O grupo de especialistas em piores cenários é grande: inclui médicos, juristas, líderes militares, secretários de estado da defesa, ambientalistas e todas as pessoas que trabalham em companhias de seguros. (*Worst Case*

Se as vozes minoritárias forem motivadas por razões genuínas e altruístas (e não de concorrência comercial, de visibilidade mediática, de vingança, ou outras) e, se o cenário anunciado for minimamente verosímil, as opiniões divergentes devem ser tidas em consideração na decisão sobre as medidas precaucionais.

3. Medidas precaucionais

A aceitação do recurso ao princípio da precaução desencadeia a necessidade de adoptar medidas com carácter precaucional.

O primeiro aspecto a realçar acerca das medidas precaucionais é que elas não são um fim em si mesmas⁵⁵. Enquanto as decisões fundadas no princípio da prevenção têm como finalidade imediata evitar a ocorrência de um dano certo, as decisões justificadas pelo princípio da precaução têm outros objectivos. Nas palavras de Gilles Martin, «por um lado, evitar imediatamente o “*laissez faire*” em situações de incerteza legítima; por outro lado, e sobretudo, produzir o conhecimento sobre o risco em causa, seja para dar origem a uma acção preventiva — se a hipótese do risco se verificar — seja para “liberar” a actividade afastando a hipótese de risco»⁵⁶.

Naturalmente, a escolha concreta das medidas precaucionais adequadas depende muito das características do risco (quanto à probabilidade, frequência, eminência, etc.) e da natureza do dano potencial (afectando o ambiente ou também pessoas, pondo em perigo apenas a saúde ou também a vida, atingindo ou não o funcionamento da economia; estendendo-se ou não além do território nacional, etc.).

Pode tratar-se de medidas de conteúdo positivo ou negativo⁵⁷, mais ou menos gravosas⁵⁸, mais ou menos urgentes⁵⁹, mais ou menos reactivas⁶⁰, mais vocacionadas para o controlo do risco objectivo ou do risco subjectivo⁶¹, mas elas serão sempre provisórias, periodicamente revistas e nunca definitivas e, sobretudo, proporcionais à gravidade do risco.

Entre o estabelecimento de proibições liminares (de actividades, tecnologias, produtos ou substâncias) e a mera informação da população potencialmente afectada (sobre os riscos identificados e as medidas de auto-protecção no caso de o risco se verificar), a *paleta* de medidas precaucionais é vasta.

Scenarios, Harvard University Press, Cambridge, 2007, p. 275). Esses são, muitas vezes, os “lançadores de alerta”, indivíduos, especialistas ou leigos, que remam contra a corrente maioritária e tentam demonstrar o fundamento dos seus *exóticos* receios.

⁵⁵ Cécile Castaing, “La mise en oeuvre du principe de précaution dans le cadre du référé suspension”, in: *Actualité Juridique Droit Administratif*, n.º43, 15 Décembre 2003, p. 2291.

⁵⁶ Gilles J. Martin, “Principe de Précaution, Prévention des Risques et Responsabilité”, in: *Actualité Juridique Droit Administratif*, n.º40, 28 Novembre 2005, p.2223.

⁵⁷ Autorizações ou proibições.

⁵⁸ Interdições totais ou interdições apenas em certos locais, ou em certos meses do ano.

⁵⁹ Podendo justificar a adopção de providências cautelares ou não.

⁶⁰ Como planificação de emergência para organizar a reacção num caso de catástrofe, ou a investigação através do desenvolvimento de modelos de grande escala associados a simuladores informáticos que permitam conjecturar, antever e minorar efectivamente os riscos.

⁶¹ Monitorização sistemática e inspecções regulares, para controlo do risco objectivo; divulgação dos resultados da monitorização e das inspecções, direito de acesso às instalações, ou criação de comissões de acompanhamento, para controlo do risco subjectivo.

Parte II. Jurisprudência precaucional europeia

Seleccionámos um conjunto de seis casos de três tribunais europeus — da União Europeia ao Conselho da Europa — que demonstram como a influência do novo paradigma precaucional se faz sentir na jurisdição europeia e, indirectamente, deveria fazer-se sentir também no nosso país.

Dedicaremos uma especial atenção ao caso Pfizer por ser aquele em que um Tribunal Europeu, de forma expressa, mais contribuiu para a afirmação e definição do princípio da precaução.

1. Caso Pfizer

O denominado caso Pfizer foi um recurso de anulação (processo T-13/99) do Regulamento 2821/98 do Conselho, de 17 de Dezembro de 1998⁶², que retirava a autorização de comercialização de um antibiótico (a virginiamicina) como aditivo na alimentação animal, e que opôs a empresa farmacêutica *Pfizer Animal Health SA* (apoiada por algumas associações industriais e pecuárias⁶³), enquanto recorrente, ao Conselho da União Europeia (recorrido), apoiado pela Comissão das Comunidades Europeias, pelo Reino da Dinamarca, pelo Reino da Suécia, pela República da Finlândia e pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte.

O uso deste antibiótico na alimentação de aves de capoeira e porcos foi autorizado na União Europeia, pela Directiva 70/524. Durante mais de 30 anos a *Pfizer Animal Health SA* foi o único fabricante mundial de virginiamicina, vendida sob a denominação comercial de «Stafac».

A virginiamicina é um antibiótico do grupo das estreptograminas que, quando adicionado, em doses muito reduzidas, nos alimentos, promove o crescimento e o aumento de peso dos animais, pelo que o animal precisa de menos tempo e de menos comida para atingir o peso exigido para o abate. Efeitos secundários benéficos são a prevenção de certas doenças nos animais e a diminuição dos resíduos pecuários produzidos. Porém, é bem sabido que as bactérias podem desenvolver uma capacidade de resistência a um certo antibiótico ou, pior ainda, podem desenvolver resistência não apenas a um antibiótico específico, mas a todos os antibióticos da mesma família. A isso se chama “resistência cruzada”. Ora acontece que, por um lado, existem registos de uma certa resistência à virginiamicina entre os animais a quem este produto foi administrado, e por outro, existem antibióticos do mesmo grupo em utilização, para fins terapêuticos, no homem.

Foi por isso que, seguindo o procedimento previsto na própria Directiva⁶⁴, e baseando-se num relatório do laboratório veterinário nacional, o Reino da Dinamarca comunicou

⁶² Que alterava a Directiva 70/524 de 23 de Novembro de 1970, relativa aos aditivos na alimentação para animais.

⁶³ Fédération européenne des fabricants d'adjuvants pour la nutrition animale (Fefana), Fédération européenne de la santé animale (Fedesa), Asociación nacional de productores de ganado porcino (Anprogapor) e Asociación española de criadores de vacuno de carne (Asovac).

⁶⁴ Artigo 11.º da Directiva 70/524, na redacção resultante do artigo 1.º, ponto 1, da Directiva 84/587 e alterado pelo artigo 1.º, ponto 7, da Directiva 96/51: «1. Se um Estado-Membro constata, com base numa motivação circunstanciada, em virtude de novos dados ou de uma nova avaliação dos dados existentes, surgidos depois da adopção das disposições em causa, que o emprego de um dos aditivos autorizados ou a sua utilização nas condições eventualmente fixadas, sendo embora conforme às disposições da presente

à Comissão Europeia e aos restantes Estados-Membros a sua decisão de proibir a utilização, no seu território, da virginiamicina, como aditivo na alimentação animal. Em consequência, a Comissão Europeia deu início a um procedimento de averiguações que conduziu finalmente à adopção do Regulamento impugnado.

Sabendo que ambas as partes estavam de acordo quanto ao facto de que, no momento da adopção do Regulamento impugnado, nem a realidade nem a gravidade do risco estavam ainda cientificamente demonstradas e que, por isso mesmo, o Conselho justificou a adopção do Regulamento recorrendo ao princípio da precaução, vejamos quais os principais argumentos da recorrente, precisamente a propósito deste princípio⁶⁵.

Com grande convicção, a Pfizer considerou, primeiro, que o Regulamento só poderia ter sido adoptado **depois** de realizada uma avaliação científica dos riscos do produto em causa; segundo, que não lhe era exigível a *probatio diabólica* de um impossível “teste do risco zero”, até porque uma tal exigência que conduziria rapidamente a uma paralisia do desenvolvimento tecnológico e da inovação.

Pelo contrário, considerava que só com provas científicas novas, que demonstrassem que a utilização de um determinado aditivo assumia proporções alarmantes desde a primeira autorização, constituindo assim um perigo para a saúde pública, é que as instituições comunitárias poderiam pedir ao produtor que provasse que o seu produto continuava a não apresentar qualquer risco para a saúde humana.

Mas o Tribunal Europeu, apesar de concordar que o nível de «risco zero» não é, nem pode ser, uma exigência na União Europeia, na medida em que ninguém consegue provar cientificamente a ausência total de riscos actuais ou futuros relacionados com a adição de antibióticos nos alimentos para animais, teve uma leitura totalmente diferente.

Segundo os juízes do Luxemburgo, as instituições europeias podem, por força do princípio da precaução, tomar medidas de protecção mesmo quando subsistam incertezas científicas sobre a existência ou a amplitude dos riscos para a saúde humana, sem terem de esperar, portanto, que a realidade e a gravidade de tais riscos estejam plenamente demonstradas. Ou seja, as instituições não são obrigadas, para poderem agir precaucionalmente, a esperar que os efeitos adversos da utilização do produto se materializassem.

Ora, como, no caso, as divergências entre os cientistas eram importantes, em virtude da extrema complexidade científica e técnica do problema, o Tribunal de Primeira

directiva, representa um perigo para a saúde animal ou humana ou para o meio ambiente, este Estado-Membro pode provisoriamente suspender ou restringir no seu território a aplicação das disposições em questão. O Estado-Membro em questão informará imediatamente os outros Estados-Membros e a Comissão, precisando os motivos que justificam a sua decisão.

2. A Comissão examinará, no mais curto prazo, os motivos invocados pelo Estado-Membro interessado e procederá à consulta dos Estados-Membros no seio do Comité Permanente dos Alimentos para Animais; de seguida, a Comissão emitirá, sem demora, o seu parecer e tomará as medidas apropriadas.

3. Se a Comissão entender que são necessárias alterações da directiva para atenuar as dificuldades invocadas no n.º 1 e para assegurar a protecção da saúde humana ou animal ou do meio ambiente, ela dará início ao procedimento previsto no artigo 24.º com vista a aprovar essas alterações; neste caso, o Estado-Membro que adoptou medidas de salvaguarda poderá mantê-las até à entrada em vigor dessas alterações.»

⁶⁵ Além da violação do princípio da precaução, outros argumentos usados pela Pfizer na fundamentação do seu pedido de anulação foram a violação do artigo 11.º da Directiva 70/524, erros manifestos de apreciação, violação do dever de fundamentação, violação do direito de propriedade, desvio de poder e violação dos princípios da proporcionalidade e da protecção da confiança legítima.

Instância da Comunidade Europeia (3ªSecção) considerou, no seu Acórdão de 11 de Setembro de 2002, que o pleno esclarecimento da questão exigirá a realização de investigações científicas muito aprofundadas e longas, mas estas investigações não podem impedir as autoridades competentes de tomar rapidamente medidas preventivas, com base num conhecimento científico ainda lacunar, quando tais medidas sejam indispensáveis, atendendo ao nível de risco para a saúde humana, e mesmo que as medidas de protecção adoptadas afectem de forma profunda, posições jurídicas protegidas, como era a da Pfizer.

2. Caso Castro Verde

O caso da auto-estrada em Castro Verde foi uma acção de incumprimento instaurada pela Comissão Europeia no Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, contra a República Portuguesa, em 2004, devido à construção — ilegal e violadora do Direito Europeu — do sublanço da auto-estrada A2, de Aljustrel a Castro Verde, que atravessa a Zona de Protecção Especial de aves selvagens (ZPE) em Castro Verde.

Com efeito, apesar das conclusões negativas da avaliação do impacte ambiental, e apesar de existirem soluções alternativas para o referido traçado, Portugal optou pelo traçado que mais afectava um importante sítio da Rede Natura 2000, a rede europeia de zonas de conservação da natureza.

Segundo as normas europeias, os Estados que pretendam desenvolver projectos em zonas de conservação da natureza de importância europeia, deverão, em primeiro lugar, levar a cabo estudos que permitam antever e identificar os impactes ambientais resultantes da execução futura do projecto e, em seguida, tomar todas as medidas necessárias para evitar ou reduzir os referidos impactes. Para o efeito devem procurar formas alternativas de realização do projecto, seja mudando a sua natureza, seja a sua dimensão, seja a sua localização. A mudança da localização é, na maior parte das vezes, a alternativa mais exequível. Só se não existirem alternativas viáveis, e se estiverem em causa “razões imperativas de reconhecido interesse público”, é que o projecto poderá ser realizado, mediante aprovação e execução prévia de medidas compensatórias, devidamente notificadas à Comissão Europeia⁶⁶.

⁶⁶ Esta regra encontra-se estabelecida na Directiva 92/43, de 21 de Maio de 1992, relativa à preservação dos *habitats* naturais e da fauna e da flora selvagens, alterada pela Directiva 97/62/CE do Conselho, de 27 de Outubro de 1997.

Segundo o artigo 6.º, «2.Os Estados-Membros tomarão as medidas adequadas para evitar, nas zonas especiais de conservação, a deterioração dos *habitats* naturais e dos *habitats* de espécies, bem como as perturbações que atinjam as espécies para as quais as zonas foram designadas, na medida em que essas perturbações possam vir a ter um efeito significativo, atendendo aos objectivos da presente directiva.

3. Os planos ou projectos não directamente relacionados com a gestão do sítio e não necessários para essa gestão, mas susceptíveis de afectar esse sítio de forma significativa, individualmente ou em conjugação com outros planos e projectos, serão objecto de uma avaliação adequada das suas incidências sobre o sítio no que se refere aos objectivos de conservação do mesmo. Tendo em conta as conclusões da avaliação das incidências sobre o sítio e sem prejuízo do disposto no n.º 4, as autoridades nacionais competentes só autorizarão esses planos ou projectos depois de se terem assegurado de que não afectarão a integridade do sítio em causa e de terem auscultado, se necessário, a opinião pública.

4. Se, apesar de a avaliação das incidências sobre o sítio ter levado a conclusões negativas e na falta de soluções alternativas, for necessário realizar um plano ou projecto por outras razões imperativas de reconhecido interesse público, incluindo as de natureza social ou económica, o Estado-Membro tomará

Em causa estava a interpretação do dever de analisar alternativas a um projecto, cujos impactes ambientais significativos tinham sido reconhecidos pelo estudo de impacte ambiental levado a cabo pelo dono da obra, a empresa *BRISA – Auto-estradas de Portugal*.

A Comissão Europeia considerava que as autoridades portuguesas não explicaram a razão pela qual não tinham sido estudados os traçados alternativos situados no exterior da ZPE de Castro Verde e longe de áreas habitacionais, numa região plana e de muito fraca densidade demográfica, sem dificuldades técnicas significativas, nem custos económicos para além do razoável.

Em sentido contrário, a República Portuguesa argumentava que caberia à Comissão não apenas apresentar esse traçado, mas igualmente defini-lo e caracterizá-lo, demonstrando a existência e a viabilidade de uma solução alternativa, menos prejudicial para o ambiente.

A questão que se coloca então é: a quem incumbe a prova da existência/inexistência de alternativas?

Caberá (como entendia a República Portuguesa) a prova da existência de traçados alternativos não tidos em devida conta, à Comissão Europeia, na medida em que é ela que contesta a decisão portuguesa que definiu o traçado⁶⁷? Ou caberá (como entendia a Comissão Europeia) ao dono da obra a prova da inexistência de alternativas ao traçado aprovado, apesar de se tratar de um facto negativo?

De forma muito clara, no seu Acórdão de 26 de Outubro de 2006, a 2ª Secção do Tribunal de Justiça confirmou a posição da Comissão Europeia, declarando a responsabilidade do Estado Português por violação do Direito Europeu.

3. Caso Delena Wells

O caso Delena Wells apresenta um interesse muito especial relativamente às regras de funcionamento do direito na União Europeia, sob a influência do novo paradigma ambiental.

Em 2002, o *High Court of Justice, Queen's Bench Division* — supremo tribunal administrativo do Reino Unido — questionou o Tribunal de Justiça, através de um reenvio prejudicial (processo C- 201/02), sobre a interpretação da Directiva 85/337, de 27 de Junho de 1985, relativa à avaliação dos efeitos de determinados projectos públicos e privados no ambiente. No caso concreto, o problema principal que se colocava era a clássica questão do efeito directo horizontal ou apenas vertical das directivas. Por outras palavras, importava saber se um cidadão da União Europeia pode invocar normas não transpostas, constantes de directivas europeias, apenas nas relações verticais, perante as autoridades nacionais, ou se pode também invocá-las perante as autoridades judiciais, numa relação horizontal, contra outro cidadão.

O conflito envolvia a empresa exploradora de uma antiga pedreira reactivada após longos anos de inactividade, e uma vizinha da pedreira, a Sr^a Delena Wells, que mora

todas as medidas compensatórias necessárias para assegurar a protecção da coerência global da rede Natura 2000. O Estado-Membro informará a Comissão das medidas compensatórias adoptadas».

⁶⁷ Em Janeiro de 2000, o Secretário de Estado do Ambiente homologou o Estudo de Impacte Ambiental e autorizou a execução do projecto.

numa casa situada junto à estrada que separa os dois lados da pedreira, de cerca de 15 hectares.

A pedreira de Conygar, cuja licença de funcionamento datava de 1947, voltou a funcionar, sem prévia avaliação de impacte ambiental, através de uma autorização provisória (“*interim development order*”) do Secretário de Estado dos Transportes, Governo Local e Regiões, que foi impugnada pela Sr.^a Wells para o *High Court of Justice*. Segundo o raciocínio da recorrente, se tivesse havido procedimento de avaliação de impacte ambiental ela teria tido oportunidade de participar no procedimento, manifestando a sua preocupação relativamente aos incómodos causados pelo funcionamento da pedreira.

No entender do Governo do Reino Unido, reconhecer a um particular o direito de invocar a Directiva neste caso, constituiria uma situação de “efeito direito invertido”, já que o Estado Membro estava a ser obrigado, a pedido de um particular, a privar dos seus direitos outro particular. Ora, o princípio da segurança jurídica opõe-se a que as directivas possam criar obrigações para os particulares.

Em contrário, o Tribunal afirmou peremptoriamente, no seu Acórdão de 7 de Janeiro de 2004, que “simples repercussões negativas sobre os direitos de terceiros, mesmo que sejam certas, não justificam que se negue a um particular a possibilidade de invocar as disposições de uma directiva contra o Estado-Membro em causa”⁶⁸, permitindo à Sr.^a Delena Wells prevalecer-se da Directiva contra a *Conygar Quarry*.

4. Caso Waddenzee

O caso Waddenzee foi mais um reenvio prejudicial (processo C-127/02), desta vez do Conselho de Estado Neerlandês (o “*Raad van State*”), a propósito de um conflito que opunha a Associação Nacional para a Preservação do Mar de Wadden e a Associação Neerlandesa para a Protecção das Aves, ao Secretário de Estado da Agricultura, do Património Natural e das Pescas do Governo Neerlandês e à Cooperativa dos Pescadores Neerlandeses de Berbigão.

O motivo: as licenças de pesca concedidas àquela cooperativa, pelo Secretário de Estado, para pescar mecanicamente berbigão na Zona de Protecção Especial das aves selvagens, situada no Mar de Wadden, consideradas ilegais pelas duas associações recorrentes.

As dúvidas do órgão jurisdicional de reenvio prendiam-se essencialmente com o grau de certeza exigido quanto à ausência de impactes ambientais da pesca mecânica do berbigão, sabendo que a actividade é desenvolvida ininterruptamente, e pelos mesmos meios, desde há longos anos, embora dependa de uma autorização anual que define os montantes e os locais de captura. Entre outras questões, o *Raad van State* perguntou ao Tribunal de Justiça se a actividade só “poderá ser autorizada se não houver dúvidas manifestas quanto à ausência de eventuais consequências significativas, ou é necessário que não exista qualquer dúvida relativamente à ausência de tais consequências ou que essa ausência possa ser demonstrada com certeza”.

Numa decisão lapidar, proferida em 7 de Setembro de 2004, a Grande Secção do Tribunal Europeu esclareceu que:

⁶⁸ Ponto 56 do Acórdão.

1. A actividade em causa deverá ser submetida anualmente a uma avaliação de impacte ambiental “quando não se possa excluir, com base em elementos objectivos, que tal plano ou projecto afecte o referido sítio de modo significativo, individualmente ou em conjugação com outros planos ou projectos”;
2. “Antes da (...) [aprovação da actividade devem ser] identificados, tendo em conta os melhores conhecimentos científicos na matéria, todos os aspectos do plano ou do projecto que possam, por si sós ou em conjugação com outros planos ou projectos, afectar os objectivos de conservação desse sítio”;
3. “As autoridades nacionais competentes, tendo em conta a avaliação adequada dos efeitos da pesca mecânica de berbigão no sítio em causa à luz dos objectivos de conservação deste último, só autorizam essa actividade desde que tenham a certeza de que esta é desprovida de efeitos prejudiciais para a integridade desse sítio. Assim acontece quando não subsiste nenhuma dúvida razoável do ponto de vista científico quanto à inexistência de tais efeitos”.
4. “(...) quando um plano ou projecto não directamente relacionado com a gestão do sítio (...) implique o risco de comprometer os seus objectivos de conservação, deve ser considerado susceptível de afectar esse sítio de forma significativa (...)”.

Em suma: não só o grau de certeza exigido quanto à inexistência de impactes ambientais é muito elevado, impondo-se ao promotor da actividade a prova da ausência de impactes, como se chega mesmo, em certos casos, a estabelecer uma presunção de impactes a partir de um risco: o risco de comprometer os objectivos de conservação do sítio. De acordo com o regime europeu da Rede Natura 2000, os objectivos de preservação são a manutenção, num estado de conservação favorável, das espécies e dos *habitats* em virtude dos quais o sítio foi classificado. Por sua vez, o estado de conservação de uma espécie depende não só da manutenção do número de indivíduos da espécie, como da manutenção da sua **dispersão** no *habitat*, sendo que o estado de conservação só será favorável se a dispersão geográfica se mantiver⁶⁹. Ora, não é muito difícil de imaginar como dificilmente uma actividade humana num meio natural sensível não alterará a dispersão de uma espécie no território, que normalmente ocupa. Sobretudo tratando-se de espécies da fauna, o normal será que os indivíduos se afastem para evitar interferências antropogénicas como ruído, luminosidade, vibrações, etc..

⁶⁹ A Directiva 92/43, de 21 de Maio de 1992, relativa à preservação dos *habitats* naturais e da fauna e da flora selvagens (alterada pela Directiva 97/62 de 27 de Outubro de 1997, pelo Regulamento 1882/2003, de 29 de Setembro de 2003 e pela Directiva 2006/105, de 20 de Novembro de 2006) estabelece, no artigo 1º i) o conceito de “estado de conservação de uma espécie”: “o efeito do conjunto das influências que, actuando sobre a espécie em causa, podem afectar, a longo prazo, a repartição e a importância das suas populações no território a que se refere o artigo 2º. Ainda segundo a mesma disposição, o estado de conservação será considerado “favorável” sempre que:

- os dados relativos à dinâmica das populações da espécie em causa indicarem que essa espécie continua e é susceptível de continuar a longo prazo a constituir um elemento vital dos *habitats* naturais a que pertence e
- a área de repartição natural dessa espécie não diminuir nem correr o perigo de diminuir num futuro previsível e
- existir e continuar provavelmente a existir um *habitat* suficientemente amplo para que as suas populações se mantenham a longo prazo;

5. Casos Tătar e Băcilă

Mudando agora de *cenário*, e passando para a preservação do direito ao ambiente como um direito fundamental, verificamos que a abordagem precaucional da protecção do ambiente também tem preocupado o Conselho da Europa e o seu Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

O caso Tătar, decidido pelo Tribunal de Estrasburgo em 27 de Janeiro de 2009 (processo 67021/01), resultou de um recurso de dois cidadãos romenos (Vasile Gheorghe Tătar e Paul Tătar) contra a República da Roménia, a propósito dos danos no ambiente e na saúde, causados pelo terrível acidente ocorrido em 30 de Janeiro de 2000 na zona de Baia Mare, ao norte da Roménia.

O desastre ecológico ocorreu numa mina de ouro explorada pela empresa *Aurul Baia Mare S.A.*, e resultou do extravasamento de uma barragem de águas residuais contendo elevadas concentrações de cianeto (utilizado na extracção do ouro por lixiviação) e metais pesados. Os cem mil metros cúbicos de efluentes e as setenta toneladas de cianeto atingiram todos os cursos de água da região: primeiro os rios Săsar, Lăpuș e Someș, afluentes do Tisza, que por sua vez é afluente do Danúbio. Em catorze dias percorreram 800 quilómetros até chegar, por fim, ao Mar Negro.

Além do desastre ambiental — dos moluscos às lontras, passando pelos milhares de toneladas de peixe morto e todos os ecossistemas profundamente afectados — o desastre humano assumiu proporções alarmantes. Apesar da interdição total de consumo de água, e restrições ao consumo de peixe e produtos agrícolas, os problemas de saúde dos moradores da região (que, mesmo antes do acidente, era já uma zona muito poluída, como revelaram os estudos de impacto ambiental levados a cabo nos anos 90), agravaram-se. No caso de Vasile Gheorghe Tătar e Paul Tătar, a exposição ao cianeto agravou substancialmente os problemas respiratórios.

A decisão do Tribunal, importante por confirmar judicialmente a existência de um dever geral de os Estados promoverem uma efectiva avaliação dos impactes ambientais de actividades perigosas (e a actividade desenvolvida pela *Aurul Baia Mare, S.A.* era classificada pelas autoridades como uma “actividade mineira de alto risco”), assim como de informarem os cidadãos dos riscos que correm, não foi favorável às pretensões dos recorrentes.

De facto, o Tribunal considerou que não tinha ficado suficientemente provado o nexo de causalidade entre o agravamento dos problemas de saúde e a exposição ao cianeto na sequência do derrame, o que levou dois dos juízes do colectivo, o esloveno Bostjan Zupančič e a arménia Alvina Gyulumyan, a exprimir uma opinião parcialmente dissidente, ao longo da qual citam as mais actuais correntes da sociologia para criticar fortemente a “mania do nexo causal”, “característica forte da mentalidade primitiva e pré-lógica”, que se opõe a uma “mentalidade civilizada” que “perspectiva a causalidade num quadro probabilístico”⁷⁰.

Os juízes consideram que, no caso de danos causados por substâncias tóxicas, que podem manter-se invisíveis durante muito tempo, e que são multifactoriais, levando a uma potenciação dos efeitos, a “concepção clássica do nexo de causalidade representa um arcaísmo”.

⁷⁰ Citação de *Patrick Peretti-Watel, Sociologie du risque*, Paris, Armand Colin, 2000.

Por fim, na ausência de estudos sobre os efeitos da exposição — gradual mas prolongada — do organismo humano ao cianeto, seria uma autêntica *probatio diabolica* exigir às vítimas uma prova conclusiva da origem do agravamento da sua doença, sobretudo na ausência de informações oficiais prestadas pelas autoridades romenas sobre o acidente, que coloca os cidadãos numa situação de flagrante desigualdade de armas.

Em contraposição, no caso que opôs Maria Băcilă (apoiada por uma organização não governamental romena de defesa dos direitos humanos — OADO), novamente à Roménia (processo 19234/04), o Tribunal reconheceu razão à recorrente. Foi em 30 de Março de 2010, que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem aceitou que o nexo de causalidade estava estabelecido num caso de danos ambientais e ecológicos com uma gravidade idêntica ao anterior. Desta vez, tratava-se de uma indústria metalúrgica (*Sometra*) a laborar em Copșa Mică, no centro da Roménia, produzindo chumbo e zinco desde há 70 anos, e contribuindo para que esta seja considerada uma das regiões mais poluídas da Roménia.

Os gases de dióxido de enxofre e as partículas de chumbo, cádmio e outros metais pesados, emitidos diariamente, fazem com que os níveis de poluição no ar, nos solos e na vegetação ultrapassem até vinte vezes os limites máximos admitidos. Em consequência, Maria Băcilă queixa-se de a sua saúde e a dos seus filhos ter sido gravemente afectada pela exposição a gases de dióxido de enxofre e partículas de chumbo, cádmio e outros metais pesados, que fazem com que os níveis de poluição registados no ar, nos solos e na vegetação ultrapassem até vinte vezes os limites máximos admitidos. Ao longo de todo esse tempo, e apesar de terem tomado algumas medidas preventivas, as autoridades não foram capazes de resolver a situação obrigando a empresa a controlar as suas emissões poluentes e evitando que a poluição aguda se tornasse crónica.

Reconhecendo tudo isto, o Tribunal Europeu reafirma o direito dos requerentes a desfrutar de um ambiente equilibrado e ao respeito pela sua saúde, seriamente prejudicado pela gravidade da poluição a que estiveram expostos, e fruto não de uma acção, mas de uma inacção do Estado.

A decisão judicial favorável, que reafirma o direito humano a um ambiente saudável, contou, desta vez, com a opinião concordante do juiz Bostjan Zupančič. A clareza e a frontalidade das suas palavras, sublinhando a importância actual do princípio da precaução, justificam que acompanhem de perto o seu raciocínio.

Primeiro, defende a interpretação do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a principal norma que tem dado guarida às pretensões ambientais junto ao Tribunal Europeu) à luz do princípio da precaução, um princípio constitucional em alguns estados europeus.

Depois, volta a atacar a teoria da causalidade como barreira conceptual ao reconhecimento do direito fundamental ao ambiente e a defender que havendo uma evidência, *prima facie*, da poluição ambiental é ao Estado que cabe provar que o direito humano não foi afectado. O Estado tem todos os meios para demonstrar a inocuidade ambiental da actividade, já que ele pode contratar todos os tipos de peritos e ordenar todos os tipos de perícias científicas.

Em conclusão, segundo o juiz esloveno, o princípio da precaução tem dois efeitos importantes: confere aos cidadãos um direito fundamental processual, o direito a uma

inversão do ónus da prova; estabelece presunções *juris tantum* de que as actividades industriais não são, em princípio, inofensivas para o homem.

6. Conclusão

Nesta linha de raciocínio, e sintetizando a jurisprudência que acabámos de expor, diríamos que uma interpretação sustentável⁷¹ não permite que se desenvolvam actividades económicas:

- com riscos muito elevados (caso Pfizer),
- com impactes, se existirem alternativas (caso Castro Verde),
- com impactes, sem avaliação de impacte ambiental e participação dos cidadãos (caso Delena Wells),
- se existirem dúvidas quanto à existência e à relevância dos impactes (caso Wadenzee),
- com impactes estatisticamente prováveis, sem os avaliar e informar os cidadãos sobre os riscos (caso Tătar)
- com impactes superiores ao permitido sem tomar rapidamente medidas restritivas eficazes (caso Băcilă).

Olhando agora para cada um dos casos na óptica precaucional, diríamos que o ónus da prova cabe a quem pretenda:

- Continuar a comercializar substâncias perigosas (a Pfizer deve provar a irrelevância dos riscos do antibiótico),
- Desenvolver actividades assumidamente impactantes (o Estado português deve provar a inexistência de alternativas à auto-estrada de Castro Verde),
- Retomar actividades impactantes (os proprietários da pedreira de Conygar devem provar a desnecessidade de avaliação de impacte ambiental),
- Continuar a desenvolver actividades com impactes em zonas classificadas (a Cooperativa dos Pescadores Neerlandeses de Berbigão deve provar a inexistência ou a irrelevância dos impactes),
- Continuar a desenvolver actividades industriais perigosas (o Estado Romeno e a empresa *Aurul* devem provar que avaliaram e informaram suficientemente os cidadãos sobre os riscos e que não houve qualquer relação causal entre os problemas de saúde e a poluição acidental),
- Continuar a desenvolver actividades industriais nocivas (o Estado Romeno e a empresa *Sometra* devem provar a rapidez e eficácia das medidas de redução da poluição e a inexistência de relação causal entre os problemas de saúde e a poluição crónica).

⁷¹ Também poderíamos dizer “*ambientalmente amiga*“, para usar as palavras de Gomes Canotilho.

Parte III. Desfazendo *mitos* sobre precaução

Um dos factores que contribuiu, de forma determinante, para as dúvidas e receios que actualmente envolvem o princípio da precaução, foi a rapidez da sua disseminação no discurso político, jornalístico e até na linguagem comum. Tal como já acontecera com o princípio do poluidor pagador, cuja banalização conduziu a uma compressão do seu conteúdo, até ficar reduzido a uma mera dimensão sancionatória do Direito Ambiental⁷², também a vulgarização da ideia de precaução, como bordão de linguagem, contribuiu definitivamente para descredibilizar a precaução, enquanto princípio jurídico⁷³.

Vamos em seguida *desconstruir* algumas das vulgares *ideias feitas* sobre o princípio da precaução, que contribuem para a manutenção de um *clima de suspeição* em trono do princípio da precaução.

1. O princípio da precaução como princípio anti-científico

A primeira “ideia feita” acerca do princípio da precaução é a ideia de que é um princípio *anti-científico*, na medida em que permite decisões ou até impõe actuações (judiciais, administrativas), sem uma fundamentação científica sólida.

Pelo contrário, entendemos que o princípio da precaução não só não cria insegurança jurídica na gestão do risco, como até permite atenuá-la.

Acompanhamos, neste ponto, Nicolas de Sadeleer, quando afirma: “num direito pós-moderno, onde a estrutura fortemente hierarquizada das normas foi substituída por uma interacção delicada entre o direito, a ética e a política, este princípio é chamado a preencher uma função crucial: guiar o juiz e a Administração, quando pesam os interesses em causa. Longe de exacerbar a insegurança jurídica, o princípio da

⁷² Alexandra Aragão, *O Princípio do Poluidor Pagador, Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Studia Iuridica, nº23, Coimbra Editora, 1997 especialmente artigo 131 e ss.

⁷³ Do outro lado do Atlântico, a doutrina norte americana, mantém-se relutante em aceitar um princípio que considera tipicamente europeu. Por isso, Timothy O’Riordan e James Cameron, dizem que o princípio da precaução é um conceito culturalmente marcado (*Interpreting the Precautionary Principle*, Earthscan, 1994, p. 12). Entre os mais cépticos destaca-se Cass Sunstein que, em *Worst Case Scenarios* (Harvard University Press, Cambridge, 2007, p. 125-126) afirma: “O problema real com o princípio da precaução, tal como é entendido, é que não oferece qualquer orientação — não que esteja errado mas proíbe todas as acções possíveis, incluindo a regulação. Se for levado a sério é paralizante, proibindo os próprios passos que ele simultaneamente exige.”. Para ilustrar o seu ponto de vista, avança três tipos estilizados de problemas, dando origem a três tipos diferentes de riscos: “O primeiro problema cria uma possibilidade de 999,999 num milhão de que ninguém morra, e uma possibilidade, de um num milhão, de que morram 200 milhões de pessoas. O segundo problema cria uma possibilidade de 50 por cento, de que ninguém morra, e uma possibilidade de 50 por cento de que morram 400 pessoas. O terceiro problema cria uma percentagem de 100 por cento de que 200 pessoas morram. (...) Se os resultados e as probabilidades forem simplesmente multiplicados, os três problemas são equivalentes: a perda expectável é de 200 vidas”. Com este exemplo estereotipado, o autor pretende demonstrar que as grandes catástrofes “não merecem, nem deveriam receber, menos atenção do que os danos mais prováveis, com um valor esperado equivalente”. Na nossa opinião, o erro de raciocínio reside no facto de não fazer sentido multiplicar as probabilidades estatísticas pelo número de mortes para concluir que os problemas são equivalentes. Na terceira hipótese morrem 200 pessoas mas na segunda, se se concretizar, morrem 400 e na primeira, por muito remota que seja a probabilidade, se vier a ocorrer, morrerão 200 milhões de pessoas... Os problemas são diferentes consoante a fonte do dano, a controlabilidade do dano, a previsibilidade do dano, etc. e não podemos pretender torná-los equivalentes pelo simples jogo dos números.

precaução deve constituir um elemento estável sobre o qual as regulamentações movediças e caóticas podem arrimar-se”⁷⁴.

Como veremos, a ciência é mesmo um pressuposto indispensável das decisões precaucionais. A precaução orienta o decisor quando, apesar de todos os estudos, experiências, testes, análises, simulações, modelizações, não é possível afastar todas as dúvidas acerca dos impactes potenciais da substância, produto, actividade ou instalação.

Nas palavras expressivas de Gilles Martin, o princípio da precaução obriga o interessado a obter, através da ciência, “elementos de prova da existência... de uma incerteza”⁷⁵.

Logo, o princípio da precaução pressupõe uma avaliação científica de todos os aspectos testáveis e verificáveis do risco **antes** da adopção de quaisquer medidas.

Por outro lado, considerando que as medidas precaucionais são sempre provisórias, e que devem ser periodicamente revistas à luz da evolução dos conhecimentos científicos e técnicos, também **após** a adopção das medidas, a ciência é novamente convocada, desta vez para fundamentar a manutenção, o reforço ou a revogação das medidas precaucionais.

Em suma, as medidas precaucionais são tomadas *por causa* da ciência, e não à *revelia* da ciência; mantêm-se em vigor *em virtude* dos dados científicos, e não *contra* eles.

O que acontece é que em muitos casos aquilo de que estamos a falar é de “*ciência pós-normal*” e não “ciência normal” (na acepção de Thomas Khun). No paradigma da “*ciência pós-normal*”, tal como a cunharam Funtowicz e Ravetz⁷⁶ devemos recorrer a métodos de análise diferentes do habitual, já que os factos são incertos, os valores são controversos, os riscos são elevados e as decisões são urgentes. É nestes contextos complexos que o princípio da precaução joga o seu papel.

2. O princípio da precaução como travão ao progresso

Pelas mesmas razões, não faz sentido acusar o princípio da precaução de não passar de um *travão* ao progresso.

Desde logo, porque este princípio não implica apenas decisões de conteúdo negativo, de interdição de actividades, proibição de substâncias ou produtos, mas igualmente decisões de conteúdo positivo, promovendo *precaucionalmente* a evolução científica e tecnológica, em conformidade com a ideia de progresso, tendo em vista as vantagens esperadas e apesar dos riscos envolvidos.

Nas palavras de Michel Franc: “Contrariamente ao que se pensa, é mais um princípio de acção do que de inacção. Retomando uma fórmula já usada por outros autores, o

⁷⁴ “Les Avatars du Principe de Précaution en Droit Public. Effet de Mode au Révolution Silencieuse?» in: *Revue Française de Droit Administratif*, 2001, Mai-Juin, p.562.

⁷⁵ “Se não quisermos que o princípio da precaução seja invocado por tudo e por nada, em todas as petições — como acontece infelizmente na imprensa e nos discursos políticos — deve exigir-se aos requerentes que tragam perante o juiz os elementos de prova da existência... de uma incerteza” (Gilles J. Martin, “Principe de Précaution, Prévention des Risques et Responsabilité”, in: *Actualité Juridique Droit Administratif*, n.º40, 28 Novembre 2005, p. 2223).

⁷⁶ Silvio O. Funtowicz e Jerome R. Ravetz, “Three types of Risk Assessment and the Emergence of Post-Normal Science, in: *Social Theories of Risk*, Sheldon Krimsky e Dominic Golding (ed) Praeger, London, 1992, p. 253 e também “Scienza e decisioni di polity”, in: *Notizi di Politeia*, anno XIX, n.º70, 2003, p.25.

princípio da precaução não consiste em erigir como máxima: ‘na dúvida, abstém-te’ mas antes ‘na dúvida, põe em prática tudo o que te permita agir melhor’⁷⁷.

O exemplo mais recente, na União Europeia, foi a aprovação, em 2009, da Directiva sobre a armazenagem geológica de carbono, apesar das dúvidas que ainda pairam sobre uma tecnologia desconhecida e considerando as posições extremadas dos científicos e os ódios e paixões da sociedade, relativamente à nova “tecnologia de transição”⁷⁸.

Resumindo, aquilo que o princípio recusa — já o dissemos — é um certo tipo de desenvolvimento economicista, imediatista e inconsequente, baseado numa crença no “tecnocentrismo cornucópico”⁷⁹.

3. O princípio da precaução como princípio do medo

São sobretudo vozes provenientes de contextos culturais não europeus que apresentam o princípio da precaução como um princípio *do medo*, reflexo de um fundamentalismo ambientalista.

Segundo a doutrina em causa, da qual é grande representante Cass Sunstein⁸⁰, o princípio da precaução introduz a irracionalidade nas decisões políticas na medida em que fomenta a adopção de medidas de prevenção cientificamente injustificadas e conduz ao desequilíbrio orçamental, já que as medidas precaucionais são financeiramente dispendiosas e ignoram análises de custo-benefício.

Mais uma vez pensamos que se trata de acusações infundadas, pois sabemos bem como as análises de custo-benefício induzem resultados profundamente enganadores em matéria ambiental.

Enganadores pela dificuldade de ponderar, em relação às medidas de protecção ambiental, os benefícios quase evanescentes, perante os custos que se impõem pela evidência imediata dos números. Com efeito, os benefícios são consabidamente difíceis de quantificar, por um lado, porque “apenas” se traduzem em melhorias de qualidade de vida que decorrem, indirectamente, da melhoria da qualidade ambiental; e por outro, porque apenas serão perceptíveis no futuro, quando os *investimentos* na protecção ambiental *frutificarem* e o desejável estado de *equilíbrio* ambiental for alcançado.

⁷⁷ «Traitement Juridique du risque et principe de précaution», in: *Actualité Juridique Droit Administratif*, n.º8, 3 Mars, 2003, p.362.

⁷⁸ Esta é a expressão usada no preâmbulo da Directiva: “a captura e armazenamento geológico do dióxido de carbono (CAC) é uma tecnologia de transição que contribuirá para atenuar as alterações climáticas (...) O seu desenvolvimento não deverá levar a uma redução dos esforços para apoiar políticas de poupança de energia, energias renováveis e outras tecnologias de baixo teor de carbono seguras e sustentáveis, quer em termos de investigação, quer em termos financeiros”.

⁷⁹ O “tecnocentrismo cornucópico” é a expressão usada por K. J. Noorman, W. Biesiot e A. J. M. Schoot Uiterkamp (citando O’Riordan, Turner e Vries), para designar uma das quatro «visões básicas do Mundo». As outras são o “tecnocentrismo acomodado”, o “ecocentrismo comunal” e “ecocentrismo da ecologia profunda”. O “tecnocentrismo cornucópico” corresponde à crença na abundância de oportunidades e ao crescimento apoiado no mercado e orientado pela tecnologia («Household metabolism in the context of sustainability and environmental quality», in: *Green Households? Domestic Consumers, Environment and Sustainability*, Klaas Jan Noorman e Schoot Uiterkamp (eds.) Earthscan Publications, London, 1998, p. 19).

⁸⁰ Essencialmente nas obras *Laws of Fear – Beyond the Precautionary Principle*. Cambridge University Press, Cambridge 2000, e *Risk and Reason. Safety, Law and the Environment*, University of Chicago Law School, Cambridge University Press, 2002.

4. O princípio da precaução como utopia do risco zero

Na política de gestão de riscos, ambicionar o chamado “risco zero” é um objectivo reconhecidamente utópico, que tem sido esgrimido com frequência pelos críticos do princípio da precaução, como um argumento demonstrativo do seu irrealismo.

Porém, uma análise cuidada dos vários sectores da política ambiental europeia, e mesmo de outras políticas, mostra que o *risco zero* nunca foi um objectivo almejado — expressa ou implicitamente — pelas políticas precaucionais Europeias.

Pelo contrário, razões importantes podem justificar que, apesar de envolverem riscos, determinadas actividades não só *possam*, como *devam* ser desenvolvidas⁸¹.

O objectivo do recurso ao princípio da precaução é, portanto, elevar o nível de protecção — do ambiente, da saúde pública, da segurança pública, dos direitos fundamentais, etc. — para um patamar mais compatível com o grau de qualidade ambiental, de saúde pública, de segurança pública ou de protecção dos direitos fundamentais actualmente exigível, e que é certamente mais elevado do que era há algumas décadas.

Não se trata, em suma, de almejar o grau de *risco nulo* — que não existe, pois mesmo em actividades tradicionais e bem experimentadas existe um certo grau de risco —, mas apenas de optar por um desenvolvimento responsável, mais consonante com um princípio de razoabilidade e bom senso, que perpassa todo o ordenamento jurídico europeu: o princípio da sustentabilidade⁸².

5. Conclusão

Pela complexidade das situações a que se aplica, pela insegurança (científica e jurídica) que pressupõe, é natural que o princípio da precaução suscite grandes dificuldades de aplicação.

O que já não é natural, nem desejável, é que o *clima de suspeição* crónica que paira sobre o princípio redunde numa não aplicação em casos que justificadamente o convoquem.

O nosso objectivo, além de “desfazer os mitos”, foi mostrar que o princípio da precaução é um princípio útil, um princípio que conduz a soluções adequadas e justas, porque refuta a concepção moderna da gestão de riscos, que é aquela que se baseia numa confiança míope na tecnologia e na aceitação inconsciente de um modelo de desenvolvimento centrado nas vantagens económicas a curto prazo. Pelo contrário, o princípio da precaução reflecte uma concepção pós-moderna, realista e pragmática da gestão de riscos, contribuindo, definitivamente, para a evolução em direcção a um modelo de desenvolvimento sustentável.

⁸¹ É o caso da utilização médica de OGMs, por exemplo, para produção de insulina a partir de um microrganismo geneticamente modificado. A Directiva 2009/41 de 6 de Maio de 2009 estabelece medidas comuns para a utilização confinada de microrganismos geneticamente modificados com o objectivo de proteger a saúde humana e o ambiente.

⁸² A história, o conteúdo e juridicidade do princípio da sustentabilidade são aprofundadamente tratadas por Klaus Bosselman na obra *The Principle of Sustainability: Transforming Law and Governance*, Ashgate, 2008. Sobre a sustentabilidade no Direito Europeu ver o nosso comentário ao artigo 37º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, in: *Comentário à Carta Europeia de Direitos Fundamentais*, CEDU, Lex, Lisboa (no prelo).