

O princípio da precaução: perspectivas de aplicação no âmbito ambiental e penal

Márcio Albuquerque Nobre*
Fernanda Gonçalves Galhego Martins**

Resumo: O presente estudo analisa o contributo da nova lei de bases para a afirmação do princípio da precaução no âmbito do direito do ambiente e apresenta as perspectivas para a transposição deste princípio para o direito penal.

Palavras-chave: princípio da precaução; riscos; perigos; direito do ambiente; direito penal.

Abstract: This study analyses the contribution of the new basic law on environment to the implementation of the precautionary principle in the context of environmental law and assesses the possibility of implementing this principle in the criminal law.

Keywords: precautionary principle; risks; hazards; environmental law; criminal law.

I – Introdução

Em 2014, o princípio da precaução foi expressamente consagrado na Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril, que define as bases da política de ambiente (LBA). Tratando-se de um princípio cuja vigência no nosso ordenamento jurídico tem sido contestada por parte da doutrina, esta previsão legislativa deve ser encarada como um ponto de viragem. Diante disto, propomo-nos a analisar as perspectivas de aplicação do princípio da precaução no âmbito do direito do ambiente e a possibilidade da sua ampliação para o campo do direito penal.

II – Aplicação do princípio da precaução no âmbito do direito do ambiente

1. Antecedentes

O primeiro episódio relatado pela maioria dos autores para ilustrar a utilização do princípio da precaução remonta a um caso ocorrido em Inglaterra no século XIX: não obstante a incerteza existente na época quanto ao nexó de causalidade entre a poluição da água e a epidemia da cólera, as autoridades inglesas ordenaram a retirada das bombas de água de *Broad Street*, no dia 8 de Setembro de 1854, depois das recomendações do físico londrino John Snow¹.

* Assistente-convidado, Doutorando em Direito Público e Mestre em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e bolseiro no âmbito do projecto de investigação financiado pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia através da Bolsa de Investigação com a referência SFRH/BD/77208/2011, financiada pelo POPH - OREN - Tipologia 4.1 - Formação Avançada, comparticipado pelo Fundo Social Europeu e por fundos nacionais do MEC.

** Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais e Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, investigadora bolsreira do CAPES [Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, Brasil - Doutorado Pleno no Exterior] e Advogada.

¹ Relatando este episódio, ver, por exemplo, EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000*, Environmental issue report No 22, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2001, pp. 14-15.

Esse episódio representa, no entanto, uma aplicação do princípio da precaução *avant la lettre*. De fato, a primeira consagração legislativa do princípio da precaução² costuma ser atribuída a uma lei alemã, de 15 de Março de 1974, sobre a proteção contra os efeitos ambientalmente nocivos produzidos por poluição atmosférica, ruído, vibrações e fenómenos similares [*Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge*]³. Esta lei é mais conhecida como *Bundesimmissionsschutzgesetz* e o seu objectivo original era o de lutar contra fenómenos como o *Waldsterben* (morte da floresta), obrigando os exploradores das instalações perigosas a conformar-se a medidas de precaução com vista à proteção do ambiente⁴.

Ao longo dos anos que se seguiram à consagração legislativa alemã⁵, numerosos instrumentos normativos nacionais e internacionais começaram a prever o princípio da precaução. No plano internacional, ainda por iniciativa da Alemanha, o princípio da precaução foi introduzido em 1984 na legislação internacional sobre a proteção do Mar do Norte⁶. Todavia, a aceleração da expansão internacional do princípio da precaução começou em 1992 com a sua consagração na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas, na Convenção sobre a Diversidade Biológica, na Convenção sobre a Proteção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste e, é claro, na Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento⁷. Além disso, no âmbito comunitário, o Tratado de Maastricht introduziu o princípio da precaução no art. 130.º-R do Tratado de Roma e, no ano 2000, a Comissão Europeia elaborou mesmo uma comunicação sobre a utilização deste princípio⁸.

Não obstante os instrumentos normativos que consagram o princípio da precaução no plano internacional, uma parte da doutrina portuguesa continua a defender que o princípio da precaução não tem autonomia relativamente ao princípio da prevenção. Assim, o princípio da precaução não seria mais que uma *prevenção qualificada*. Não concordamos com esta ideia e tentaremos demonstrar em seguida que o princípio da precaução tem autonomia relativamente ao princípio da prevenção.

2. Consagração do princípio da precaução

Contrariamente ao que sucede, por exemplo, em França com a Carta Constitucional do Am-

² Alguns autores consideram todavia que, apesar de não se ter chegado a utilizar a expressão *precaução*, as primeiras projeções legislativas da ideia de precaução se encontram no *US Federal Food, Drug and Cosmetic Act* e na *Delaney Clause* de 1958 (JONATHAN B. WIENER, "Precaution", in DANIEL BODANSKY/ JUTTA BRUNNÉE/ ELLEN HEY (edited by), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, p. 600).

³ É importante salientar todavia que, inicialmente, o princípio da precaução foi desenvolvido e utilizado como orientação política no contexto de um Programa Ambiental do Governo Federal, de 14 de Outubro de 1971 (*Umweltprogramm der Bundesregierung*). Além disso, há ainda autores que recordam que é também possível encontrar indícios da emergência do princípio da precaução no direito suíço e no direito sueco (JONATHAN B. WIENER, "Precaution", cit., p. 599; e N. SADELEER, *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2008, p. 137).

⁴ Sobre este assunto, ver, por exemplo, o Rapport d'information n.º 2719, du 8 juillet 2010, fait au nom du Comité d'Évaluation et de Contrôle des Politiques Publiques sur l'évaluation de la mise en œuvre de l'article 5 de la Charte de l'environnement relatif à l'application du principe de précaution par MM. Alain Gest et Philippe Tourtelier, p. 18.

⁵ Na Alemanha, várias leis federais estenderam sucessivamente a aplicação do princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*) aos domínios da energia nuclear, da biotecnologia, da avaliação de impacto ambiental, da gestão da água, da gestão dos resíduos e da proteção da natureza (CHRISTIAN CALLIESS, *Rechtsstaat und Umwelstaat. Zugleich ein Beitrag Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, Jus Publicum, 71, Mohr Siebeck, 2001, p. 186-197). Para Christian Calliess, o princípio da precaução é um princípio orientador do Estado ambiental (*Leitprinzip des Umweltsaats*).

⁶ Registando a evolução da *proteção precaucional* ao longo das sucessivas conferências internacionais para a proteção do Mar do Norte, consultar N. SADELEER, *Environmental Principles*, cit., p. 94.

⁷ Princípio 15.

⁸ Comunicação da Comissão relativa ao Princípio da Precaução, COM(2000)1, Bruxelas, de 2 de Fevereiro de 2000.

biente⁹, a Constituição da República Portuguesa (CRP) não consagra expressamente o princípio da precaução. Todavia, isso não significa que o princípio da precaução se encontre completamente desprovido de qualquer valor constitucional. Na verdade, é possível encontrar, na doutrina juspublicista nacional, autores que defendem a ideia de que o princípio da precaução integra o “bloco de constitucionalidade”¹⁰. Além disso, o princípio da precaução foi recentemente consagrado na LBA. Ora, a LBA não é uma lei qualquer. Trata-se de uma lei de valor reforçado (cfr. art. 112.º/3 da CRP) e, por esse motivo, os atos legislativos de desenvolvimento deverão respeitar as normas nela contidas, sob pena de ilegalidade reforçada cuja apreciação compete não só aos tribunais ordinários mas também, em última instância, ao Tribunal Constitucional¹¹.

Apesar do mérito da mencionada consagração normativa, o legislador não foi particularmente prudente no momento da definição do princípio da precaução. Com recurso a um expediente técnico-legislativo curioso, o nosso legislador define simultaneamente o princípio da precaução e o princípio da prevenção:

“A atuação pública em matéria de ambiente está subordinada, nomeadamente, aos seguintes princípios: c) Da prevenção e da precaução, que obrigam à adoção de medidas antecipatórias com o objetivo de obviar ou minorar, prioritariamente na fonte, os impactes adversos no ambiente, com origem natural ou humana, tanto em face de perigos imediatos e concretos como em face de riscos futuros e incertos, da mesma maneira como podem estabelecer, em caso de incerteza científica, que o ónus da prova recaia sobre a parte que alegue a ausência de perigos ou riscos”¹².

Como se torna evidente, a redação deste preceito coloca alguns desafios interpretativos a que tentaremos dar resposta em seguida.

3. Autonomia do princípio da precaução

A primeira questão que se coloca é a seguinte: será que, na conceção do legislador, o princípio da precaução é um princípio autónomo relativamente ao princípio da prevenção, apesar de terem sido definidos conjuntamente?

Na nossa opinião, apesar de uma parte da doutrina defender que o princípio da precaução constitui uma espécie de *prevenção qualificada* e que não pode ser considerado um princípio, a LBA pressupõe a existência de dois princípios autónomos. Com efeito, a utilização da conjunção copulativa “e” sugere claramente que, na conceção do legislador, o princípio da prevenção e o princípio da precaução são autónomos. Em abono desta ideia, basta analisar, por exemplo, outra das definições conjuntas fornecidas na LBA: o legislador define simultane-

⁹ Consultar o art. 5.º da *Charte de l'environnement*.

¹⁰ Cfr. a este propósito JOÃO LOUREIRO, “Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Precaução e Tecnociência. Algumas Questões Juspublicísticas”, in Anibal Almeida [et al.], *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, p. 870; e *Constituição e Biomedicina. Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Volume I, Coimbra, 2003, p. 574.

¹¹ Cfr. art. 280.º/2/a) e d) e art.281.º/1/b) da CRP. É importante recordar ainda que, nos termos do art. 165.º/1/g) da CRP, a Assembleia da República tem competência legislativa exclusiva em matéria de bases do sistema de proteção da natureza e do equilíbrio ecológico. Assim, o Governo só pode legislar sobre as bases do regime jurídico de proteção do ambiente quando a Assembleia da República o autorize. Sobre este assunto, cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 752 e ss.; J. J. GOMES CANOTILHO/ VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4.ª edição revista, reimpressão, Coimbra Editora, 2014, pp. 325 e 329.

Para uma análise completa da organização judiciária portuguesa ver A. A. VIEIRA CURA, *Curso de Organização Judiciária*, 2.ª edição, revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

¹² Cfr art. 3.º/c) da LBA.

amente o princípio da informação e o princípio da participação¹³. Por muito perigosa que seja a técnica de definir dois princípios em simultâneo, daí não se pode concluir que, no entender do legislador, estamos a falar de um único princípio: o princípio da precaução não se confunde com o princípio da prevenção, tal como o princípio da informação não se confunde com o princípio da participação.

Finalmente, se, no entender do legislador, o princípio da precaução estivesse incorporado no princípio da prevenção, então não haveria necessidade alguma de o consagrar expressamente na LBA, bastando manter a solução que já se encontrava prevista na anterior lei de bases do ambiente, que só se referia ao princípio da prevenção¹⁴.

4. Especificidade do princípio da precaução

Admitindo que estamos perante dois princípios distintos, o segundo desafio exegético é o seguinte: quais os elementos da definição que se reportam a cada um dos princípios?

Para responder a esta questão, afigura-se-nos útil recorrer às definições do princípio da precaução que já se encontravam previstas na legislação nacional. A este respeito, as definições mais relevantes são as apresentadas pela Lei da Água e pela Lei da Conservação da Natureza e da Biodiversidade:

“Princípio da precaução, nos termos do qual 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”¹⁵;

“Princípio da precaução, nos termos do qual as medidas destinadas a evitar o impacto negativo de uma acção sobre a conservação da natureza e a biodiversidade devem ser adoptadas mesmo na ausência de certeza científica da existência de uma relação causa-efeito entre eles”¹⁶.

As definições transcritas permitem tirar duas conclusões. Em primeiro lugar, o princípio da precaução aplica-se em caso de ausência de certeza científica. Em segundo lugar, a ausência de certeza científica não afasta a obrigação de adoptar as medidas necessárias para evitar o impacto negativo de uma determinada acção sobre o ambiente. Essa obrigação persiste ainda que existam dúvidas quanto aonexo de causalidade.

Com base nestes elementos, podemos agora realizar uma interpretação mais segura da definição prevista na LBA.

A parte inicial do art. 3.º/c) da LBA parece respeitar aos dois princípios: o princípio da precaução e o princípio da prevenção têm em comum a imposição de uma obrigação de tomar medidas antecipatórias destinadas a evitar ou reduzir, prioritariamente na fonte, os impactos negativos sobre o ambiente, independentemente de terem origem natural ou humana.

Em contrapartida, parece-nos que, no entender do legislador, a diferença entre os dois princípios se encontra no seu âmbito de aplicação. O princípio da prevenção aplica-se nas situações em que existe certeza científica, enquanto o princípio da precaução é empregue nos casos que envolvem incerteza científica. O critério de distinção residiria assim na existência ou na ausência de certeza científica¹⁷.

¹³ Cfr. art. 4.º/d) da LBA.

¹⁴ Cfr. art. 3.º/a) da Lei n.º 11/87, de 7 de Abril.

¹⁵ Cfr. Art. 3.º/1/e) da Lei n.º 58/2005, de 29 de Dezembro, que aprova a *Lei da Água*.

¹⁶ Cfr. art. 4.º/e) do Decreto-Lei n.º 142/2008, de 24 de Julho, que aprova o regime jurídico da conservação da natureza e da biodiversidade.

5. O perigo e o risco

O terceiro desafio hermenêutico prende-se com a distinção entre *perigo* e *risco*. De fato, a LBA emprega as expressões “perigos imediatos e concretos” e “riscos futuros e incertos”, sem fornecer qualquer critério para distinguir entre *perigo* e *risco*.

Neste contexto, a primeira questão que se pode colocar é a de saber se os adjectivos “imediatos e concretos” e “futuros e incertos” podem ser úteis à realização da distinção entre *perigo* e *risco*. Na nossa opinião, esses adjectivos fornecem algumas pistas, mas não são um apoio seguro porque nem todos os *perigos* são imediatos e concretos, e nem todos os *riscos* são futuros e incertos. Com efeito, existem outros *perigos* e outros *riscos* em relação aos quais se impõe a obrigação de adoptar medidas antecipatórias, apesar de não estarem explicitamente mencionados no art. 3.º/c). Pense-se, por exemplo, nos *riscos atuais* e incertos. Na verdade, se o legislador prevê a obrigação de adoptar medidas antecipatórias no caso dos *riscos futuros e incertos*, por maioria da razão essa obrigação também se impõe relativamente aos *riscos atuais* e incertos. Deste modo, parece-nos que a LBA pressupõe a existência de dois extremos em que no limite mínimo se encontram os *perigos imediatos e concretos* e no limite máximo se situam os *riscos futuros e incertos*. Consequentemente, a obrigação de adoptar medidas antecipatórias existe relativamente a todos os *perigos* e todos os *riscos* que se enquadrem dentro desta moldura.

O cenário apresentado continua, todavia, a não fornecer elementos suficientes para retirar conclusões seguras quanto à distinção entre *perigo* e *risco*. A única certeza que existe é a de que, no entendimento do legislador, se admite a existência de *perigos imediatos e concretos*, e de *riscos futuros e incertos*.

Resta-nos, portanto, a possibilidade de tentar obter uma distinção entre *perigo* e *risco* a partir da articulação destes com a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução. Seguindo a linha de raciocínio que traçámos acima, o princípio da prevenção impõe a obrigação de adoptar medidas nas situações em que existe certeza científica, enquanto o princípio da precaução serve de fundamento para o dever de tomar medidas nos casos que envolvem incerteza científica. Em consequência, nos termos da LBA, o princípio da precaução aplicar-se-á no caso dos *riscos cientificamente incertos*, enquanto o princípio da prevenção será empregue no caso dos *perigos concretos*¹⁸.

A interpretação do art. 3.º/c) da LBA que estamos a propor iria assim ao encontro da orientação dominante na literatura juspublicista alemã, segundo a qual o *perigo* e o *risco* se distinguem em função da existência ou ausência de certeza científica, aplicando-se o princípio da prevenção aos *perigos* e o princípio da precaução aos *riscos*¹⁹.

É importante sublinhar, contudo, que os conceitos de *perigo* e *risco* adoptados na LBA não coincidem necessariamente com os previstos em outros atos normativos. Sem querer apresentar uma lista exaustiva, mas dando apenas um exemplo, o Decreto-lei n.º 115/2010, de 22 de Outubro, que estabelece o regime da avaliação e gestão dos *riscos de inundações* (*Lei*

¹⁷ Pode existir incerteza científica quanto à *susceptibilidade* de uma determinada atividade poder provocar danos ambientais no futuro, ou quanto à *causa* de danos já provocados, ou ainda quanto ao *nexo de causalidade* entre danos já verificados e uma determinada causa hipotética (J. J. GÓMES CANOTILHO [coord.], *Introdução ao Direito do Ambiente*, Universidade Aberta, 1998, p. 49).

¹⁸ Esta afirmação pressupõe que o legislador utiliza a expressão “concreto” com o sentido de “determinado” ou “certo”.

¹⁹ A este propósito, ver N. SADELEER, *Environmental Principles*, cit., p. 125: “German legal literature distinguishes between prevention (*Prävention*), which refers to foreseeing known dangers (*Gefahr*), and precaution (*Vorsorge*), which does not require certainty of the occurrence of the risk to be averted (*Risiko*)”.

das Inundações), transpondo a Directiva 2007/60/CE, de 23 de Outubro, relativa à avaliação e gestão dos riscos de inundações (*Directiva das Inundações*), prevê a seguinte definição de risco de inundação:

“combinação da probabilidade de inundações, tendo em conta a sua magnitude, e das suas potenciais consequências prejudiciais para a saúde humana, o ambiente, o património cultural, as infra-estruturas e as actividades económicas, sendo as suas consequências prejudiciais avaliadas através da identificação do número e tipo de actividade afectada, podendo por vezes ser apoiada numa análise quantitativa”²⁰.

Como rapidamente se pode depreender, esta noção de *risco* é diferente da prevista na LBA. Na *Lei das Inundações* o risco é o resultado de uma fórmula que combina a *perigosidade* (probabilidade de inundações) com a *vulnerabilidade* (as consequências negativas potenciais para a saúde humana, o ambiente, o património cultural e a actividade económica associadas a uma inundação). De acordo com esta concepção, a diferença entre *risco* e *perigo* não reside na certeza ou incerteza científica. Com efeito, a compreensão subjacente à *Lei das Inundações* parte da seguinte pressuposição: o *perigo* (no caso, a *inundação*) é uma fonte de *risco*. Neste caso, a expressão *risco* é, portanto, utilizada enquanto “*oberbegriff*”, podendo reportar-se ao que a LBA classificaria como *perigo*²¹.

6. A inversão do ónus da prova

A inversão do ónus da prova é um dos efeitos mais importantes da aplicação do princípio da precaução²². Todavia, analisando o art. 3.º/c), podemos verificar que a inversão do ónus da prova não se encontra assegurada nos casos de incerteza científica. Recordemos a parte final do preceito:

“da mesma maneira como podem estabelecer, em caso de incerteza científica, que o ónus da prova recaia sobre a parte que alegue a ausência de perigos ou riscos”

A utilização do verbo *poder* (“podem”) indicia que a aplicação do princípio da precaução não implica necessariamente uma inversão do ónus da prova. No entanto, a redação do artigo deixa uma questão em aberto: será que a inversão do ónus da prova fica dependente de uma posterior operação de densificação normativa? Ou será que se pretendeu, por exemplo, atribuir ao juiz a faculdade de, com base no art. 3.º/c), operar a inversão do ónus da prova quando considerar que tal se justifica em nome da protecção do ambiente?

Em sentido inverso, a LBA parece estender ao princípio da prevenção a possibilidade de inverter o ónus da prova. Atendendo exclusivamente à letra da lei, essa ilação é admissível tendo em conta a utilização do plural: “da mesma maneira como podem estabelecer”. No entanto, essa interpretação encerra uma contradição. Analisando o artigo, podemos constatar que a inversão do ónus da prova só pode ocorrer “em caso de incerteza científica”. Ora, seguindo a linha de raciocínio que traçamos acima, o princípio da prevenção não se aplica em caso de incerteza científica e, conseqüentemente, não pode ter como efeito a inversão do ónus da

²⁰ Cfr. art. 2.º/1/d) da *Lei das Inundações*. Esta definição é semelhante à prevista no art. 2.º/2 da *Directiva das Inundações*: “a combinação da probabilidade de inundações e das suas potenciais consequências prejudiciais para a saúde humana, o ambiente, o património cultural e as actividades económicas”.

²¹ Alertando também para a possível *décalage* entre o discurso doutrinário e o discurso legislativo, cfr. JOÃO LOUREIRO, “Da Sociedade Técnica...”, cit., p. 870

²² Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO [coord.], *Introdução ao Direito do Ambiente*, cit., p. 49.

prova. Ademais, tendo em conta que a incerteza científica é uma condição para a inversão do ónus da prova, esta não pode ocorrer contra a parte que alegue a ausência de perigos porque, como vimos acima, eles se distinguem dos riscos exatamente em função da existência de certeza científica.

Para preservar a coerência do art. 3.º/c) da LBA, é portanto necessário realizar uma interpretação restritiva: pode estabelecer-se, em caso de incerteza científica, que o ónus da prova recaia sobre a parte que alegue a ausência de riscos.

7. Méritos do art. 3.º/c) da LBA

A previsão expressa do princípio da precaução no art. 3.º/c) da LBA tem, na nossa opinião, o incontestável mérito de consolidar a autonomia do princípio da precaução face ao princípio da prevenção. E note-se que o nosso legislador não se limitou a consagrar o princípio da precaução nas suas versões mais minimalistas²³: além de impor a adoção de medidas antecipatórias perante os riscos, o princípio da precaução pode implicar a inversão do ónus da prova.

Contudo, a definição prevista na LBA revela fragilidades que vão muito para além das que referimos até este momento. Na verdade, o art. 3.º/c) nada nos diz, por exemplo, quanto aos tipos de impactes adversos no ambiente que se pretendem obviar ou minorar: todos os impactes? Só os impactes irreversíveis? Só os impactes graves? Qual o nível de gravidade necessário para despoletar a aplicação do princípio da precaução? E quais as medidas cuja adoção pode ser imposta? Quaisquer medidas? Só as medidas economicamente viáveis? Só medidas proporcionais? E podem ser definitivas ou têm de ser necessariamente provisórias?

Estas fragilidades da definição prevista na LBA podem, no entanto, tornar-se na sua maior virtude se a doutrina e a jurisprudência contribuírem para a densificação do princípio da precaução. Com efeito, além dos atos normativos de desenvolvimento do regime da LBA, é necessário um esforço doutrinal²⁴ e jurisprudencial²⁵ para que o princípio se torne eficaz na prática.

²³ Segundo Jonathan B. Wiener, pode falar-se de três arquétipos do princípio da precaução. Na primeira versão, o princípio da precaução determina que "a incerteza não justifica a inação". Na sua segunda versão, o princípio da precaução diz-nos que "a incerteza justifica a ação". Finalmente, na terceira versão, o princípio da precaução impõe a inversão do ónus da prova. Sobre estas versões do princípio da precaução, ver JONATHAN B. WIENER, "Precaution", cit., pp. 604-607.

²⁴ No plano doutrinal nacional, já foram realizados alguns esforços no sentido de dar operacionalidade ao princípio da precaução. Veja-se, por exemplo, o interessante estudo de ALEXANDRA ARAGÃO, "Princípio da Precaução: Manual de Instruções", *Revista da CEDOUA*, n.º 2/2008, 22, 2008.

²⁵ Realizando uma pesquisa da jurisprudência nacional nesta matéria, pode perceber-se que o princípio da precaução não costuma ser invocado com sucesso nos tribunais portugueses. No entanto, é importante registar que este insucesso não se deve apenas à reticência dos tribunais, mas também ao fato de as partes invocarem indevidamente o princípio da precaução, procurando retirar dele consequências jurídicas que ele não pode oferecer.

Recusando a aplicação do princípio da precaução no caso concreto, veja-se por exemplo, o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCAS), de 7 de Março de 2013, Processo n.º 04613/08, em que se rejeitou a inversão do ónus da prova, em virtude da ausência de uma disposição legal ou constitucional que previsse este efeito do princípio da precaução.

Por razões diferentes, vale também a pena confrontar o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (STA), de 2 de Dezembro de 2009, Processo n.º 0438/09, do qual transcrevemos duas afirmações ilustrativas do tratamento que esta instância tem concedido ao princípio da precaução: "Aceitando a ideia de precaução como princípio jurídico, o que não é pacífico na doutrina – o qual não tem consagração na nossa Lei Constitucional nem no Tratado da União Europeia – a sua aplicação aos procedimentos cautelares não pode ter a extensão que o acórdão recorrido lhe dá"; "Não tendo, tal princípio, consagração expressa na Lei portuguesa, designadamente na CRP – que, no artigo 66, n.º 2, prescreve que, genericamente, incumbe ao Estado "prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão" –, nem no Tratado da União Europeia, – que no seu art. 174.º define princípios gerais de preservação e protecção ambiental – não há suporte legal para o afirmar como princípio jurídico vigente na nossa ordem jurídica, devendo antes ser entendido como mera orientação política dos Estados, que o devem ter em conta nas suas opções políticas e legislativas".

Finalmente, é importante salientar que, não obstante a sua difusão no contexto ambiental, o princípio da precaução não se aplica exclusivamente neste domínio, podendo ser transposto para outros campos como, por exemplo, o do direito penal²⁶. Além de ser possível encontrar essa expressa previsão legal²⁷, a doutrina, sobretudo, espanhola e italiana, sinaliza também a sua aplicação no plano da política legislativa e no campo da dogmática penal.

III – Aplicação do princípio da precaução no âmbito do direito penal

De um modo geral, a aplicação do princípio da precaução no âmbito da política legislativa e no plano da dogmática penal tem a pretensão de prevenir e controlar as fontes de perigo e minimizar o risco²⁸. Com esse intento, ele pode se manifestar não só, num primeiro momento, orientando as decisões de política criminal, como também na interpretação dos tipos penais.

Em linhas gerais, no plano legislativo, o princípio da precaução pode vir a orientar a decisão do legislador sobre a conveniência de criminalizar uma determinada conduta e em matérias concernentes às consequências jurídicas do delito. Já, no que tange ao plano dogmático, as soluções avançadas pela doutrina vislumbram a sua aplicação sobretudo nos crimes de perigo e nos tipos negligentes, tal como se pretende apresentar.

1. O princípio da precaução e a política legislativa

1.1. A criação de tipos penais

Nesse primeiro campo de aplicação, a contribuição do princípio da precaução traduz-se na introdução de novas figuras delitivas, em especial, com a adoção dos crimes de perigo abstrato²⁹ e a construção dos delitos de risco (ou de perigo incerto) em contextos de incerteza

²⁶ A doutrina sinaliza também a aplicação do princípio da precaução em áreas tão distintas como a proteção da saúde dos consumidores, a segurança alimentar, a nanotecnologia e o direito orçamental. Mencionando estes e outros exemplos, cfr. MICHEL PRIEUR, *Droit de l'environment*, 4.^{ème} édition, Dalloz, 2001, pp. 145-146; ALEXANDRA ARAGÃO, "Princípio da Precaução", cit., p. 11; HELENA MONIZ/SUSANA AIRES DE SOUSA, "Manifestações do princípio da precaução no direito português", in MANUEL GÓMEZ TOMILLO (director), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, p. 366.

Referindo-se especificamente à transposição do princípio da precaução para a área da saúde, ver LAURENCE BAGHESTANI-PERREY, "La Valeur Juridique du Principe de Précaution", *Revue Juridique de l'Environnement*, n.º spécial, 2000, p. 21: "Il s'est étendu au domaine de la santé par le biais de recommandations de l'Organisation mondiale pour la santé en date de 1995 retraçant les 'lignes directrices relatives aux bonnes pratiques cliniques pour l'essai des médicaments' ". Este Autor constata ainda que: "La précaution s'analyse, en définitive, comme une quête ver le risque minimum. C'est une démarche qui guide depuis longtemps l'activité médicale dont la règle de principe (*primum non nocere*) est avant tout de ne pas nuire. Il peut d'ailleurs paraître, à cet égard, paradoxal que ce soit le droit de l'environnement et non le droit de la santé publique qui se soit saisi le premier du principe de précaution à moins que de considérer que dans ce dernier domaine, l'approche de précaution est depuis longtemps acquise, son évocation expresse apparaissant alors superflue" (pp. 21-22).

²⁷ Um exemplo ilustrativo desta transposição pode ser encontrado no art. 1.º e nos tipos penais previstos nos arts. 24.º e ss. da lei de biossegurança brasileira (Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005) que consagra o princípio em suas diretrizes:

"Art. 1.º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente."

Sobre essa opção do legislador brasileiro, Victor de Oliveira salienta que a inserção do princípio no texto legal concede a este uma "força simbólica" e fundamenta "as medidas – essencialmente administrativas – que a lei cria para controlar e calcular riscos, para intervir na fiscalização da investigação e aplicação de tecnologias, ou para justificar a previsão de novos delitos como o de clonagem humana" (VICTOR GABRIEL RODRÍGUEZ DE OLIVEIRA, "La precaución como principio rector de la Ley Brasilená de Biosseguridad: de los escollos a su aplicación hasta la feurza meramente simbólica la previsión normativa", in MANUEL GÓMEZ TOMILLO (director), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, p. 353, grifo nosso/ livre tradução).

²⁸ ISIDORO BLANCO CORDERO, *De la perigosidad (criminal) a la precaución. Las medidas para delincuentes sexuales y terroristas*, in MANUEL GÓMEZ TOMILLO (director), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, p. 186.

²⁹ BLANCA MENDONZA, "Princípio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro", in CARLOS MARIA ROMEO CASABONA (ed.) *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Granada: Editorial Comares, S.L., 2004, p. 457.

científica³⁰. Como traço comum, em ambas situações o medo ou o reforço da segurança estão inevitavelmente por trás dessa ampliação da intervenção penal.

O recurso aos crimes de perigo abstrato não constitui em si uma novidade. Esta é apresentada pelo novo âmbito de sua aplicação. Aqui, em resposta à complexidade e ao contexto de insegurança presente na sociedade atual, cuja dimensão incitaria o aumento da margem dos riscos penalmente relevantes e a antecipação do umbral da punibilidade, a tipificação de delitos que “proibem a realização de determinadas atividades sem vincular a proibição à efetiva perigosidade da concreta ação para produzir um dano ou uma situação de perigo” ajuda a eliminar “do âmbito socialmente adequado ações meramente infratoras de regras formais de comportamento” e a reforçar “rígidos standards de segurança dando lugar a delitos formais de mera desobediência” – “onde somente importa a infração do dever de cuidado e não sua transgressão material”³¹.

Na opinião de Blanca Mendonza, os delitos de perigo abstrato poderiam ser encarados “como a representação no direito penal do princípio da precaução em sua versão mais rígida”³². A autora salienta que “a finalidade de reprimir condutas cuja proibição se baseia simplesmente na suspeita não confirmada por conhecimentos empíricos de que possam acarrear consequências indesejáveis se consegue mais facilmente através de crimes de perigo abstrato puro”, uma vez que essa técnica viabiliza a construção de “um sistema de prevenção global e de controlo daquilo que não é dominável pelo indivíduo, isto é, pelo autor de cada conduta isolada”³³.

A doutrina espanhola dá ainda um passo além na transposição do princípio com a construção dos delitos de risco (ou de perigo incerto) em contextos de incerteza científica. Em atenção ao chamado do princípio da precaução, estes interviriam na proteção antecipada de bens jurídicos individuais (vida, saúde, integridade física) ou coletivos preexistentes, ou na formação e proteção de um bem jurídico coletivo originário – a segurança coletiva – que o perigo incerto viria a afetar³⁴.

Como sinalizado por Mercedes Alonso Álamo, a proteção antecipada de bens jurídicos através dos delitos de risco consistiria numa concreção legislativa do princípio da precaução no âmbito do direito penal³⁵. Nessa modalidade delitiva já não há perigo certo, presumido, mas sim um perigo incerto ou a possibilidade de um perigo e, embora não se possa assegurar a ausência de perigo, “como o perigo é incerto, tampouco se pode saber, com fundamento nos conhecimentos atuais, se a ação é ou não perigosa”³⁶. Nas palavras da autora, “diante da incerteza radical aqui presente, essa modalidade delitiva introduz um elemento novo que confere ao perigo incerto sua especificidade: o medo de danos catastróficos associado a incerteza e aos riscos”³⁷.

A manifestação do princípio da precaução através de delitos de risco (ou de perigo incerto) e nos delitos de perigo abstrato poderia se dar, por exemplo, com o recurso aos delitos de

³⁰ MERCEDES ALONSO ÁLAMO, “¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico penal”, in MANUEL GÓMEZ TOMILLO [director], *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, p. 129.

³¹ BLANCA MENDONZA, “Principio de precaución, derecho penal del riesgo...”, cit., p. 459, livre tradução.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ MERCEDES ALONSO ÁLAMO, “¿Gestión del riesgo...”, cit., p. 129, 130, 132.

³⁵ *Idem*, p. 130.

³⁶ *Idem*, p. 130, livre tradução.

³⁷ *Idem*, p. 131 e 132, livre tradução.

acumulação³⁸. Na medida em que estes últimos representam “uma resposta do direito penal a ações que em si mesmas são insignificantes e sem consequências mas que conjugadas a outras ações semelhantes podem cumulativamente conduzir a grandes danos”³⁹, a efetivação do suposto dano dependeria da união da ação vedada pelo ordenamento com outras ações com cuja realização se conta⁴⁰⁻⁴¹.

A criação dos tipos penais que não se baseiem na existência da periculosidade da conduta poderia recorrer também à técnica das leis penais em branco, consistindo a infração na mera desatenção da exigência de determinada autorização ou das condições para a autorização de uma certa conduta⁴². Nesse caso, o princípio da precaução reforça a sua entrada no direito penal com a remissão às normas extra penais inspiradas, orientadas e aplicadas de acordo com o dito princípio⁴³.

1.1.1. A cautela e a transposição do princípio da precaução

O recurso aos crimes de perigo abstrato e a construção dos delitos de risco (ou de perigo incerto) denotam a expansão do Direito Penal e representam técnicas de antecipação da tutela penal que não desvinculam o legislador dos princípios da *ultima ratio* ou da subsidiariedade e da proteção de bens jurídicos, exigindo, assim, uma clara identificação destes últimos⁴⁴.

No acertado entendimento de Blanca Mendonza, o direito penal deveria se limitar à repressão das condutas perigosas segundo algum tipo de evidência ou substrato fático, posto que a previsibilidade – e a consequente evitabilidade – constitui um elemento essencial da responsabilidade penal⁴⁵. Assim, atendidos esses pressupostos, tão só em alguns casos a máxima relevância de alguns bens jurídicos merecedores de tutela penal e a fundada suspeita de ameaça de certos riscos de elevada gravidade poderiam excepcionalmente justificar e

³⁸ *Idem*, p. 59. No mesmo sentido, Blanca Mendonza sinaliza que o princípio da precaução aparece como provável fator coadjuvante da criação dessas figuras delitivas [BLANCA MENDONZA, “Principio de precaución, derecho penal del riesgo...”, cit., p. 469].

³⁹ FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, “Principio de precaución, derecho penal y riesgo”, in CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Granada: Editorial Comares, S.L., 2004, p. 432.

⁴⁰ MERCEDES ALONSO ÁLAMO, “¿Gestión del riesgo...”, cit., p. 139.

⁴¹ Blanca Mendonza sinaliza que “[E]l terreno abonado de los delitos por acumulación es el derecho ambiental en general, el de la protección de la fauna y flora en particular – en cuyo seno nuestro CP ofrece ejemplos paradigmáticos de lo que debería constituir mero ilícito administrativo por su falta de trascendencia lesiva –, así como el de la ordenación del territorio, pero también en otros múltiples ámbitos de lo que se han denominado nuevas áreas de expansión del derecho penal moderno, como en el Derecho penal económico, podemos encontrar buenos ejemplos” [BLANCA MENDONZA, “Principio de precaución, derecho penal del riesgo...”, cit., p. 469].

No direito português, a antiga redação do art. 279.º do Código Penal conferida pelo Decreto-Lei n.º 48/95, de 15 de Março representava um exemplo da amplitude conferida ao tipo penal com a aplicação dessa técnica:

“Artigo 279.º

Poliuição

1 - Quem, em **medida inadmissível**:

a) Poluir águas ou solos ou, por qualquer forma, degradar as suas qualidades;

b) Poluir o ar mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações; ou

c) Provocar poluição sonora mediante utilização de aparelhos técnicos ou de instalações, em especial de máquinas ou de veículos terrestres, fluviais, marítimos ou aéreos de qualquer natureza; é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2 - Se a conduta referida no n.º 1 for praticada por negligência, o agente é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa.

3 - A poluição ocorre em medida inadmissível sempre que a natureza ou os valores da emissão ou da imissão poluentes contrariarem prescrições ou limitações impostas pela autoridade competente em conformidade com disposições legais ou regulamentares e sob cominação de aplicação das penas previstas neste artigo”. [grifo nosso]

⁴² ESTEBAN SOLA RECHE, “Principio de precaución y tipicidad penal”, in CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Granada: Editorial Comares, S.L., 2004, p. 487.

⁴³ Nesse sentido, ANA CRISTINA ANDRÉS DOMÍNGUEZ, “El principio de precaución y el art. 349 CP”, in MANUEL GÓMEZ TOMILLO [director], *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, p. 220 e também CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada: Editorial Comares, S.L., 2005, p. 119.

⁴⁴ CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa...*, cit., p. 119.

⁴⁵ BLANCA MENDONZA, “Principio de precaución, derecho penal del riesgo...”, cit., p. 473.

legitimar a repressão de condutas infratoras de controlos instaurados em atenção ao princípio da precaução⁴⁶.

Para manter o caráter de *ultima ratio*, em regra, o direito penal deveria se manter a margem quando se trata «do que fazer sobre os riscos incertos»⁴⁷. Como bem alerta Alonso Álam, o medo público não deveria interferir na decisão sobre a criminalização de um comportamento e nem o direito penal proibir ações cuja perigosidade apenas se suspeita ou teme, devendo estes casos manter-se no âmbito do direito administrativo e as ações de perigo incerto permanecer fora do direito penal, o qual deveria se “abster de proteger o medo e evitar dar entrada a bens jurídicos aparentes como o sentimento de segurança”⁴⁸.

De fato, não se nega que alguns ilícitos baseados no princípio da precaução devam ser castigados com sanção penal porque mereçam uma sanção penal⁴⁹. No entanto, ao sancionar condutas individualmente inofensivas com o único fim de evitar a acumulação ou realização em massa de um determinado comportamento⁵⁰, o direito penal abre as portas para “uma responsabilidade *ex injuria tertii*” que constitui “um atentado ao princípio da culpabilidade”⁵¹. Ainda que seja possível defender que “a aposição da bandeira do direito penal signifique o aumento das garantias do imputado e a sua proteção frente possíveis abusos”, o cenário é mais aflitivo do que propriamente protetivo⁵². Além das ressalvas ora levantadas a essa aplicação, sobre o recurso a lei penal em branco recai ainda “a suspeita de vulnerar o princípio da legalidade”⁵³, o que se põe em causa não só perante a insegurança jurídica – por não definir com absoluta clareza a conduta proibida – mas sobretudo frente à ausência de uma expressa remissão legal à norma extrapenal.

1.2. As consequências do delito

No que tange às consequências do delito, o princípio pode vir a inspirar a aprovação de leis sobre a gestão de delinquentes que se consideram perigosos⁵⁴. A aplicação do princípio da precaução intenta proteger, então, a sociedade frente ao risco que supostamente advém de alguns «delinquentes» que constituam uma séria ameaça para a segurança por teoricamente serem capazes de reiterar sua atividade delitativa⁵⁵. Como exemplo, Blanco Cordero menciona o caso dos delinquentes sexuais e terroristas, que teriam que tolerar uma intromissão em sua liberdade para evitar o risco de reiteração de sua conduta e garantir a segurança da sociedade⁵⁶. Nesse contexto, as medidas de segurança não mais se atêm aos inimputáveis. A admissibilidade de sua imposição por um determinando período ou indeterminadamente mesmo a indivíduos imputáveis com a adoção de instrumentos como a liberdade vigiada, prevista no direito espanhol [art. 96. 3, 3^º] ou, como no modelo francês, com o seguimento sociojudicial

⁴⁶ *Idem*, p. 473.

⁴⁷ MERCEDES ALONSO ÁLAMO, “¿Gestión del riesgo...”, cit., p. 148.

⁴⁸ *Idem*, p. 148, livre tradução.

⁴⁹ Nesse sentido, conferir EMANUELE CORN, “El tímido presente y el futuro incierto del principio de precaución en la parte especial del derecho penal italiano: organismos genéticamente modificados y otras aplicaciones”, in MANUEL GÓMEZ TOMILLO [director], *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, p. 296.

⁵⁰ BLANCA MENDONZA, “Principio de precaución, derecho penal del riesgo...”, cit., p. 469.

⁵¹ FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, “Principio de precaución, derecho penal y riesgo”, cit., pp. 432 e ss., livre tradução.

⁵² EMANUELE CORN, “El tímido presente y el futuro incierto...”, cit., p. 304, livre tradução.

⁵³ NICOLÁS GARCÍA RIVAS, “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, *Revista de derecho penal y criminología*, Madrid, 2.ª época, enero, n.º 15, 2005, p. 67, livre tradução.

⁵⁴ ISIDORO BLANCO CORDERO, “De la perigosidad [criminal] a la precaución...”, cit., p. 191.

⁵⁵ *Idem*, p. 191.

⁵⁶ ISIDORO BLANCO CORDERO, “De la perigosidad [criminal] a la precaución...”, cit., p. 191, 211 e 210.

imposto aos delinquentes imputáveis perigosos (artigo 131-36-1 do CP)⁵⁷, consubstanciariam algumas vertentes dessa aplicação.

Nessa perspectiva, o medo e a ansiedade são os catalizadores para a tomada de medidas legislativas drásticas⁵⁸. Aqui, a culpabilidade não limita a pena; com a ideia de inoculação do delinquentes, o risco da comissão de um novo delito é por este suportado, impondo um controlo penal mais além do que o prescrito pelo princípio da culpabilidade⁵⁹ e pondo em causa também os ideais da ressocialização.

2. Perspectivas para a dogmática penal

No plano da dogmática, o princípio em destaque poderia ajudar a definir *ex ante* a perigosidade da ação nos crimes de perigo⁶⁰. Ele ajudaria a construir essa noção à margem do critério da previsibilidade⁶¹, delimitando “a perigosidade do comportamento incriminado em um delito de perigo abstrato”⁶². Em tais casos, a afirmação do risco previsto pelo tipo penal não exigiria um perigo cientificamente demonstrado de forma absoluta e concludente – e, por consequência, mesmo perante a falta de provas concludentes sobre os efeitos da conduta supostamente perigosa, bastaria o perigo hipotético ou potencial considerado pela norma incriminadora⁶³. Como seria previsível, essa construção deve ser encarada com cautela. Além do princípio da legalidade poder vir a constituir um obstáculo a essa aplicação do princípio da precaução, a técnica apresentada implica uma ampliação das margens do âmbito penalmente relevante devido à correspondente redução da esfera de risco permitido, não devendo o correspondente aumento dos deveres de controlo e cuidado se generalizar ou operar sem limites⁶⁴.

Já, nos crimes de perigo abstrato-concreto, a aplicação, a exigência típica de constatação da idoneidade lesiva da conduta conflua com a aplicação do princípio da precaução. Como este último abarca condutas cuja potencialidade ou idoneidade lesiva é desconhecida no todo ou em parte, não se pode afirmar o conhecimento atual ou potencial da lesividade; quando muito, seria possível existir “uma consciência – efetiva ou possível – da incerteza sobre os desconhecidos mas suspeitados efeitos da conduta empreendida”⁶⁵. Em tais casos, o princípio da precaução levaria à ampliação da noção de periculosidade requerida nesses tipos e à consideração da tipicidade das condutas cuja idoneidade ou capacidade lesiva não esteja plenamente ou inequivocamente provada⁶⁶.

Outra possibilidade de aplicação se apresenta frente aos crimes negligentes de resultado. Quanto a estes, Romeo Casabona aponta que o princípio da precaução poderia vir a ajudar na determinação do cuidado objetivamente devido e do risco permitido⁶⁷. O princípio teria condições de “desempenhar uma função complementar para determinar a conduta que não atende ao cuidado objetivamente devido e proceder a imputação do resultado à margem do

⁵⁷ *Idem*, p. 195.

⁵⁸ *Idem*, p. 208.

⁵⁹ *Idem*, p. 209.

⁶⁰ CARLOS ROMEO CASABONA, “Aportaciones del principio de precaución al derecho penal”, in CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Granada: Editorial Comares, S.L., 2004, p. 422.

⁶¹ CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa...*, cit., p. 108.

⁶² BLANCA MENDONZA, “Principio de precaución, derecho penal del riesgo...”, cit., p. 462.

⁶³ *Idem*, pp. 462-463.

⁶⁴ BLANCA MENDONZA, “Principio de precaución, derecho penal del riesgo...”, cit., p. 467.

⁶⁵ *Idem*, p. 470, livre tradução.

⁶⁶ *Idem*, p. 470.

⁶⁷ CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa...*, cit., p. 105.

pensamento de previsibilidade sempre que a relação de causalidade” pudesse “ser demonstrada *ex post*”⁶⁸.

Apesar da estrutura normativa dos crimes negligentes se basear na previsibilidade, na opinião do autor, a aplicação do princípio poderia oferecer uma alternativa a esta, na medida em que a precaução assume como premissa justamente a incerteza, a impossibilidade de prever eventos oriundos de determinadas atividades⁶⁹. De acordo com a construção do autor, aqui, não se renuncia ao modelo de prevenção, este seria reinterpretado e, de certo modo, reforçado para ajudar a determinar o cuidado objetivamente devido quando “uma disposição legal ou regulamentar estabelecesse – ou confiasse à autoridade seu estabelecimento – a observância de certas cautelas e comportamentos relacionados a determinada atividade, sobre a qual não é objetivamente previsível a produção de um resultado concreto e predeterminado e nem é conhecida a possível conexão causal” – constituindo o princípio, nessa perspectiva, “um instrumento auxiliar para resolver casos que de outro modo ficariam sem resolução, podendo conduzir desta forma a uma indevida absolvição do sujeito”⁷⁰.

Numa primeira via de aplicação, as pautas do cuidado objetivamente devido no caso concreto se estabeleceriam de acordo com normas extrapenais, baseadas no princípio da precaução, inclusive quando o cuidado exigível não venha a corresponder com os *standarts* usualmente aceitos na atualidade⁷¹. Noutra perspectiva, na falta desse suporte normativo, o princípio da precaução poderia ajudar até mesmo o indivíduo a identificar qual o comportamento diligente a adotar antes de atuar, denotando as pautas de comportamento acordes com o princípio⁷².

Numa solução mais prudente, Blanca Mendonza sinaliza que “o princípio da precaução poderia ajudar a determinar o comportamento adequado frente a firme e fundamentada suspeita de um risco, ainda que este não seja determinável *ex ante* em todos seus extremos”⁷³. Na opinião da autora, como “o princípio tem maiores possibilidades de operar na introdução, integração e interpretação das regras de cuidado ou de segurança que hão-de guiar a colocação em prática de certas atividades ou condutas suspeitamente perigosas para bens de alto valor”⁷⁴, o estabelecimento das regras fundamentadas no princípio da precaução, geralmente através do ordenamento administrativo, teria condições de influenciar o âmbito do risco permitido, ampliando os deveres de vigilância e controle⁷⁵.

Apesar dessa aplicação supostamente implicar menos cedências, ela não está imune a críticas. Nas propostas apresentadas, o objetivo político criminal da prevenção do fato inevitavelmente desvanece porque o resultado a evitar não era previsível ou ao menos as suas dimensões eram imprevisíveis e, com efeito, dificilmente seria possível falar em imprudência perante uma falta de cuidado cuja “transcendência para a produção do resultado somente se reconhece quando, imprevistamente, este aparece”⁷⁶. Como alertado por Bianca Mendonza, a

⁶⁸ CARLOS RÓMEO CASABONA, *Aportaciones del principio de precaución al derecho penal*, CARLOS MARÍA RÓMEO CASABONA (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Granada: Editorial Comares, S.L., 2004, p. 422, livre tradução.

⁶⁹ CARLOS MARÍA RÓMEO CASABONA, *Conducta peligrosa...*, cit., pp. 110-111.

⁷⁰ *Idem*, pp. 109-111, livre tradução.

⁷¹ *Idem*, p. 111.

⁷² *Idem*, p. 112. Como citado na nota de rodapé n.º 26 do presente artigo.

⁷³ BLANCA MENDONZA, “Principio de precaución, derecho penal del riesgo...”, cit., p. 455, livre tradução.

⁷⁴ *Idem*, p. 456. Cfr. também CARLOS RÓMEO CASABONA, “Aportaciones del principio de precaución al derecho penal”, cit., p. 411.

⁷⁵ BLANCA MENDONZA, “Principio de precaución, derecho penal del riesgo...”, cit., p. 456. Nessa construção, as normas extrapenais poderiam ser integradas nas normas penais em branco e nos delitos imprudentes, uma vez que o seu cumprimento é exigido pelo dever de cuidado (*ibidem*).

⁷⁶ BLANCA MENDONZA, “Principio de precaución, derecho penal del riesgo...”, cit., p. 489, livre tradução.

insegurança jurídica para determinar o dever objetivo de cuidado seria, então, ainda maior do que a gerada pelos tipos dolosos penais em branco⁷⁷.

Já, para Gabriele Fornasari, o princípio da precaução poderia se manifestar no direito penal como lógica precaucional utilizada instrumentalmente para a definição da existência de um elemento essencial do delito negligente⁷⁸. Com apoio no critério do *maximin*, já empregado pela jurisprudência italiana, parte-se da premissa de que “cada decisão adotada em condições de incerteza científica deve ser avaliada com base na pior das consequências possíveis” e, portanto, “a previsibilidade de um genérico resultado danoso para saúde seria suficiente para compreender também uma específica consequência lesiva de maior gravidade”⁷⁹. Isto, todavia, implica na ampliação do campo do reconhecimento do risco e da previsibilidade do evento sobre a base de uma lógica precaucional, impondo um maior dever de cautela⁸⁰.

Noutra perspectiva, Susana Aires de Sousa levanta a possibilidade da aplicação do princípio no âmbito da responsabilidade pelo produto. Para a autora o princípio poderia contribuir “para a concretização dos deveres de garantia, enquanto fundamento e critério de interpretação das normas que estabelecem regras de cuidado ou de segurança e que orientam a prossecução de atividades arriscadas para bens com dignidade penal, como a saúde e a vida”⁸¹. Assim, em sua opinião, na medida em que “sobre o produtor de bens perigosos (ou de cuja perigosidade se suspeita), mas cuja comercialização é realizada ao abrigo do risco permitido, recai o dever de vigilância do produto e de posterior advertência sobre os perigos ulteriormente conhecidos”⁸², “o reforço daquela suspeita, devido, por exemplo, a um avanço dos estudos científicos sobre a questão ou a acontecimento lesivos para bens fundamentais relacionados com a comercialização do produto, faz impender sobre o sujeito determinados deveres como a obrigação de retirada do produto do mercado ou a advertência dos consumidores” e, assim, “[o] incumprimento desses deveres, conhecido o caráter danoso do bem comercializado, seria “suficiente para admitir a responsabilidade criminal do agente pelos danos causados pelos produtos comercializados”⁸³. Nessa construção, caberia questionar se haveria razões para a aplicação do princípio da precaução uma vez que o caráter danoso do bem é conhecido. Como uma das razões que faz emergir a necessidade deste princípio é justamente a incerteza quanto à possibilidade de conhecer *ex ante*; frente aos perigos conhecidos, «o reforço da suspeita devido aos avanços dos estudos científicos sobre a questão ou a acontecimentos lesivos relacionados ao produto» permite prever a lesividade, sendo o caso de se falar do princípio da prevenção e não se justificando o recurso à precaução.

Por fim, no que tange à relação de causalidade, a aplicação do princípio poderia servir para prescindir da demonstração do nexo causal nos casos em que *ex ante* se entende que a existência deste entre determinada atividade e hipotéticos resultados lesivos para bens jurídicos protegidos pelo direito penal não se conhece e nem se demonstrou cientificamente⁸⁴; ou, pelo

⁷⁷ *Idem*, p. 490.

⁷⁸ GABRIELE FORNASARI, “El principio de precaución en la experiencia legislativa, jurisprudencial y doctrinal italiana”, in MANUEL GÓMEZ TOMILLO, *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, p. 164.

⁷⁹ *Idem*, p. 165, livre tradução.

⁸⁰ *Idem*, p. 169.

⁸¹ SUSANA AIRES SOUSA, *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em direito penal: contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 95.

⁸² *Idem*, p. 95.

⁸³ *Idem*, pp. 95-96.

⁸⁴ CARLOS ROMEO CASABONA, “Aportaciones del principio de precaución al derecho penal”, cit., p. 403 e 416.

contrário, para contribuir com a sua comprovação⁸⁵. Nesse último caso, por mais que o princípio não pretenda ser um instrumento através do qual se estabelece a presunção de uma relação de causalidade como elemento integrante dos delitos de resultado⁸⁶, a precaução, tida “como característica da ação adequada nos casos em que os efeitos perigosos se deixam sentir muito tempo depois da exposição”, poderia servir para confirmar a existência dos resultados lesivos verificados a largo prazo, isto é, quando os efeitos perigosos são sentidos muito tempo depois da exposição⁸⁷.

Nesse caso, a partir da produção do resultado lesivo se busca a causa e os responsáveis pela infração do dever de cuidado. A satisfação do objetivo político-criminal de ter um responsável pelos graves danos conduz, então, à substituição da previsibilidade pela precaução⁸⁸ – o que, conseqüentemente, nos leva a renovar as observações anteriormente traçadas sobre a aplicação do princípio aos crimes negligentes.

IV – Conclusão

O caminho percorrido até este momento permite-nos concluir que o domínio preferencial de aplicação do princípio da precaução continua a ser o do direito administrativo⁸⁹ e, mais concretamente, o do direito do ambiente. No entanto, como acabamos de constatar, aponta-se hoje para novos âmbitos de aplicação, designadamente, o direito penal.

A complexidade e o alto grau de incerteza sobre as conseqüências advindas de determinadas atividades apresentam novos problemas. Embora não se refute que estes mereçam novas respostas, estas últimas devem ser construídas de forma prudente. Como muito bem alerta Figueiredo Dias, “[A] dogmática penal deve evoluir, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos que não podem ser decerto os dos séculos passados como formas adequadas de resolver os problemas do século XXI; mas sem por isso ceder à tentação de “dogmáticas alternativas” que podem, a todo o momento, volver-se em “alternativas à dogmática” incompatíveis com a regra do estado de direito e, como tal, democraticamente ilegítimas”⁹⁰.

Na verdade, uma vez que o direito penal não é a única (nem a melhor) resposta frente a riscos incertos, a antecipação da tutela penal através da aplicação do princípio da precaução deve ser encarada com alguma cautela. Além de ser necessário oferecer uma definição mais clara e uniforme do princípio da precaução⁹¹, a sua aplicação tampouco pode ter como conseqüência a “proibição absoluta de todas as condutas que possivelmente ocasionem danos no futuro”⁹² – o que, fatalmente, “paralisaria a atividade científica e económica”⁹³.

Independentemente de se concordar ou não com a possibilidade da aplicação do princípio da precaução no âmbito do direito penal, a verdade é que se “queremos evitar que o princípio da precaução entre no direito penal chegamos tarde”⁹⁴. Em todo o caso, enquanto no cam-

⁸⁵ *Idem*, p. 403.

⁸⁶ CARLOS MARIA ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa...*, cit., p. 115.

⁸⁷ CARLOS MARIA ROMEO CASABONA, *Conducta peligrosa...*, cit., p. 116; e CARLOS ROMEO CASABONA, “Aportaciones del principio de precaución al derecho penal”, cit., p. 416.

⁸⁸ BLANCA MENDONZA, “Principio de precaución, derecho penal del riesgo...”, cit., p. 489.

⁸⁹ *Idem*, p. 473.

⁹⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’”, in Anibal Almeida [et al.], *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, p. 613.

⁹¹ EMANUELE CORN, “El tímido presente y el futuro incierto...”, cit., p. 297.

⁹² FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, “Principio de precaución, derecho penal y riesgo”, cit., p. 428.

⁹³ *Idem*, p. 428.

⁹⁴ EMANUELE CORN, “El tímido presente y el futuro incierto...”, cit., p. 294.

po do direito penal as questões levantadas sinalizam um longo caminho a trilhar, no âmbito do direito do ambiente as respostas trazidas pela LBA construíram os alicerces necessários para impulsionar a aplicação do princípio da precaução. Como princípio ambiental – agora expressamente consagrado na lei – ele poderá: (i) servir de *padrão* para aferir a validade de normas legais ou regulamentares e de atos administrativos que o contrariem; (ii) auxiliar a interpretação de regras jurídicas; (iii) integrar eventuais lacunas; e (iv) favorecer a criação de novas regras jurídicas⁹⁵. No entanto, para que tal aconteça, não basta a consagração legal e o esforço doutrinal, sendo também necessário que a administração atue em conformidade e a jurisprudência o reconheça definitivamente como princípio jurídico vinculativo da atuação pública em matéria ambiental.



Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E DO ENSINO SUPERIOR



QUALIFICAR E CRESCER



QUADRO DE REFERÊNCIA ESTRATÉGICA NACIONAL



GOVERNO DA REPÚBLICA PORTUGUESA



UNIÃO EUROPEIA
Fundo Social Europeu

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso Álamo, Mercedes – “¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico penal”, in Manuel Gómez Tomillo (director), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014.
- Andrés Domínguez, Ana Cristina – “El principio de precaución y el art. 349 CP”, in Manuel Gómez Tomillo (director), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014.
- Aragão, Alexandra – “Princípio da Precaução: Manual de Instrução”, *Revista do CEDOUA*, n.º 2/2008, 22, 2008, pp. 9-57 (<https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/8833/10/1-Princ%20da%20precau%20a7%20a30.pdf?ln=pt-pt>).
- Baghestani-Perrey, Laurence – “La valeur juridique du principe de précaution”, *Revue Juridique de l'Environnement*, n.º spécial, 2000, pp. 19-27.
- Billet, Philippe – “La charte va-t-elle renouveler les principes du droit de l'environnement ou ceux-ci ont-ils disparu à l'exception d'un seul, le principe de précaution”, *Revue Juridique de l'Environnement*, n.º spécial, 2005, pp. 231-235.
- Blanco Cordero, Isidoro – “De la perigosidad (criminal) a la precaución. Las medidas para delinquentes sexuales y terroristas”, in Manuel Gómez Tomillo (director), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014.
- Canotilho, J. J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.
- *Introdução ao Direito do Ambiente*, Universidade Aberta, 1998.
- Canotilho, J. J. Gomes/Vital Moreira – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume II, 4.ª edição revista, reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- Calliess, Christian – *Rechtsstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, Jus Publicum, 71, Mohr Siebeck, 2001, pp. 186-197.
- Corn, Emanuele – “El tímido presente y el futuro incierto del principio de precaución en la parte especial del derecho penal italiano: organismos genéticamente modificados y otras aplicaciones”, in Manuel Gómez Tomillo (director), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2014.
- Cura, A. A. Vieira – *Curso de Organização Judiciária*, 2.ª edição, revista e atualizada, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.
- Dias, Jorge de Figueiredo – “O direito penal entre a ‘sociedade industrial’ e a ‘sociedade do risco’”, in Aníbal Almeida [et al.], *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001.

⁹⁵ Cfr. GERD WINTER, “The Legal Nature of Environmental Principles in International, EC and German Law”, in RICHARD MACRORY (ed.), *Principles of European Environmental Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2004, p. 28. Na doutrina portuguesa, ver J. J. GOMES CANOTILHO (coord.), *Introdução ao Direito do Ambiente*, cit., p. 43.

- European Environmental Agency – *Late lessons from early warnings: the precautionary principle 1896-2000*, Environmental issue report No 22, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2001 (http://www.eea.europa.eu/publications/environmental_issue_report_2001_22).
- Fornasari, Gabriele – “El principio de precaución en la experiencia legislativa, jurisprudencial y doctrinal italiana”, in Manuel Gómez Tomillo, *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014.
- García Rivas, Nicolás – “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, *Revista de derecho penal y criminología*, Madrid, 2.ª época, enero, n.º 15, 2005
- Gest, Alain /Philippe Tourtelier – Rapport d’information n.º 2719, du 8 juillet 2010, fait au nom du Comité d’Évaluation et de Contrôle des Politiques Publiques sur l’évaluation de la mise en œuvre de l’article 5 de la Charte de l’environnement relatif à l’application du principe de précaution (<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2719.asp>).
- Loureiro, João – *Constituição e Biomedicina. Contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*, Volume I, Coimbra, 2003.
- “Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Precaução e Tecnociência. Algumas Questões Juspublicísticas”, in Aníbal Almeida [et al.], *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, pp. 797-891.
- Mendoza, Blanca – “Principio de precaución, derecho penal del riesgo y delitos de peligro”, in Carlos María Romeo Casabona (ed.) *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Granada: Editorial Comares, S.L., 2004.
- Moniz, Helena / Sousa, Susana Aires de – “Manifestações do princípio da precaução no direito português”, in Manuel Gómez Tomillo (director), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014.
- Oliveira, Victor Gabriel Rodríguez de – “La precaución como principio rector de la Ley Brasilenã de Bioseguridad: de los escollos a su aplicación hasta la feurza meramente simbólica la previsión normativa”, in Manuel Gómez Tomillo (director), *Principio de precaución y derecho punitivo del estado*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2014.
- Prieur, Michel – *Droit de l’environnement*, 4.ª edición, Dalloz, 2001.
- Romeo Casabona, Carlos María – *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Granada: Editorial Comares, S.L., 2005.
- “Aportaciones del principio de precaución al derecho penal”, in Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Granada: Editorial Comares, S.L., 2004.
- Sadeleer, N. – *Environmental Principles: from Political Slogans to Legal Rules*, Oxford University Press, 2008.
- Schroeder, Friedrich-Christian – “Principio de precaución, derecho penal y riesgo”, in Carlos María Romeo Casabona (ed.), *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Granada: Editorial Comares, S.L., 2004.
- Sola Reche, Esteban – “Principio de precaución y tipicidad penal”, in Carlos María Romeo Casabona (ed.) *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Granada: Editorial Comares, S.L., 2004.
- Sousa, Susana Aires de – *A responsabilidade criminal pelo produto e o topos causal em direito penal: contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor*, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- Wiener, Jonathan B. – “Precaution”, in Daniel Bodansky/Jutta Brunnée/Ellen Hey (edited by), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, Oxford University Press, 2007, pp. 598-612.
- Winter, Gerd – “The Legal Nature of Environmental Principles in International, EC and German Law”, in Richard Macrory (edited by), *Principles of European Environmental Law. Proceedings of the Avosetta Group of European Environmental Lawyers*, Europa Law Publishing, Groningen, 2004, pp. 11-28.