

# ***Na tentativa de fazer luz contra a corrente: por uma distribuição equitativa dos ônus probatórios ao abrigo do princípio da precaução em face dos riscos das linhas elétricas de média e alta tensão***

**Comentário ao acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 7 de Março de 2013  
2.º Juízo da Seção do Contencioso Administrativo, Processo n.º 04613/08**

## **1. Considerações introdutórias**

O acórdão do TCA Sul que constitui objeto da presente anotação foi proferido na sequência de recurso interposto pela Freguesia de Monte Abraão (na qualidade de titular de interesses difusos<sup>1</sup>), inconformada com o acórdão prolatado pelo TAF de Sintra<sup>2</sup>, que havia julgado improcedente a ação administrativa especial por si intentada contra a REN – Rede Elétrica Nacional, S.A. e o Ministério da Economia e Inovação (MEI).

Alegando a consagração constitucional dos direitos à saúde e a um ambiente sadio – cujo conteúdo essencial ficaria supostamente afetado, devido à exposição das populações aos efeitos alegadamente nocivos dos campos elétricos e eletromagnéticos, inerentes às linhas elétricas de média e alta tensão (LMAT) – a A., ora Recorrente, procurou obstar ao traçado aéreo da linha elétrica com apoios no solo licenciado. Para o efeito, defendeu a aplicação *in casu* do princípio da precaução, com especial destaque para a inversão jurisdicional do ónus da prova, como melhor se analisará *infra*. Paralelamente, propôs ainda alternativas ao projeto licenciado, designadamente o enterramento (ainda que parcial) da linha de transporte de energia elétrica em larga escala.

Neste sentido, o petítório formulado pela Freguesia de Monte Abraão, reconduzia-se: (1) à declaração de nulidade ou à anulação do ato de licenciamento do Projeto “Linha Fanhões-Trajouce, a 250Kv no troço compreendido entre o Apoio n.º 46 e a Subestação de Trajouce”, emitido em 16/08/2006, pelo Diretor-Geral da Direção Geral de Geologia e Energia (integrada no MEI); (2) cumulada com a condenação da REN à abstenção da prática de atos consequentes, ou de execução do licenciamento impugnado, bem como à prática dos atos necessários à reconstituição da situação anterior à outorga da licença.

Em traços genéricos, o caso *sub iudice* remete-nos para a consideração de uma nova conflituosidade jurídica<sup>3</sup>, caracterizada pela intensificação das relações de interseção entre três polos fundamentais: os múltiplos problemas ambientais contemporâneos –

<sup>1</sup> Tanto o TAF de Sintra, como o TCA Sul foram unânimes em considerar a Freguesia de Monte Abraão parte ilegítima para impugnar o ato de licenciamento em apreço, atendendo ao facto da linha elétrica em discussão nos autos não sobrepassar a circunscrição territorial da A./Recorrente. Segundo o Coletivo de Juizes, a capacidade processual de agir destes entes administrativos restringe-se à defesa dos interesses públicos com reflexos na área da sua circunscrição territorial.

<sup>2</sup> No âmbito do processo n.º 1354/06.OBESNT.

<sup>3</sup> Cfr. CARVALHO, Délton, “Aspetos epistemológicos da Ecologização do Direito: reflexões sobre a formação de critérios para análise da prova científica”, in *SCIENTIA IVRIDICA: Revista de Direito Comparado Português*, Tomo 59, n.º 324 (Out. /Dez. 2010), p. 728.



fruto de décadas de crescimento económico desenfreado e desenvolvimento tecnológico exponencial, deram azo à emergência de *riscos globais, irreversíveis e retardados*<sup>4</sup>; a sociedade, enquanto campo onde esses riscos se vão concretizar, determinando a emergência do paradigma da *sociedade de risco mundial*, teorizada por Ulrich BECK<sup>5</sup>; e por fim, o direito, que enquanto ordem imperativa de regulação, é instada a encontrar novos instrumentos e critérios de ponderação jurídica, capazes de permitir uma gestão adequada dos riscos ambientais, tendo por base a análise de provas científicas, por via de regra ambíguas e inconcludentes<sup>6</sup>.

Perante este cenário, o princípio jurídico da precaução constitui uma ferramenta normativa avançada pela doutrina jus-ambiental, com o propósito de gerir adequadamente os imponderáveis desafios ecológicos, e para a saúde pública, colocados pela omnipresença do risco nas mais variadas atividades da nossa vivência comunitária. O seu papel é, portanto, o de contribuir para a construção de um patamar de *justiça ecológica*<sup>7</sup>, quer em face dos países em vias de desenvolvimento (dimensão de justiça intrageracional), quer em face das gerações futuras (dimensão de justiça intergeracional)<sup>8</sup> – razão pela qual não pode deixar de ser considerado como um incontornável *princípio normativo da eco-sustentabilidade*<sup>9</sup>.

Ora, entre os diversos mecanismos jurídicos que logram a implementação do princípio da precaução na prática ambiental, salientamos as virtualidades, que quanto a nós, podem advir, de um entendimento seletivo e razoável da inversão do ónus da prova<sup>10</sup>. Trata-se de uma temática, que apesar de relativamente pacífica do seio dos procedimentos administrativos, levanta grande celeuma em sede jurisdicional, como aliás o presente acórdão do TCA Sul permite à sociedade comprovar.

O desafio a que nos propomos neste comentário, consubstancia-se portanto em, contrariando as *correntes* dominantes na doutrina e na jurisprudência a este propósito, tentar *fazer luz* sobre as situações em que, na nossa perspetiva, uma distribuição mais justa e equitativa das responsabilidades probatórias entre os sujeitos, à luz do princípio jurídico da precaução, se poderá revelar bastante profícua em termos de proteção ambiental, não apenas no âmbito do procedimento, como também, *mutatis mutandis*, do processo administrativo. Vejamos mais detidamente em que termos.

## 2. Distribuição do ónus da prova

### 2.1. Generalidades

Começemos por relembrar o conceito basilar de ónus jurídico, a sua configuração como ónus da prova, bem como os seus principais aspetos caracterizadores, para em seguida analisarmos o arquétipo de distribuição dos ónus probatórios vigente na nossa ordem jurídica.

Em termos genéricos, de acordo com Rui RANGEL, o ónus consiste num “poder ou faculdade de desenvolver e executar livremente certos atos ou adotar ou não certa conduta

<sup>4</sup> Cfr. ARAGÃO, Alexandra, “Princípio da Precaução: manual de instruções”, in *Revista do CEDOUA*, 2.2008, n.º 22, Ano XI, p. 24.

<sup>5</sup> Cfr. BECK, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo Mundial. En busca de la seguridad perdida*; Barcelona: Paidós, 2008; p. 41.

<sup>6</sup> Cfr. CARVALHO, Délton, *ob. cit.*, pp. 731 e ss..

<sup>7</sup> Cfr. ARAGÃO, Alexandra, *O princípio do nível elevado de proteção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*; Coimbra: Almedina, 2006; p. 28.

<sup>8</sup> Cfr. OST, François, *A Natureza à Margem da Lei. A ecologia à prova do direito*; [trad.] Chaves, Joana; Coleção Direito e Direitos do Homem; Lisboa: Instituto Piaget, 1997; pp. 18 e 19, 345 e 347.

<sup>9</sup> Cfr. ARAGÃO, Alexandra, *O princípio do nível elevado (...)*, *ob. cit.*, pp. 211 e ss..

<sup>10</sup> Perspetiva que partilhámos com o A. Pedro M. PEREIRA. Cfr. PEREIRA, Pedro M., “Princípio da precaução: still nothing new (ou in dubio pro coincineração) – Comentário ao Acórdão do STA de 2 de Dezembro de 2009”, in *Revista CEDOUA* 2.2008, n.º 22, Ano XI, p. 151.

prevista para benefício e interesse próprio, sem qualquer sujeição ou coação e sem que seja possível outro agente exigir a sua observância, comportando a omissão do comportamento ou o incumprimento, um risco gerador de consequências desfavoráveis e desvantagens”<sup>11</sup>. Sinteticamente, o ónus trata-se, no fundo, de uma faculdade jurídica destinada à satisfação de um interesse próprio.

Detendo-nos, doravante, no campo do direito probatório, o fundamento para a existência de regras sobre a repartição dos *onus probandi*, resulta de duas diretrizes fundamentais, comuns à maioria dos sistemas processuais: o facto de incumbir às partes alegar os factos essenciais que integrem a respetiva causa de pedir, em obediência ao princípio do dispositivo (art. 5.º, n.º 1 do CPC)<sup>12</sup>; e a proibição do *non liquet*, por força da qual, o juiz, confrontado com uma situação de incerteza sobre a verificação ou não da factualidade concreta, não pode escusar-se a decidir alegando falta ou obscuridade de provas (art. 8.º do CC)<sup>13</sup>.

Consequentemente podem apontar-se duas funções essenciais às regras sobre repartição do ónus da prova. Se por um lado elas procuram estimular a atividade probatória das partes a carrear para o processo os elementos que sustentem as suas pretensões (ónus da prova em sentido subjetivo ou formal), por outro lado, constituem um critério de decisão para o juiz, permitindo-lhe ultrapassar uma situação de dúvida insanável sobre os factos em juízo (ónus da prova objetivo ou material)<sup>14</sup>. Em síntese, enquanto o ónus subjetivo “dispõe sobre a *atividade* probatória, atribuindo-a, para cada matéria, a uma parte”, o ónus objetivo “prevê um *resultado* probatório, a incerteza, determinando a decisão”<sup>15</sup>.

O ónus da prova entendido numa aceção puramente subjetiva tende a imperar nos sistemas processuais onde o princípio do dispositivo é levado ao extremo, por isso ao abrigo desta conceção, estar incumbido com o ónus da prova, significa que o sujeito tem de dar como provado o facto que lhe aproveita, sob pena de o juiz o considerar como não existente e dar como líquido o facto contrário<sup>16</sup>.

Diferentemente, nos sistemas temperados pelo princípio do inquisitório, que tenderão hodiernamente a constituir a grande maioria, prevalece o ónus da prova numa feição objetiva<sup>17</sup>, de modo que em face de todos os elementos carreados para os autos (seja pela parte interessada, pela parte contrária ou pelo próprio Tribunal)<sup>18</sup>, sempre que o juiz possuir dúvidas sobre os factos essenciais à decisão do pleito, deve decidir contra a parte que tinha o encargo de o fazer<sup>19</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. RANGEL, Rui de Freitas, *O ónus da prova no processo civil*, Coimbra: Almedina, 2006; 3ª ed.; p. 382.

<sup>12</sup> Por sua vez, o juiz mantém um poder de iniciativa probatória genérica (art. 265.º, n.º 3 do CPC)

<sup>13</sup> Cfr. GARCÍA-CUERVA, Silvia G., “Las reglas generales del *onus probandi*”, in *Objeto y carga de la Prueba Civil*; Abel, Xavier, y Picó, Joan, [Directores]; Barcelona: Librería Bosch, 2007; p. 51.

<sup>14</sup> Cfr. RIVERA, Rodrigo, *La Prueba: un análisis racional y práctico*; Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011; pp. 129-131.

<sup>15</sup> Cfr. MÚRIAS, Pedro F., *Por uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*; Lisboa: Lex, 2000; p. 21.

<sup>16</sup> Cfr. VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, e NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil – de acordo com o D.L. n.º 242/85*; Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (2.ª ed., reimpressão); pp. 448 e 449; e BELEZA, Maria dos Prazeres, *O activismo judiciário em matéria probatória e a teoria dinâmica da distribuição do ónus da prova – Notas correspondentes à intervenção oral realizada em 29 de Junho de 2012, no âmbito do Curso Luso-Brasileiro de Direito Processual Civil, “O Futuro do Processo Civil no Brasil e em Portugal”*, p. 6. Disponível *on-line* [Consultado em 16.01.2013].

<sup>17</sup> Segundo Pedro F. MÚRIAS, a história do ónus demonstra uma clara evolução de um sentido subjetivo para um sentido objetivo. Cfr. *ob. cit.*, p. 23.

<sup>18</sup> Vale aqui o princípio da aquisição processual da prova (art. 515.º do CPC).

<sup>19</sup> Cfr. FARIA, Rita, *A inversão do ónus da prova no direito civil português*; Lisboa: Lex, 2001; p. 16; e Varela, Antunes, Bezerra, J. Miguel, e Nora, Sampaio e, *ob. cit.*, p. 450.



É precisamente esta a conceção de ónus da prova predominante entre nós, como aliás resulta do estatuído no art. 414.º do CPC<sup>20</sup>. Assim sendo, à luz do ordenamento jurídico português, o ónus da prova pode conceber-se como “o encargo que é atribuído a uma das partes de provar certo facto, sob pena de ver a sentença proferida contra a sua pretensão”<sup>21</sup>.

## 2.2. Regras de distribuição do ónus da prova legalmente vigentes no nosso ordenamento jurídico

À semelhança de muitos diplomas legislativos modernos<sup>22</sup>, o modelo de distribuição dos encargos probatórios consagrado no nosso Código Civil, inspirou-se em parte, na “teoria das normas” (*Normentheorie*), idealizada pelo alemão Leo ROSENBERG, nas primeiras décadas do séc. XX<sup>23</sup>. Como a própria denominação sugere, segundo esta teoria, cada parte deve estar incumbida do ónus da prova dos pressupostos de facto da norma jurídica que lhe é favorável<sup>24</sup>. Por conseguinte, impõe-se a cada um dos sujeitos processuais, a fundamentação probatória da sua concreta pretensão (ou exceção), em face das espécies abstratas da lei, tendo por base o esquema positivista do silogismo judiciário<sup>25</sup>.

Evidenciando uma adesão parcial à matriz *rosenberguiana* enunciada<sup>26</sup>, é o seguinte o teor do art. 342.º do nosso CC: “Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado” (n.º 1); “A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita” (n.º 2); “Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito” (n.º 3)<sup>27</sup>.

Como explica Maria dos Prazeres BELEZA, o critério legal determinante para a fixação do ónus da prova é o direito que a parte invoca, independentemente da sua posição processual como autor ou réu<sup>28</sup>. Utilizando como ponto de referência este direito, a lei distingue entre os factos constitutivos (cujo ónus da prova cabe a quem invoca o direito), e os factos impeditivos, modificativos ou extintivos, cujo ónus da prova fica a cargo daquele contra quem o direito é invocado<sup>29</sup>. Na senda da “teoria das normas”, a determinação em concreto dos pressupostos de facto que incumbe a cada um alegar e provar é feita atento o teor da norma jurídica na qual cada um dos sujeitos litigantes funda a sua pretensão<sup>30</sup>. Esta enunciação

<sup>20</sup> “Art. 414.º (Princípio a observar em casos de dúvida): A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita”.

<sup>21</sup> Cfr. FÁRIA, Rita, *ob. cit.*, p. 9.

<sup>22</sup> Por exemplo, o Código de Processo Civil brasileiro, o Código Civil italiano, ou a espanhola *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Cfr. CARPES, Artur, *Ónus Dinâmico da Prova*, Coleção Álvaro de Oliveira – Estudos de Processo e Constituição, 1; Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010; p. 46.

<sup>23</sup> Para Pedro F. MÚRIAS, o sistema português de distribuição do ónus da prova deve ser considerado “um modelo autónomo – decerto não único”, pelo que o art. 342.º, n.ºs 1 e 2 “não é a teoria das normas de Rosenberg”, antes “consagra uma teoria das normas.” (*itálicos do A.*). Cfr. *ob. cit.*, p. 129.

<sup>24</sup> Cfr. ROSENBERG, Leo, *La Carga de la Prueba*; [trad.] KROTOSCHIN, Ernesto; [ed.] CÉSAR, Julio; Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2002 (2.ª ed. em Castelhana); p. 123.

<sup>25</sup> Cfr. VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, e NORA, Sampaio e, *ob. cit.*, p. 456, nota de rodapé n.º2.

<sup>26</sup> Para uma descrição pormenorizada da exata medida em que o nosso CC acolhe e rejeita a “teoria das normas”, cfr. MÚRIAS, Pedro F., *ob. cit.*, pp. 43-60.

<sup>27</sup> Note-se que este preceito é subsidiariamente aplicável no âmbito dos processos administrativos, *ex vi* do art. 1.º do CPTA.

<sup>28</sup> O A. para quem a posição concreta da parte em relação ao processo deveria ser o critério atendível na fixação dos ónus probatórios, viria a ser o italiano MICHELLI. Cfr. MICHELLI, Gian A., *La Carga de la Prueba*; [trad.] Sentís, Santiago; Bogotá: Editorial Temis, 2004; pp. 282 e 386.

<sup>29</sup> Cfr. BELEZA, Maria dos Prazeres, *ob. cit.*, p. 7.

<sup>30</sup> Cfr. GONÇALVES, Marco, *Dicionário Jurisprudencial de Processo Civil*, Vol. IV (I-O); Coimbra: Coimbra Editora, 2012; pp. 957 e 959.

geral é complementada com um critério de correção, a que se refere o n.º 3 do art. 342.º, segundo o qual as normas constitutivas constituem a regra e as impeditivas a exceção<sup>31</sup>.

Podemos, desta forma concluir, que a lei portuguesa disciplina a distribuição do ónus da prova de uma “forma fixa ou estática, ou seja, em abstrato, independentemente da situação concreta das partes numa ação, do caráter positivo ou negativo do facto a provar e da maior ou menor dificuldade da prova, do ponto de vista da parte onerada”<sup>32</sup>.

Existem apenas normas dispersas pelo Código Civil, e por outros diplomas legais, que com base em diferentes fundamentos (especiais dificuldades probatórias, sanção de uma conduta da parte, etc.) repartem o ónus da prova de modo especial. Destaca-se o art. 343.º do CC, que identifica três principais situações<sup>33</sup>.

### 2.2.1. Inversão do ónus da prova

Como não há regra sem exceção, existem determinadas hipóteses em que o legislador entendeu que o ónus da prova deveria pesar sobre a parte contrária àquela que normalmente teria esse encargo, em consonância com a aplicação das regras gerais de repartição *supra* analisadas. Tratam-se das situações de inversão do ónus da prova, enumeradas no art. 344.º do CC.<sup>34</sup> Nos termos deste preceito, ocorrerá inversão dos *onus probandi* nos seguintes casos: (1) existência de presunção legal<sup>35</sup> (ilidível ou *iuris tantum*)<sup>36</sup>; (2) dispensa ou liberação do ónus da prova<sup>37</sup>; (3) celebração de convenção válida entre as partes (com os limites identificados no art. 345.º do CC)<sup>38</sup>; (4) disposição legal expressa nesse sentido; e, finalmente, (5) quando a parte contrária tenha tornado impossível a prova à parte inicialmente onerada<sup>39</sup>.

Em síntese, a nossa lei reduz a possibilidade de alterar os critérios gerais de repartição das responsabilidades probatórias fixados no art. 342.º do CC à existência de preceito legal, convenção entre as partes, ou ainda como sanção legal à parte por violação do dever de

<sup>31</sup> Cfr. GONÇALVES, Marco, *ob. cit.*, p. 957.

<sup>32</sup> Cfr. BELEZA, Maria dos Prazeres, *ob. cit.*, p. 7.

<sup>33</sup> São elas: as ações de simples apreciação negativa, em que a prova dos factos constitutivos do direito arrogado compete ao réu (n.º 1); a prova do decurso do prazo de caducidade de propositura de uma ação, que impede igualmente sobre o réu (n.º 2); e, por fim, ações baseadas num direito sujeito a condição ou a termo, em que o ónus da prova da verificação da condição suspensiva ou do termo inicial compete ao autor, ao passo que, tratando-se de condição de caráter resolutivo ou termo final, é ao réu que incumbe provar a respetiva verificação ou vencimento. Cfr. PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico; Direito Civil, Processual Civil e Organização Judiciária – Vol. I*; Coimbra: Almedina, 2010 (5.ª ed.), p. 1009.

<sup>34</sup> Cfr. FARIA, Rita, *ob. cit.*, p. 33.

<sup>35</sup> O sujeito que à partida estaria incumbido de provar o facto presumido fica, por força da presunção, a ter de demonstrar apenas a realidade do facto indiciário que serve de base à presunção. Por sua vez, a outra parte, terá de provar o contrário do facto presumido, ou seja, deve convencer o juiz de que, não obstante a realidade do facto que serve de base à presunção, o facto presumido não se verificou, ou o direito presumido não existe. Cfr. VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, e NORA, Sampaio e, *ob. cit.*, p. 504; e FARIA, Rita, *ob. cit.*, p. 34.

<sup>36</sup> Apenas este tipo de presunções dá azo à inversão do ónus da prova, pois tratando-se de presunções inilidíveis (ou *iuris et de iure*), não existe sequer a oportunidade da contraparte provar o contrário.

<sup>37</sup> Hipótese em que a lei dispensa o demandante de provar um facto que lhe respeita.

<sup>38</sup> De acordo com este preceito, são nulas as convenções entre as partes que invertam o ónus da prova quando: esteja em causa um direito indisponível, ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito (n.º 1); excluam algum meio legal de prova, ou admitam algum que não o seja, e de um modo geral, sempre que o clausulado contrarie disposições legais em matéria de prova que tenham por fundamento razões de ordem pública (n.º 2).

<sup>39</sup> A lei pressupõe que tenha havido uma recusa de cooperação processual por uma das partes, que tenha tornado culposamente impossível (e não apenas extremamente difícil), a prova ao sujeito onerado. Cfr. GONÇALVES, Marco, *ob. cit.*, pp. 375 e 377. Esta norma deve ser lida de forma conjugada com o art. 417.º, n.º2 do CPC.



cooperação<sup>40</sup>. Fora deste elenco taxativo, a nossa doutrina e jurisprudência maioritárias, sustentam não ser juridicamente admissível, proceder a quaisquer outras modificações na alocação subjetiva dos *onus probandi*<sup>41</sup>. Invocam neste sentido, razões atinentes à salvaguarda dos valores da certeza e segurança jurídicas, por força das quais, não existiria margem no nosso sistema probatório, para o juiz da causa, por sua própria iniciativa, e sem arrimo legal bastante, flexibilizar (*máxime*, inverter) o arquétipo universal de distribuição do ónus da prova.

Foi precisamente esta a argumentação tecida pelo Coletivo de Juízes no acórdão presentemente sob escrutínio, e que conduziu a que fosse rejeitada a proposta apresentada pela Recorrente, no sentido de se operar *in casu* a inversão jurisdicional do ónus da prova, na senda do postulado pelo princípio da precaução.

Sucedo, porém, que na nossa perspetiva, existem razões suficientemente ponderosas que militam em sentido contrário, e que autorizariam a que no caso *sub iudice*, tal como em muitos outros semelhantes, se procedesse a uma distribuição mais justa e equitativa das responsabilidades probatórias entre os sujeitos litigantes, logrando dessa forma não apenas um incremento da igualdade efetiva entre as partes em juízo, como também a prossecução do objetivo da proteção ambiental.

### 2.3. As insuficiências do modelo legal de repartição dos encargos probatórios

Uma aplicação cega do modelo legal *supra* examinado, que determina de forma apriorística e imutável sobre qual dos sujeitos processuais deve recair a responsabilidade de, em juízo, reunir elementos probatórios que criem no juiz a convicção da veracidade de um certo facto, sob pena do seu decaimento na ação, pode revelar-se assaz injusta<sup>42</sup>.

Com efeito, em regra é sobre os demandantes na ação que recai a obrigação de provar o carácter ambientalmente nefasto da atividade levada a cabo ou proposta pelo réu. Todavia, o ónus de carrear para os autos indícios materiais dessa nocividade, torna-se um encargo demasiado pesado para cidadãos pretendam reagir contenciosamente contra o desenvolvimento de atividades potencialmente lesivas da qualidade de vida comunitária (muitas vezes por intermédio de ONG's, destituídas de apoio financeiro para a realização de perícias ou estudos científicos e sem acesso a informação industrial relevante), frequentemente lançando mão do expediente processual do art. 9.º, n.º 2 do CPTA.

Por isso, segundo G. ORMAZABAL, a “atribuição puramente formal ou automática do *onus probandi*” pode demonstrar-se totalmente desadequada em face das circunstâncias do caso concreto, dando azo a dificuldades probatórias suscetíveis de colocar o autor numa situação de impossibilidade prática para lograr a prova dos factos constitutivos da sua pretensão<sup>43</sup>. O que não pode deixar de traduzir uma violação dos direitos fundamentais à prova e à igualdade substancial entre as partes (art. 4.º do CPC e 6.º do CPTA), enquanto corolários do princípio fundamental a um processo justo e equitativo constitucionalmente consagrado (art. 20, n.º 4, *in fine* da CRP)<sup>44</sup>, que constitui, sem sombra de dúvidas, um dos pilares essenciais de um autêntico Estado de Direito. O A. não deixa também de referir que muitas destas assimetrias

<sup>40</sup> Cfr. CARPES, Artur, *ob. cit.*, p. 96.

<sup>41</sup> Quanto à doutrina nacional, cfr. por todos, BELEZA, Maria dos Prazeres, *ob. cit.*, pp. 11 e ss.; e FARIA, Rita, *ob. cit.*, p. 63 e ss.. No concernente à jurisprudência, vejam-se os seguintes acórdãos: Acórdão do STA de 11-02-2010 (Proc. n.º 0961/09); e Acórdão do STA de 02-12-2009 (Proc. n.º 0438/09), ambos disponíveis *online* no site: [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) [consultados em 17/05/2013].

<sup>42</sup> Cfr. CREMASCO, Suzana, *A Distribuição Dinâmica do Ónus da Prova*; Rio de Janeiro: GZ editora, 2012; p. 42.

<sup>43</sup> Cfr. ORMAZABAL, Guillermo, *Carga de la Prueba y Sociedad del Riesgo*; Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2004; p. 21.

<sup>44</sup> Cfr. CARPES, Artur, *ob. cit.*, pp. 116 e 117.

nas capacidades probatórias derivam da evolução tecnológica e do fenómeno conexo do risco<sup>45</sup> – afirmações que, como veremos, têm pleno cabimento em face do acórdão em apreço.

### 2.3.1. O contributo da teoria da distribuição dinâmica dos encargos probatórios

Esta necessidade de introduzir maior flexibilidade na rigidez e formalismo do arquétipo legal em matéria de ónus da prova fez-se sentir sobretudo em países da América Latina, de modo que os juristas argentinos Jeremy BENTHAM (Séc. XIX), e Jorge W. PEYRANO (meados do Séc. XX), são considerados os principais impulsionadores e sistematizadores da chamada teoria da distribuição dinâmica dos encargos probatórios, batizada entre eles, de *Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas*<sup>46</sup>.

Como o próprio nome sugere, esta tese determina que o ónus da prova deve recair sobre a parte, que segundo as circunstâncias do caso concreto, se encontrar em melhores condições técnicas, profissionais, ou fáticas para a carrear para os autos. Desatendendo à posição das partes no processo, ou à natureza do facto que irá ser objeto de prova, o critério determinante é o da facilidade e acessibilidade *in concreto* do litigante à produção de prova<sup>47</sup>. De salientar apenas que o propósito desta tese não é substituir-se à técnica de distribuição dita tradicional, mas antes constituir um *plus* e um aprimoramento em face daquela<sup>48</sup>.

A forte ligação da América Latina à vizinha Espanha fez com que este país constituísse um dos exemplos mais próximos do afloramento legal desta teoria<sup>49</sup>, que entre nós nunca mereceu a atenção devida por parte da doutrina processualista. Em regra, os nossos AA. apenas a admitiriam em áreas carecidas de regras específicas (v.g. direito do consumo) e desde que expressamente consagrada na lei<sup>50</sup>.

### 3. A repartição dos encargos probatórios postulada pelo princípio da precaução

Todavia, do nosso ponto de vista, as regras gerais de repartição do ónus da prova vertidas no art. 342.º do CC, prestam-se igualmente a sofrer um desvio, sempre que estejam concretamente verificados os pressupostos de aplicabilidade do princípio da precaução, a saber: (1) prova científica suficientemente credível<sup>51</sup>, acerca da (2) elevada probabilidade de ocorrência de riscos sérios de lesão para bens jurídicos fundamentais<sup>52</sup>, designadamente o ambiente, a saúde pública, e a qualidade de vida dos cidadãos genericamente considerada.

Acompanhando Ana G. MARTINS, o modelo legalmente consagrado de distribuição do ónus da prova “exige aos que pretendem defender o ambiente – o ofendido ou a Administração – a prova de que uma atividade causa perigos ou danos”<sup>53</sup>. Contudo, flexibilizando ou

<sup>45</sup> Cfr. ORMAZABAL, Guillermo, *ob. cit.*, p. 137.

<sup>46</sup> Cfr. CREMASCO, Suzana, *ob. cit.*, pp. 70 e 71.

<sup>47</sup> Cfr. BELEZA, Maria dos Prazeres, *ob. cit.*, pp. 8 e ss.; e CREMASCO, Suzana, *ob. cit.*, pp. 72 e 73.

<sup>48</sup> Cfr. CREMASCO, Suzana, *ob. cit.*, p. 73.

<sup>49</sup> Artículo 217, nº 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

<sup>50</sup> Cfr. BELEZA, Maria dos Prazeres, *ob. cit.*, p. 13.

<sup>51</sup> Cfr. por todos, CIERCO, César, “El Principio de Precaución”, in *Riesgos Colectivos y Situaciones de Crisis: el desafío de la incertidumbre*; [ed.] Ruano, Juan; Coruña: Servicio de Publicaciones de la Universidad da Coruña; pp. 44-46.

<sup>52</sup> Cfr. por todos, MUNTHE, Christian, *The Price of Precaution and the Ethics of Risk*; The International Library of Ethics, Law and Technology, Vol. 6; Londres e Nova Iorque: Springer, 2011; p. 32; e Sadeleer, Nicolas de, “The effect of uncertainty on the threshold levels to which the precautionary principle appears to be subject”, in *Environmental Principles in an Age of Risk: from political slogans to legal rules*; Oxford: Oxford University Press, 2002; pp. 32 e 33.

<sup>53</sup> Cfr. MARTINS, Ana G., *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente*; Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002; p. 54.

inflatando as regras de repartição do ónus probatórios, passam a ser os potenciais agressores – na medida em que pretendam desenvolver uma atividade ou técnica que comporta riscos potencialmente graves e irreparáveis para o ambiente – os responsáveis por coligir provas suscetíveis de demonstrar que essa a atividade ou produto, do qual pretendem retirar benefícios económicos, *comporta riscos social e ecologicamente aceitáveis*<sup>54</sup>. É justo que assim seja, pois são eles que “pretendem alterar o *status quo ambiental*”<sup>55</sup>.

### 3.1. No âmbito do procedimento administrativo

Como já havíamos referido<sup>56</sup>, a inversão precaucional do ónus da prova no âmbito do procedimento administrativo é encarada de forma totalmente pacífica pela nossa doutrina e jurisprudência<sup>57</sup>, na medida em que constitui uma imposição do legislador ambiental, mormente em matéria de autorizações administrativas.

O recurso a esta técnica jurídica encontra-se assim plenamente legitimada, atendendo à existência de disposições legais consagradoras – hipótese prevista no art. 344.º, n.º 1 do CC. Os exemplos mais paradigmáticos reconduzem-se: ao Regime Jurídico da Licença Ambiental (Decreto-lei n.º 173/2008, de 8 de Agosto)<sup>58</sup>; e ao Regime Jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental (Decreto-lei n.º 197/2005, de 21 de Novembro)<sup>59</sup>.

Em ambos os casos, a ser publicamente assumida uma atitude de cautela responsável no deferimento de projetos, que possam acarretar riscos graves para a saúde e/ou para o ambiente – a qual é postulada pelo princípio da precaução – faz todo o sentido (quer em termos de facilidade de acesso à informação, quer do ponto de vista da capacidade técnica e financeira), que seja o particular proponente, e não a administração pública, a suportar o ónus de carrear para o procedimento administrativo, elementos probatórios suficientes, que permitam concluir pela tolerabilidade ambiental e social dos potenciais impactos envolvidos.

### 3.2. No seio dos processos administrativos jurisdicionais

O que acabámos de expor a propósito de uma distribuição precaucional dos encargos probatórios mais justa e ambientalmente amiga no âmbito do procedimento administrativo, deve valer de igual modo (embora ressalvadas as inevitáveis diferenças)<sup>60</sup>, no seio dos processos jurisdicionais<sup>61</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. MARTINS, Ana G., *ob. cit.*, p. 54

<sup>55</sup> Cfr. MARTINS, Ana G., *ob. cit.*, p. 55

<sup>56</sup> Cfr. *supra*, p. 106.

<sup>57</sup> O acórdão em apreço reconhece-a como sendo típica dos procedimentos administrativos marcados pela incerteza.

<sup>58</sup> Nos termos do art. 11.º, al. f) deste diploma, é ao operador privado a quem compete “demonstrar que a instalação não envolve riscos intoleráveis para a saúde e para o ambiente – para além do risco residual inerente a um empreendimento do tipo –, e que utiliza a melhor tecnologia disponível no mercado para minimizar tais riscos, na medida do tecnicamente possível”. Cfr. GOMES, Carla Amado, “O procedimento de licenciamento ambiental revisitado”, in *Revista O Direito*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Ano 148.º, 2008 – IV, p. 1057.

<sup>59</sup> Embora este diploma não aluda sequer ao princípio da precaução, no art. 12.º, n.º 3, determina-se que é sobre o proponente, aquando da apresentação do estudo de impacte ambiental do projeto à entidade licenciadora, que impende o encargo de fornecer informações sobre todos os aspetos mencionados no Anexo III do diploma (descrição e hierarquização do impactes negativos do projeto, alternativas ao mesmo, etc.). Se o proponente não lograr eficazmente essa demonstração, verá a declaração de impacto ambiental ser decidida em sentido que lhe é desfavorável.

<sup>60</sup> Cfr. FOSTER, Caroline, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals. Expert Evidence, Burden of Proof Finality*; Cambridge University Press, 2009; p. 283.

<sup>61</sup> Cfr. ANTUNES, Luís F. Colaço, “O princípio da precaução: um novo critério jurisprudencial do juiz administrativo”, in *Para um Direito Administrativo de Garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma*; Coimbra: Almedina, 2000; p. 119.

Posto isto, perante um cenário de incerteza científica<sup>62</sup> relativamente ao caráter potencialmente nefasto de certos produtos ou atividades, e sempre que o juiz *a quo* entender que a distribuição dos encargos probatórios mais justa e equitativa não é a que resulta da aplicação silogístico-subsuntiva do arquétipo legal ao caso concreto, deve possuir o poder-dever de, *ope iudicis*, aligeirar o ónus de alegação que impende totalmente sobre o demandante na ação, transferindo-o, na medida das suas capacidades técnicas e financeiras, para o demandado, ou em alternativa, determinar a sua inversão integral, onerando assim o réu, com a responsabilidade total de reunir provas bastantes da aceitabilidade ou tolerabilidade ecológica e social do projeto que pretende levar a cabo.<sup>63</sup> Dá-se assim azo a um *justo desequilíbrio* entre as partes no âmbito processual.

#### 4. A distribuição precaucional dos ónus probatórios no acórdão do TCA Sul de 7 de Março de 2013

A exposição teórica precedente teve o propósito de nos munir das ferramentas dogmáticas indispensáveis, para em seguida, tecermos uma reflexão criticamente fundamentada sobre o acórdão prolatado pelo TCA Sul, em 7 de Março de 2013.

Uma primeira interrogação a que importa responder, consiste em saber, afinal, se a matéria em discussão nos presentes autos, é ou não suscetível de chamar à colação o princípio jurídico da precaução. Em caso afirmativo, afigura-se igualmente imprescindível averiguar, se tem sentido a argumentação esgrimida pela Recorrente, no sentido da aplicação *in casu* da técnica da inversão do ónus da prova, ou se pelo contrário, o Tribunal logrou efetuar a melhor interpretação deste princípio normativo, ao negar-lhe a virtualidade para desencadear semelhante consequência no plano da justiça administrativa.

Desde logo, dúvidas inexistem quanto ao facto de a atividade cujo licenciamento foi impugnado nos autos – transporte e distribuição de energia elétrica em regime de média e alta tensão por via aérea – constituir, pela sua própria natureza, uma atividade intrinsecamente perigosa, dadas as consequências tendencialmente fatais que podem advir para os seres vivos, do contacto com a corrente elétrica em tão elevada voltagem. O Tribunal não hesita em reconhecê-lo no elenco da factualidade dada como provada.

Todavia, a partir do momento em que a querela se centra nas putativas consequências nefastas, que a médio e longo prazo podem advir para a saúde humana destas LMAT, instaladas nas proximidades, ou sobre zonas urbanas de forte densidade populacional, gera-se a controvérsia. O facto das linhas elétricas sujeitarem um núcleo alargado de pessoas a uma exposição diária, eventualmente permanente, a campos elétricos e eletromagnéticos – cujos efeitos na saúde, pelo menos no longo prazo, são ainda desconhecidos pela ciência – tem estado na origem do desenvolvimento de centenas de estudos científicos um pouco por todo o mundo, existindo conclusões, permita-se-nos a expressão coloquial, *para todos os gostos*<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Podem estar em causa dois grandes tipos de incerteza: *incerteza epistémica*, que advém do facto de nem sempre sabermos tudo o que é possível saber sobre a realidade, pelo que pode ser colmatada com a realização de mais estudos; e *incerteza ontológica*, resultante de uma auto-consciencialização do Homem quanto à sua capacidade limitada para apreender cognitivamente a complexidade e imprevisibilidade de muitos dos fenómenos que nos rodeiam. Por todos, *cf.* RANDALL, Alan, *Risk and Precaution*; Cambridge: Cambridge University Press, 2011; pp. 64-67 e 123.

<sup>63</sup> *Cfr.* JONES, Judith e BRONITT, Simon “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*; Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006; p. 138.

<sup>64</sup> Naturalmente que importa *separar o trigo do joio*, e encarar como válidos e atendíveis somente os estudos científicos de instituições que cumpram os mais rigorosos critérios de independência e credibilidade, atuem de acordo com parâmetros genericamente aceites pela comunidade científica e cujos resultados estejam sujeitos à revisão

Não obstante a grande maioria dos estudos concluir pela segurança da exposição aos campos elétricos e eletromagnéticos abaixo de determinados valores-limite, e de normalmente os valores-limite de exposição, impostos por via legal e regulamentar<sup>65</sup>, serem bastante mais baixos do que esse patamar mínimo de segurança, também não deixa de ser verdade que a Organização Mundial de Saúde (entidade altamente credível, da qual fazem parte quase duas centenas de países), ter dito em 2002, e reafirmado em 2007, que “existe uma evidência limitada para a cancerigenidade humana dos campos magnéticos de Baixa Frequência relativamente à leucemia infantil”<sup>66</sup>.

Tudo ponderado, do nosso ponto de vista, estamos *in casu* perante um dos domínios de eleição do princípio da precaução<sup>67</sup>, na medida em que este princípio revela-se especialmente apto a lidar com cenários hipotéticos de riscos graves para a saúde humana e para o meio ambiente, relativamente aos quais as ciências ditas exatas, ainda não tenham logrado encontrar um consenso relativamente generalizado. O seu propósito fundamental é, portanto, assegurar que estas situações de incerteza científica não sejam mobilizadas como justificação para que nada seja feito, impondo a adoção de medidas de cautela, adequadas e proporcionais.

Como explica Nicolas de SADELEER, podemos idealizar uma hierarquia dos níveis de risco, onde é possível distinguir três categorias: os *riscos residuais*, que sendo inerentes à própria vida, não requerem a adoção de quaisquer medidas regulatórias; os *riscos certos*<sup>68</sup>, que recaem no âmbito do princípio da prevenção; e os *riscos incertos*, subjacentes à aplicação do princípio da precaução<sup>69</sup>. Como a matéria dos riscos inerentes às LMAT continua a merecer ampla discussão<sup>70</sup>, não nos restam dúvidas a propósito da observância dos pressupostos de aplicabilidade do princípio da precaução.

De igual forma estamos seguros quanto à viabilidade da tese sustentada pela Recorrente, no concernente à inversão do ónus da prova. Com efeito, cremos estar confrontados, no caso vertente, com uma daquelas situações em que a distribuição dos encargos probatórios segundo o critério geral fixado no art. 342.º do CC (aplicável *ex vi* do art. 1.º do CPTA), gera uma autêntica assimetria probatória entre os litigantes, onerando excessivamente a Demandante (uma pequena freguesia, parca em recursos financeiros e acesso a dados pertinentes), em detrimento da Demandada REN (empresa altamente lucrativa, que detém o monopólio nacional do *know-how* em matéria de transporte de energia elétrica).

Exigir, ao abrigo do disposto no n.º1 do art. 342.º do CC, que a Recorrente reúna prova científica bastante, dos efeitos potencialmente adversos, que a médio e longo prazo podem advir para a saúde dos cidadãos, devido à proximidade das LMAT aos núcleos populacionais, significa impor-lhe uma verdadeira *diabolica probatio*. Por sua vez, dos

---

de pares. O que também não significa que opiniões científicas minoritárias não devam merecer um olhar atento.

<sup>65</sup> Cfr. Portaria n.º 1421/2004, de 23 de Novembro, na qual se fixam restrições básicas e níveis de referência quanto à exposição a campos eletromagnéticos; e o Regulamento de Segurança de Linhas Elétricas de Alta Tensão, aprovado pelo Decreto Regulamentar n.º 1/92, de 18 de Fevereiro, e a este anexo, no qual também se consagram princípios básicos e distâncias mínimas a respeitar na instalação das referidas linhas elétricas.

<sup>66</sup> Cfr. SÁ, José Pinto de, *20 Perguntas Frequentes sobre Linhas de Alta Tensão e Saúde Pública*; Lisboa: Instituto Superior Técnico, Fevereiro de 2008; pp. 3 e 4. Disponível online em: <<https://dspace.ist.utl.pt/bitstream/2295/165268/1/FAQs%20sobre%20linhas%20de%20Alta%20Tensao%20e%20saude%20publica.pdf>>; [Consultado em 5-10-2013].

<sup>67</sup> Em sentido contrário, cfr. ALVOEIRO, José, “A projeção do princípio da precaução no transporte de energia elétrica de alta e muito alta tensão”, in Revista *JULGAR*, n.º 18, 2012; p. 73.

<sup>68</sup> Ou perigos – conceito que apela ao facto de normalmente existirem dados científicos consensuais sobre a ocorrência dos danos (por exemplo, probabilidade, frequência, causas, etc.).

<sup>69</sup> Cfr. SADELEER, Nicolas de, *Environmental Principles: from political slogans to legal rules*; Oxford, New York: Oxford University Press, 2008; p. 157.

<sup>70</sup> É interessante a leitura do manual publicado em 2002 pela OMC, *Estabelecendo um diálogo sobre Riscos dos Campos Eletromagnéticos*, disponível online para *download*, em português, no endereço: <<http://www.who.int/peh-emf/publications/riskportuguese/en/>>; [Consultado em 5-10-2013].

recorridos REN e MEI, apenas se esperava que se limitassem confortavelmente a refutar os dados apresentados, na senda do previsto no n.º 2 do art. 342.º do CC.

Sob a capa do respeito pela aplicação da lei, a injustiça de facto criada por esta distribuição completamente desequilibrada dos *onus probandi* entre os litigantes, dificilmente se poderá compatibilizar com a observância do princípio processual fundamental da igualdade substancial entre as partes (6.º do CPTA e art. 4.º do CPC), na sua dimensão concretizadora da igualdade de armas – um dos pilares essenciais do direito constitucional a um processo justo e equitativo, consagrado no art. 20.º, n.º 4, *in fine* da CRP.

Em nosso entender, estes argumentos afiguram-se mais do que suficientes para legitimar a inversão jurisdicional do ónus da prova<sup>71</sup>, suscetível de repor o equilíbrio de forças, a todos os títulos desejável, entre as partes da contenda. Negá-lo, como faz o Tribunal *a quo*, equivale a rejeitar uma das principais funções reconhecidas aos princípios normativos, e que consiste em corrigir os resultados perniciosos que, na prática podem resultar, de uma aplicação cega da lei, e portanto, significa retroceder aos idos tempos do positivismo legalista, em que os valores da segurança e da previsibilidade do direito prevaleciam sobre quaisquer outros.

A refutação da tese que perfilhamos por parte do Coletivo, invocando a falta de arrimo legal para proceder à propalada inversão na repartição dos encargos probatórios, constitui, salvo o devido respeito, mais uma falácia. Como bem nota Artur CARPES: “A omissão da lei não justifica a omissão do juiz (...)”<sup>72</sup>. Por nos parecer especialmente esclarecedor, não resistimos a citar o seguinte parágrafo do A.: “Não é possível crer – como ocorria à época do Estado liberal – que os direitos fundamentais devem se conformar à lei. A lei é que deve se conformar à Constituição e, nessa medida, a responsabilidade do juiz se revela muito maior do que meramente pronunciar as palavras da lei: deve ele trabalhar para conformar a lei à Constituição, criando estruturas procedimentais aptas a tornar efetiva a tutela jurisdicional à luz das circunstâncias do caso concreto”<sup>73</sup>. Temos então que a inexistência de lei que autorize a inversão dos ónus probatórios não pode constituir, quanto a nós, um óbice legítimo para que o juiz se recuse a repor o respeito pela principiologia substantiva pertinente.

Não colhe igualmente o argumento do Tribunal em como esta inversão precaucional na repartição dos ónus da prova seria “excessiva” ou “para além dos limites do razoável”, no sentido de afrontar os princípios constitucionais da proporcionalidade (art. 18.º, n.ºs 2 e 3 da CRP) e da liberdade de iniciativa económica privada (art. 61.º, n.º 1 da CRP), na medida em que estaria alegadamente a restringir em excesso o direito de defesa do réu e a onerá-lo com a prova da inocuidade da atividade económica, sujeitando-o assim, a uma verdadeira *diabolica probatio*.

De facto, a tese que propomos parece-nos perfeitamente razoável e sensata, desde logo, porque ao contrário de certos Autores, não a configuramos como um corolário automático do princípio da precaução<sup>74</sup>, mas tão-somente um mecanismo ao qual devemos recorrer de forma seletiva e equilibrada, consoante o exijam as circunstâncias do caso concreto<sup>75</sup> – nomeadamente, o desequilíbrio de facto criado entre os sujeitos quanto à repartição

<sup>71</sup> Também influi neste sentido o art. 493.º, n.º 2 do CC.

<sup>72</sup> Cfr. CARPES, Artur, *ob. cit.*, p. 108.

<sup>73</sup> Cfr. CARPES, Artur, *ob. cit.*, p. 109.

<sup>74</sup> Cfr. O’ RIORDAN, Timothy e CAMERON, J. “The precautionary principle in international law”, in *Reinterpreting the precautionary principle*; [eds.] O’ RIORDAN, T. e CAMERON, J.; Londres: Cameron May, 1994; pp. 15 e 16. No mesmo sentido parecem manifestar-se C. RAFFENSPERGER e N. MYERS. Cfr. RAFFENSPERGER, Carolyn, e MYERS, Nancy J., “Shifting Burdens: a Proposal for Tort Reform”, in *Precautionary tools for reshaping environmental policy*; Londres: the MIT Press, 2005; p. 299.

<sup>75</sup> Cfr. *Comunicação da Comissão relativa ao Princípio da Precaução, elaborada pela Comissão das Comunidades Europeias em Bruxelas*, em 2-2-2000. Cfr. COM (2000) 1 final, p. 22. Disponível online em: «<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:PT:PD>»; [Consultado em 23/04/2011].

das suas responsabilidades probatórias, em decorrência da aplicação estrita do critério legal – podendo, além do mais, traduzir-se somente na transferência de certos encargos, e não necessariamente numa inversão total. Em suma, a operatividade do mecanismo que defendemos está intrinsecamente mediada pelo princípio da proporcionalidade<sup>76</sup>.

Depois, não se nega à partida o desenvolvimento de toda e qualquer atividade econômica, suscetível de produzir impactos negativos, a ponto de exigir ao demandado a observância de um nível de risco zero – sabemos que semelhante exigência, essa sim radicalista, corresponde a um *paradigma utópico*<sup>77</sup>, que conduziria a uma paralisação inadmissível do funcionamento da sociedade. O que se exige, entre a adoção de outras medidas ditas precaucionais<sup>78</sup>, é a demonstração de que a atividade que se pretende levar a cabo (aqui, transporte e condução de energia elétrica em regime de alta e muito alta tensão), respeita o nível de risco que a sociedade, representada através dos seus decisores políticos (informados pelos dados científicos), define como sendo comunitária e ambientalmente admissível<sup>79</sup>.

No caso sob escrutínio, esse nível de risco aceitável é-nos dado pelos valores-limite de exposição aos campos elétricos e eletromagnéticos definidos legal e regulamentarmente, pois eles próprios cristalizam em si mesmos todo um processo de avaliação e gestão de riscos, compatibilizado com a necessidade de desenvolvimento da atividade econômica de transporte de energia elétrica, a salvaguarda da saúde dos cidadãos e a proteção do meio ambiente em redor.

Avançando a passos largos para a conclusão, o esquema de repartição dos encargos probatórios que defendemos ter sido o mais justo e equitativo no caso concreto é o seguinte. Em primeiro lugar, a Recorrente deveria demonstrar a observância dos pressupostos que chamam à colação o princípio da precaução, motivando o juiz a determinar a inversão do ónus da prova. Em consequência, seria sobre os Recorridos que impenderia o ónus de reunir provas suscetíveis de demonstrar a tolerabilidade social e ambiental da atividade econômica proposta, isto é, que a magnitude e extensão dos riscos inerentes à atividade em pareço apresentam uma probabilidade aceitável.

A nosso ver, lograriam desonerar-se desse ónus se demonstrassem a intenção de respeito escrupuloso pelos valores-limite de exposição às LMAT normativamente consagrados. Com efeito, se estes valores-limite de exposição resultarem de um processo de avaliação e gestão do risco devidamente desenvolvido, estiverem sujeitos a revisibilidade periódica e a sua aplicação efetiva for monitorizada, correspondem à aplicação da ALARA (*as low as reasonably achievable*), que constitui em si mesma uma medida precaucional. Por isso, se os limites de segurança legais forem integralmente respeitados na prática, então o Demandado logrou desonerar-se do ónus da prova que sobre ele impendia, mas a menos que a Recorrente consiga fazer contraprova bastante (*v.g.* desacreditando os estudos científicos que estão na base dos valores-limite legalmente previstos, mobilizando novos estudos que imponham uma distância de segurança superior relativamente às LMAT, ou demonstrem alternativas viáveis<sup>80</sup>).

<sup>76</sup> Cfr. SEGGER, Marie-Claire, e GEHRING, Markus, “The WTO and Precaution: sustainable development implications of the WTO asbestos dispute”, in *Journal of Environmental Law*, Vol. 15, N.º 3; Oxford University Press, 2003; p. 297.

<sup>77</sup> Cfr. TROUBORST, Arie, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*; The Hague, London, New York: Kluwer Law International, 2002; p. 15.

<sup>78</sup> Monitorização constante, revisão periódica dos dados científicos, medidas de compensação, etc..

<sup>79</sup> Segundo A. TROUBORST, exige-se a “demonstração, com um elevado grau de probabilidade, de que não irá ocorrer nenhum dano sério ou irreversível”. Cfr. TROUBORST, Arie, *ob. cit.*, p. 15.

<sup>80</sup> Uma das alternativas sugeridas pela Recorrente foi o enterramento da linha em determinados troços, proposta que foi rejeitada por constituir uma solução excessivamente onerosa para a REN (aumenta em muitos milhões os custos de instalação) e acarreta dificuldade técnicas superiores de manutenção da linha, para além de apenas travar os campos elétricos e não ter qualquer efeito quanto aos magnéticos.

A suceder assim, o resultado seria, naturalmente, o da improcedência do recurso (como aliás veio a suceder). Todavia, como se viu, defendemos a adoção de um percurso metodológico e fundamentação substancialmente distintos dos sufragados pelo TCA Sul.

Naturalmente que o desejável, numa sociedade verdadeiramente comprometida com o objetivo do desenvolvimento sustentável, seria a coragem para recusar projetos que acarretem impactos negativos significativos para o meio ambiente, qualidade de vida, e eventualmente saúde, dos cidadãos em seu redor – como sucede no caso concreto<sup>81</sup>. Optar deliberadamente por indeferir a implantação de uma segunda rede de fornecimento elétrico (alternativa no abastecimento energético à capital, em caso de falha da primeira), colmatando eventuais necessidades energéticas com o recurso a tecnologias renováveis, significaria que a nossa civilização já teria assumido para si própria a tarefa do *decrescimento controlado*<sup>82</sup>, indispensável para assegurar a sua própria viabilidade no longo prazo. Contudo, enquanto esse comprometimento não encontra voz audível no plano político, de onde emanam as diretrizes em matéria de gestão de risco<sup>83</sup>, este é o caminho que, quanto a nós, e no atual *status quo*, pode e deve ser trilhado.

## 5. Conclusão

Em suma, a despeito dos critérios estanques legalmente estabelecidos em matéria de distribuição do ónus da prova entre as partes, sempre que esteja em causa atribuir operatividade ao princípio da precaução, entendemos que deverá ser sobre o sujeito que materialmente se encontrar em melhores condições (técnicas, financeiras ou de facilidade de acesso à informação) de fazer prova sobre um determinado facto (ou que possuía o dever jurídico de reunir essas condições vantajosas), que deve impender o correlativo ónus de o provar. Sendo incapaz de lograr essa prova, será a sua ineptidão ou negligência a ser penalizada, pois assim o impõem os ditames da justiça.

O acolhimento desta inversão precaucional do ónus da prova no seio dos processos administrativos à semelhança do que já sucede padificamente no âmbito dos prodedimentos autorizativos, permitiria repor os valores da equidade processual e igualdade de armas entre as partes, do mesmo modo que constituiria um valioso contributo para a imprescindível proteção ecológica.

Ana Marta Neves

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas com menção  
em Direito Administrativo. Advogada-estagiária

## BIBLIOGRAFIA:

ALVOEIRO, José, “A projecção do princípio da precaução no transporte de energia elétrica de alta e muito alta tensão”, in Revista *JULGAR*, n.º 18, 2012; pp. 57-73.

ANTUNES, Luís F. Colaço, “O princípio da precaução: um novo critério jurisprudencial do juiz administrativo”, in *Para um Direito Administrativo de Garantia do Cidadão e da Administração – Tradição e Reforma*; Coimbra: Almedina, 2000.

ARAGÃO, Alexandra, “Princípio da Precaução: manual de instruções”, in *Revista do CEDOUA*, 2.2008, n.º 22, Ano XI, pp. 9-57.

<sup>81</sup> O acórdão admite-o na factualidade provada.

<sup>82</sup> A expressão é da A. Suzana T. da SILVA, nas “Considerações Introdutórias” à obra coletiva *Trajectórias de Sustentabilidade – Tributação e Investimento*; [Coord.] SILVA, Suzana Tavares da, e RIBEIRO, Maria de Fátima; Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Faculdade de Coimbra, 2013; p. 12.

<sup>83</sup> Cfr. SADELEER, Nicolas de, *Environmental Principles (...), ob. cit.*, p. 111.

\_\_\_\_\_, *O princípio do nível elevado de proteção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*; Coimbra: Almedina, 2006.

BECK, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo Mundial. En busca de la seguridad perdida*; Barcelona: Paidós, 2008.

CARPES, Artur, *Ônus Dinâmico da Prova*, Coleção Álvaro de Oliveira – Estudos de Processo e Constituição, 1; Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CARVALHO, Délton, “Aspetos epistemológicos da Ecologização do Direito: reflexões sobre a formação de critérios para a análise da prova científica”, in *SCIENTIA IURIDICA: Revista de Direito Comparado Português*, Tomo 59, n.º 324 (Out. /Dez. 2010), pp. 727-751.

CIERCO, César, “El Principio de Precaución”, in *Riesgos Colectivos y Situaciones de Crisis: el desafío de la incertidumbre*; [ed.] Ruano G., Juan; Coruña: Servicio de Publicaciones de la Universidad da Coruña.

*Comunicação da Comissão relativa ao Princípio da Precaução*, elaborada pela Comissão das Comunidades Europeias em Bruxelas, em 2-2-2000. Cfr. COM (2000) 1 final, p. 22. Disponível online em: «<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0001:FIN:PT:PD>»; [Consultado em 23/04/2011].

CREMASCO, Suzana, *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*; Rio de Janeiro: GZ editora, 2012.

FARIA, Rita, *A inversão do ónus da prova no direito civil português*; Lisboa: Lex, 2001.

FOSTER, Caroline, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tribunals. Expert Evidence, Burden of Proof and Finality*; Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

GARCÍA-CUERVA, Sílvia, “Las reglas generales del *onus probandi*”, in *Objeto y carga de la Prueba Civil*, Abel, Xavier, y Picó, Joan [Directores]; Barcelona: Librería Bosch, 2007; pp. 49-76.

GONÇALVES, Marco, *Dicionário Jurisprudencial de Processo Civil*, Vol. IV (I-O); Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

GOMES, Carla Amado, “O procedimento de licenciamento ambiental revisitado”, in *Revista O Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano 148.º, 2008 – IV, p. 1053-1085.

JONES, Judith e BRONITT, Simon “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*; Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006.

OST, François, *A Natureza à Margem da Lei. A ecologia à prova do direito*; [trad.] Chaves, Joana; Coleção Direito e Direitos do Homem; Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

PEREIRA, Pedro M., “Princípio da precaução: still nothing new (ou in dúvida pro coincidência) – Comentário ao Acórdão do STA de 2 de Dezembro de 2009”, in *Revista CEDOUA* 2.2008, n.º 22, Ano XI, pp. 144-152.

PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico; Direito Civil, Processual Civil e Organização Judiciária – Vol. I*; Coimbra: Almedina, 2010 (5.ª ed.).

RAFFENSPERGER, Carolyn, e MYERS, Nancy J., “Shifting Burdens: a Proposal for Tort Reform”, in *Precautionary tools for reshaping environmental policy*; Londres: the MIT Press, 2005.

RANDALL, Alan, *Risk and Precaution*; Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

RANGEL, Rui de Freitas, *O ónus da prova no processo civil*. Coimbra: Almedina, 2006; 3ª ed.

RIVERA, Rodrigo, *La Prueba: un análisis racional y práctico*; Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011.

ROSENBERG, Leo, *La Carga de la Prueba*; Krotoschin, Ernesto [trad.]; César, Julio [ed.]; Montevideo, Buenos Aires: editorial B de f, 2002 (2.ª ed. em Castelhana).

MARTINS, Ana G., *O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente*; Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

- MICHELLI, Gian A., *La Carga de la Prueba*; SENTÍS, Santiago M. [tradutor]; Bogotá: Editorial Temis, 2004.
- MÚRIAS, Pedro F., *Por uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova*; Lisboa: Lex, 2000.
- MUNTHE, Christian, *The Price of Precaution and the Ethics of Risk*; The International Library of Ethics, Law and Technology, Vol. 6; Londres e Nova Iorque: Springer, 2011.
- O' RIORDAN, Timothy e CAMERON, James, "The History and Contemporary Significance of the Precautionary Principle, in *Interpreting the Precautionary Principle*; [eds.] O' RIORDAN, Timothy e CAMERON, James; Londres: Cameron May, 1994.
- ORMAZABAL, Guillermo, *Carga de la Prueba y Sociedad del Riesgo*; Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- TROUWBORST, Arie, *Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*; The Hague, London, New York: Kluwer Law International, 2002.
- SÁ, José Pinto de, *20 Perguntas Frequentes sobre Linhas de Alta Tensão e Saúde Pública*; Lisboa: Instituto Superior Técnico, Fevereiro de 2008. Disponível *online* em: <<https://dspace.ist.utl.pt/bitstream/2295/165268/1/FAQs%20sobre%20linhas%20de%20Alta%20Tensao%20e%20saude%20publica.pdf>>; [Consultado em 05-10-2013].
- SADLEER, Nicolas de, "The effect of uncertainty on the threshold levels to which the precautionary principle appears to be subject", in *Environmental Principles in an Age of Risk: from political slogans to legal rules*; Oxford: Oxford University Press, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Environmental Principles: from political slogans to legal rules*; Oxford, New York: Oxford University Press, 2008.
- SEGGER, Marie-Claire, e GEHRING, Markus, "The WTO and Precaution: sustainable development implications of the WTO asbestos dispute", in *Journal of Environmental Law*, Vol. 15, N.º 3; Oxford University Press, 2003.
- AA. vários, SILVA, Suzana Tavares da, e RIBEIRO, Maria de Fátima [Coord.]; *Trajectórias de Sustentabilidade – Tributação e Investimento*; Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Faculdade de Coimbra, 2013.
- VARELA, Antunes, BEZERRA, J. Miguel, e NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil – de acordo com o D.L. n.º 242/85*; Coimbra: Coimbra Editora, 2004 (2.ª ed., reimp.).