

Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

**RISCO E MODIFICAÇÃO
DO ACTO AUTORIZATIVO
CONCRETIZADOR DE
DEVERES DE PROTECÇÃO
DO AMBIENTE**

Carla Amado Gomes

Dissertação de doutoramento
em Ciências Jurídico-Políticas
(Direito Administrativo)

Lisboa 2007

Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa

**RISCO E MODIFICAÇÃO
DO ACTO AUTORIZATIVO
CONCRETIZADOR DE
DEVERES DE PROTECÇÃO
DO AMBIENTE**

Carla Amado Gomes

Dissertação de doutoramento
em Ciências Jurídico-Políticas
(Direito Administrativo)

Lisboa 2007

Edição da Autora

www.facebook.com/carlamadogomes

e-mail: carlamadogomes@fd.ul.pt

Edição digital (e-book)

Lisboa - Setembro de 2012

ISBN: 978-989-98015-0-9

NOTA PRÉVIA

1. Há mais viagens que destinos. Se esta é uma “verdade verdadeira” na vida em geral, é-o mais intensamente quando aplicada ao (meu) percurso de investigação em particular. Um objectivo de investigação pode desdobrar-se em miríades de temas, interesses, curiosidades, cuja pesquisa é tão sedutora como distractiva do motivo principal. O texto que ora se publica e que constitui a minha dissertação de doutoramento, revela essa atracção por subtemas a que tentei, com alguma dificuldade, conferir uma unidade que reflectisse a minha visão sobre um problema do Direito Administrativo geral (a modificabilidade do acto administrativo) a partir de premissas muito particulares sobre o problema do objecto do Direito do Ambiente (conjunto de normas relativas à gestão racional dos bens ambientais naturais), através de um factor transversal ao Direito: o risco. A benefício do leitor, espero que as viagens empreendidas ao longo do texto o seduzam para os destinos de investigação esboçados...

2. A tese foi objecto de discussão pública em 12 de Fevereiro de 2007. Aos Srs. Professores Rui Medeiros e Paulo Otero, arguentes do trabalho, desejo reeditar os agradecimentos que expressei na altura, não só pela sua presença — que prestigiou as provas —, como pela leitura atenta e crítica que fizeram da tese. Foi especialmente gratificante para mim prestar provas perante Professores que me acompanharam durante a licenciatura e o mestrado e que sempre me manifestaram o seu apoio e estímulo à opção de vida académica por que envederei. Permita-se-me que sobreleve dois: o Sr. Prof. Doutor J. M. Sérvulo Correia, mais que meu orientador de tese, foi a pessoa que me incentivou a redigir o primeiro texto (sobre impugnação de regulamentos), na sequência da oral de melhoria de nota na disciplina de Contencioso Administrativo, no ano lectivo de 1992/93 que com ele (e com o Professor Paulo Otero) realizei; o Sr. Prof. Doutor Jorge Miranda, que com o brilho das suas aulas me cativou para o Direito Público desde o 1º ano do Curso, e com a sua estima e sabedoria tem constituído o “anjo da guarda” na minha curta carreira.

3. Tive, além dos apoios referidos, a sorte e o privilégio de contar com a ajuda de muitos outros Professores e colegas que a exiguidade deste espaço me não permite nomear. Há, contudo, pessoas que não posso deixar de referenciar, pela amizade e apoio que me manifestaram sempre: o Sr. Professor João Caupers, leitor atento e crítico dos meus primeiros textos; o Sr. Dr. João Martins Claro, leitor e questionador dos meus últimos textos, de entre os quais esta tese; o Sr. Professor Vasco Pereira da Silva, responsável pelo meu interesse pelo Direito do Ambiente, incansável crítico das minhas posições, vivo nos debates e carinhoso nos incentivos; o Sr. Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, por toda a confiança, amizade, estímulo que me dedicou e dedica.

No âmbito desta dissertação, foram ainda determinantes para os méritos que possua, o Dr. António Araújo, cujas sugestões de leitura se revelaram preciosas; o Prof. Doutor Jorge Reis Novais, que me tentou demover da tese negativista do direito ao ambiente e só fortaleceu a minha convicção (!); a Filipa Calvão, com quem passei muitas horas ao telefone a debater os dilemas da modificação do acto administrativo... E todos aqueles que me ouviram – amigos, colegas, alunos – e nunca deixaram de me conceder uma palavra de estímulo e solidariedade na travessia do deserto que constitui a redacção de uma tese de doutoramento.

4. Agradecimentos institucionais devo: ao Conselho Científico da Faculdade de Direito de Lisboa, que me concedeu dispensa de serviço docente com vista à elaboração da tese; à Fundação Calouste Gulbenkian, que me atribui três bolsas de curta duração que subsidiaram três agradabilíssimas expedições bibliográficas a Heidelberg; ao Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de Heidelberg, pelas excelentes condições de investigação que me proporcionou nos Agostos de 2001, 2002 e 2003; às Bibliotecas da Procuradoria Geral da República, do Tribunal Constitucional, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, da Faculdade de Direito de Lisboa, nas pessoas dos seus responsáveis e funcionários, pela simpatia e solicitude que me dispensaram e dispensam.

5. Qualquer investigação pode ser aperfeiçoada ad aeternum. No entanto, assumindo embora as imperfeições deste trabalho, a minha obrigação de académica impõe a sua publicação. O texto corresponde, no essencial, àquele que foi objecto de discussão, ressalvada a definição da figura da “revisão” do acto administrativo. As observações formuladas pelo Professor Paulo Otero levaram-me a trabalhá-la um pouco mais; contudo, estou ciente de que as definições existem para ser constantemente melhoradas, gozando dos influxos quer da reflexão teórica quer dos desafios da vida prática, que levam as noções muito além da imaginação dos teóricos e práticos do Direito... Não será a última palavra, mas foi a formulação possível em finais de Fevereiro de 2007, data do envio do texto para a editora. É a este momento que devem reportar-se, pois, os retoques, legislativos, doutrinários e outros, que a dissertação mereceu.

Introdução

1. Apresentação do tema e das razões da sua escolha

O ambiente é um assunto que, pelas piores razões, entrou no mundo jurídico nos anos 70 do século passado e tem-se mantido “na moda” desde então. Debatem-se à saciedade problemas como a destruição da camada de ozono, a gestão da água potável, a desertificação dos solos, o desaparecimento de milhares de espécies, animais e vegetais. Realizam-se conferências, promovem-se manifestações, celebram-se convenções sobre a protecção do ambiente. Criam-se Ministérios e serviços especializados com vista à prossecução de políticas de conservação da natureza, gestão de recursos naturais, de promoção dos valores ambientais. Não há jornal, diário ou semanário, nem revista de actualidades que dispense uma rubrica sobre a protecção do ambiente. Até a indústria cinematográfica se vem rendendo ao tema, com filmes mais intimistas (como *Gorillas in the mist*, 1989) ou mais populares (*The day after tomorrow*, 2004). Os juristas, na dupla qualidade de profissionais do Direito e de cidadãos, não lhe poderiam ser indiferentes.

Em Portugal, a adesão à Comunidade Europeia, formalizada pelo Tratado de Adesão de 12 de Junho de 1985, constituiu o impulso determinante para a adopção de políticas de protecção do ambiente – apesar de a Constituição de 1976 ter sido uma das pioneiras na consagração do “direito ao ambiente” e na qualificação da protecção do ambiente como uma “tarefa estadual” (mais claramente a partir de 1982, data em que passou a integrar o elenco do artigo 9º). No entanto, apesar de se terem verificado melhorias acentuadas, estamos longe de ter alcançado metas assinaláveis, como o demonstram as frequentes notícias sobre descargas poluentes em rios, sobre destruição de espécies protegidas, sobre a larga ultrapassagem do compromisso de redução das emissões de gases com efeito de estufa, no âmbito do Protocolo de Quioto...

A protecção do ambiente é uma tarefa em vários sentidos “larger than life”: não só porque se projecta *ad infinitum*, durante o tempo em que a espécie humana conseguir sobreviver no planeta Terra – numa dimensão *intergeracional* –, como tam-

bém porque implica uma reconversão dos modelos de desenvolvimento económico, hoje, já, numa tentativa de os conter em face da depauperação dos recursos naturais gerada pelo seu funcionamento desregrado. Esta segunda dimensão — *intrageneracional* — obriga os operadores a abdicar das tradicionais margens de lucro em favor da incorporação de técnicas de minimização dos efeitos poluentes, e os cidadãos a reorganizar os seus hábitos de vida e de consumo, num esforço de interiorização dos valores ambientais. A “revolução de mentalidades” é, destarte, o primeiro passo para uma política ambiental bem sucedida.

Esta foi uma das razões que nos levou a desconfiar da fórmula do “direito ao ambiente”, quando em 1999 nos debruçámos tentativamente sobre o Direito do Ambiente¹. A sedução provocada pela dimensão subjectiva avançada no artigo 66º/1, 1ª parte, da Constituição, afigurou-se menos eficaz para promover a alteração comportamental que o Direito do Ambiente demanda. Conceder um “direito” e estabelecer a responsabilidade primacial das entidades públicas no tocante à protecção ambiental pareceu-nos um passo seguro no sentido da desmobilização dos cidadãos para tal desígnio, apanhados na letargia do Estado providência e confiantes na assunção do protagonismo sempre por terceiros.

As suspeitas iniciais, quase intuitivas, foram-se confirmando progressivamente à medida que a investigação avançava. Então, mais do que o contexto sociológico, eram as premissas jurídicas a falhar, na qualificação do alegado “direito ao ambiente”. A constatação do esvaziamento de tal posição jurídica encontrou, todavia, uma “contrapartida” na verificação do preenchimento do segundo segmento para que o artigo 66º/1 da Constituição aponta: o dever de protecção do ambiente. Com efeito, se é verdade que a ausência de objecto específico resulta na inexistência do “direito” (embora não vede a configuração de um interesse de facto), já o dever é susceptível de diferentes níveis de densificação, consoante o grau de risco ambiental que a actividade do sujeito envolver.

Afigurando-se mais que justificada a actualidade e interesse da problemática da protecção ambiental, forçoso é confessar que a primeira das razões da “construção” do tema desta dissertação foi a convicção da necessidade da desmontagem da *ilusão de óptica* que representa a fórmula — bem intencionada, de resto — do “direito ao ambiente”, e da refocalização da posição jurídica a que alude a 2ª parte do nº 1 do artigo 66º da Constituição. Ambas as questões têm consequências práticas e jurídicas: a desconsideração do “direito ao ambiente”, por um lado, faz sobressair os direitos que lhe estão subjacentes, recentrando os conflitos e as pretensões na sua dimensão subjectiva e permitindo discernir tais hipóteses dos verdadeiros exemplos de tutela ambiental, que se prendem com a prevenção, cessação e ressarcimento de ofensas a bens ambientais naturais, com as consequências — substantivas, procedimentais e processuais — que tal diferenciação, enquadrada sob a perspectiva do interesse de fruição de bens colectivos, acarreta.

¹ Esta primeira incursão aconteceu na sequência de um convite do Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva para assegurar uma aula do 1º Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídico-Ambientais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano lectivo de 1998/99. Dessa aula resultaria o trabalho *As operações materiais administrativas e o Direito do Ambiente* (1ª ed., Lisboa, 1999), no qual, a pp. 20 segs, se tratou a figura do “direito ao ambiente”, então ainda vislumbrando na norma constitucional um “direito-dever”.

Por outro lado, a insistência na óptica do dever de protecção do ambiente é não só mais consentânea com a lógica de solidariedade que deve presidir ao aproveitamento comunitário racional dos bens ambientais naturais — lógica essa expressamente enunciada na Lei Fundamental [vide a alínea d) do artigo 66º/2 da Constituição] — e da promoção de uma atitude de cidadania responsável que a acompanha, como se revela mais adequada a explicar o conteúdo das posições jurídicas dos particulares, consoante as actividades que desenvolvam, relativamente à preservação do meio natural e ao aproveitamento racional dos bens que o compõem.

O fenómeno do risco surge, assim, naturalmente interligado com a questão da conformação das posições jurídicas que veiculam a utilização, directa ou indirecta, dos bens ambientais por entidades públicas e privadas. Porque o risco é uma grandeza ineliminável numa sociedade livre e democrática, e a prevenção do risco ambiental se agigantou em tarefa pública desde finais do século passado, a conformação administrativa de actividades que impliquem risco de lesão de bens ambientais naturais, desenvolvida externamente através da actividade autorizativa, apresenta-se como a forma preferencial de concretização dinâmica dos deveres de protecção do ambiente a cargo dos operadores económicos.

O tema do risco, embora não alheio ao Direito (pense-se, desde logo, na área dos seguros), é sobretudo caro aos economistas, que utilizam a avaliação do risco como instrumento de compreensão do funcionamento dos mercados financeiros². Também os sociólogos lhe têm dedicado especial atenção, depois de Ulrich Beck ter inventado a “sociedade de risco” — sucessora da “sociedade industrial” —, caracterizada pela globalização do risco³. O 11 de Setembro (de 2001) e a revelação de um terrorismo tentacular conferiram absoluto protagonismo ao problema da avaliação dos riscos para a segurança das pessoas⁴, embora crises alimentares (europeias) como a da “doença das vacas loucas” ou do “frango com toxinas” já tivessem feito soar o alarme, com menor espectacularidade. Mais recentemente, a devastação provocada pelo furacão *Katrina* reavivou o debate sobre os efeitos da destruição da camada de ozono, enfatizando a dimensão global do risco ambiental.

A análise do tema do risco que empreendemos nesta dissertação é tendencialmente jurídica. Há pontuais apreciações sociológicas — introduzidas numa tentativa de realçar os dilemas enfrentados pelas autoridades investidas na responsabilidade de gerir riscos públicos — e praticamente nenhuma referência à teoria económica. A preterição de obras de doutrina anglosaxónica em favor do recurso à doutrina alemã encontra a sua explicação, precisamente, no enfoque predominantemente jurídico adoptado pelos juspublicistas germânicos, ao contrário do discurso de teoria económica utilizado por autores britânicos e norte-americanos — discurso que não dominamos.

Ensaia um enquadramento jurídico da prevenção do risco tecnológico — é esse que nos interessa, em razão dos desafios que coloca relativamente à lógica tradicional de prevenção de perigos, naturais ou outros, assente em regras de experiência,

² Cfr. a obra de referência de P. BERNSTEIN, *Against de Gods: the remarkable story of risk* (1996).

³ U. BECK, *Risk society. Towards a new modernity* (1992).

⁴ Cfr. A. BIANCHI, *Managing the risk of international terrorism*, in *REDP*, 2003/1, pp. 151 segs.

estudo de precedentes e análise estatística – exigiu uma abordagem do “princípio” da precaução. Qualquer que seja o enunciado do “princípio”, o substracto que lhe está subjacente prende-se com a prevenção antecipada e alargada dos riscos tecnológicos, a qual convoca a intervenção de especialistas, fomenta a abertura do procedimento autorizativo à participação pública, induz o reforço dos princípios da imparcialidade e proporcionalidade como fundamentos da decisão. O princípio da proporcionalidade assume um relevo especial, na medida em que a incerteza que envolve os procedimentos que desembocam em decisões autorizativas de concretização de deveres de protecção do ambiente deve ser sopesada de forma a não aniquilar as faculdades do titular da autorização salvaguardando, todavia, na medida do tecnicamente possível, os bens jurídicos, públicos e privados, para cuja tutela aponta a norma habilitante.

A segunda razão que presidiu à “construção” do tema da dissertação foi, destarte, a vontade de articular a protecção do ambiente, enquanto tarefa simultaneamente pública e privada, com o problema da gestão do risco através da concretização de deveres de não agressão e de promoção da qualidade dos componentes ambientais naturais. Partindo-se de uma postura que faz primar a liberdade sobre a segurança – sendo certo que este conflito se fará sentir mais agudamente no plano da salvaguarda da saúde e não tanto do ambiente –, pretendemos iluminar a relação de “amor/ódio” entre a sociedade tecnológica e o risco, que apela, em primeira linha, à tomada de posição do legislador no sentido de delimitar as fronteiras entre risco tolerável e intolerável e, em segunda linha, à intervenção da Administração no que toca à operacionalização dos critérios de gestão do risco – escassamente – enunciados na norma habilitante.

A ênfase na dimensão do dever de protecção do ambiente, cruzada com o tema da prevenção do risco, conduziu-nos à figura da autorização – *rectius*, ao modelo da proibição sob reserva de permissão – como instrumento de conformação das faculdades contidas no direito de iniciativa económica privada/de investigação científica e de obrigações várias de protecção do ambiente que lhe estão acopladas. E aí enunciámos a questão central deste trabalho: que estabilidade detém uma autorização ambiental emitida com base em pressupostos de facto envoltos em incerteza? A pergunta é dilacerante, na medida em que o acto autorizativo, entendido na perspectiva tradicional, traduz uma mera confirmação administrativa da conformidade do exercício de uma determinada actividade com o interesse público, tornando-o imune a quaisquer alterações, objectivas ou subjectivas, invocadas pela Administração. Hoje, todavia, o fenómeno do risco introduz no campo dos actos autorizativos uma dose de instabilidade que os faz perder o seu estatuto de “intocáveis”.

A terceira razão desta investigação – ou a primeira, uma vez que, quer a translação do “direito ao ambiente” para o dever de protecção do ambiente, quer a análise do fenómeno do risco, funcionam como premissas da equação final – prende-se, destarte, com a necessidade de enquadrar juridicamente uma dinâmica de revisão dos deveres de protecção do ambiente ínsitos nos actos autorizativos ambientais em razão da eclosão de novas formas de risco ou de novas técnicas da sua gestão, passíveis de imposição unilateral – ainda que com eventuais contrapartidas – ao titular daqueles. A “fuga” ao regime da revogação previsto no Código do Procedimento Administrativo – sempre que a lei habilitativa nada estabeleça a título especial – leva-nos ao encontro do instituto da alteração das circunstâncias, consagrado no Código

Civil depois de uma ressurreição promovida pelo Direito Administrativo, sob a veste da teoria da imprevisão.

Dir-se-á que é um longo caminho para alcançar tal desfecho. Que o *passeio* pela teoria dos direitos fundamentais (*rectius*, dos deveres), empreendido na Primeira parte, e o excuro pela matéria da avaliação e gestão do risco, desenvolvida na Segunda parte, poderiam ter sido compactados. Que a protecção do ambiente serve como pretexto para analisar questões que respeitam à teoria geral do Direito Administrativo, como o papel do Estado na prevenção de riscos, o ascendente do Executivo no plano da gestão do risco, as mutações procedimentais que o fenómeno do risco induz, as transformações sofridas pela figura da autorização, enfim, o regime da revogação dos actos administrativos. Que a investigação é, por isso, insusceptível de uma delimitação clara, abrindo caminhos especulativos mais do que fechando equações problemáticas.

Tudo isso será, de certa forma, verdade. Mas a opção foi consciente — ou seja, não foi uma “surpresa” desvendada no percurso da investigação, quando o demasiado caminho percorrido impossibilitava a inversão/correção do sentido da mesma —, e teve, desde o início, um objectivo primordial (e alguns acessórios): o da concepção de um sistema explicativo da instabilidade da relação jurídica ambiental e do mecanismo de operacionalização dessa mutabilidade (eventualmente transponível para outras realidades — *maxime* de idêntica natureza, como a saúde pública ou o património cultural).

Julgamos, salvo melhor opinião, ter concretizado tal desígnio, com vista ao qual foi forçoso empreender uma investigação transversal, com todo o estímulo e desequilíbrio que tal opção implica. Estímulo, dado que o resultado alcançado se destaca de qualquer outro já elaborado, revelando uma específica compreensão do Direito do Ambiente e dos “matizes” que introduz na teoria geral do Direito Administrativo. Desequilíbrio, em virtude do tratamento desigual das matérias, umas vezes mais, outras vezes menos aprofundado. Esperamos, no entanto, ter conseguido despertar e demonstrar o interesse, teórico e prático, dos temas abordados, e estar a contribuir para a sua discussão futura.

2. Da sequência adoptada

A investigação, como já avançámos, está dividida em três Partes, cada uma com dois capítulos (finalizados por breves sínteses). Na **Parte I**, quisemos desvendar a verdadeira natureza das posições jurídicas acolhidas pelo artigo 66º/1 da Constituição. Tal tarefa seria dispensável caso as conclusões se revelassem idênticas às dos autores que até agora se têm debruçado sobre a questão. Mas, não só a nossa posição surge isolada no contexto nacional — embora não, como se verá, ao nível comparado —, como a acentuação da tónica do dever e a “degradação” do direito subjectivo em “mero” interesse de facto têm consequências no plano da compreensão da realidade ambiental e dos sujeitos e formas da sua protecção. A eventual exaustividade argumentativa prende-se com a necessidade de fundamentar uma posição claramente minoritária, embora seja a única que, em nossa opinião, confere sentido útil, quer ao artigo 66º/1 da Constituição, quer ao imperativo de tutela ambiental que decorre desde logo do artigo 9º/e) da Lei Fundamental (e também do nº 2 do artigo 66º citado), estabelecendo a responsabilidade partilhada de preservação e promoção da qualidade dos componentes ambientais naturais. Esta descodificação será levada a cabo no **Capítulo I**.

O **Capítulo II** versa sobre as características do dever de protecção do ambiente. Tentámos identificar o fundamento, o(s) objecto(s), os sujeitos, a(s) estrutura(s) do dever fundamental de protecção do ambiente, descrevendo de seguida os traços essenciais do regime a que se submete este dever. Sendo um tema bastante tratado em obras estrangeiras – e tendo merecido a atenção recente de CASALTA NABAIS na sua dissertação de doutoramento⁵ –, as nossas observações limitaram-se a procurar contextualizar o tema em sede especificamente ambiental.

Identificada a verdadeira natureza das posições jurídicas envolvidas em relações jurídicas de Direito do Ambiente, cumpria apresentar o “vilão” da história, responsável pela instabilidade existencial de que tais relações padecem. Na **Parte II**, entra em cena o risco. O **Capítulo I** dedica-se a tentar definir-lhe os contornos – *maxime*, na dimensão ambiental – e a explicar porque se tornou a antecipação de riscos uma tarefa inalienável do Estado hodierno. Impossível seria ignorar aqui a controvérsia gerada pela emergência do “princípio da precaução”, que coloca todas as entidades encarregadas da gestão de riscos públicos perante o dilacerante dilema: deve a segurança preferir à liberdade? A resolução – *rectius*: análise – dos termos desta equação ocupa a parte final do Capítulo e permite fazer a ponte com o seguinte.

No **Capítulo II** apresentam-se as soluções possíveis para alcançar patamares aceitáveis de prevenção de riscos. À técnica, principal responsável pela pulverização de riscos no domínio do ambiente (e não só), exigem-se respostas para atalhar aos novos riscos pela mesma gerados. A invasão dos procedimentos de avaliação e gestão dos riscos pela técnica vai colocar delicadas questões em sede de legitimação das decisões, quer no plano interno – com a necessidade crescente do recurso a especialistas na elaboração da lei e na sua aplicação pela Administração gestora de riscos –, quer, surpreendentemente (ou não) no plano externo, sempre que tais tarefas influam na regulação do comércio internacional, e/ou da concorrência, no espaço comunitário.

A decisão sobre o risco afronta um dos pilares do Estado de Direito – o princípio da reserva de lei – em várias frentes: não só se verifica uma *deslocalização* da decisão sobre o risco, como uma *desmaterialização* da lei enquanto sede densificante dos critérios pelos quais se há-de pautar a Administração no sentido da melhor prevenção de riscos públicos. Esta evolução afigura-se difícil de inverter, mas não impossível de controlar. As compensações que recenseámos são de duas ordens: por um lado, no plano interno, a acentuação da vinculação administrativa aos princípios da igualdade (nomeadamente, na elaboração de directivas que fixem com a estabilidade e segurança possíveis os parâmetros técnicos a observar na emissão das decisões autorizativas conformadoras de deveres de protecção do ambiente) e da proporcionalidade (balanceando a incerteza em atenção aos valores em presença). Por outro lado, no plano externo, a afirmação das obrigações de legitimação procedimental da decisão em cenários de incerteza e da admissibilidade de controlo jurisdicional da mesma, conquanto limitado.

O Capítulo termina com uma breve enunciação das fases do procedimento das “*Risikoentscheidungen*”, realçando a sua característica mais original: a revisibilidade. É o mote para a parte final da investigação.

⁵ J. CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 1998 (Parte I).

Na **Parte III** fechamos o círculo. Depois de ter demonstrado que a protecção do ambiente se constrói a partir da tónica do dever e que a conformação dos deveres de protecção do ambiente se desenvolve sob pressupostos de incerteza, restava analisar o instrumento que mais nitidamente expressa o equilíbrio instável entre a necessidade de salvaguardar a gestão racional dos bens ambientais naturais e de garantir um nível de desenvolvimento económico compatível com as aspirações das populações. Dedicamos então o **Capítulo I** à figura da autorização – ou, como se verá, à figura que traduzir a adopção de uma política de proibição sob reserva de permissão, essencial à preservação ambiental – e às peculiaridades procedimentais induzidas pelo imperativo de ponderação dinâmica do conteúdo dos deveres de protecção do ambiente. A instabilidade da relação autorizativa provocada pelo risco, bem como a natureza do bem jurídico em presença, incrementam a complexidade do procedimento autorizativo e acentuam a necessidade de banir, totalmente, se possível, as decisões silentes.

Uma vez demonstrada a incapacidade de manutenção da crença na intangibilidade das decisões autorizativas emitidas num cenário de incerteza, abordaremos, no **Capítulo II**, a questão da compatibilização entre a necessidade de adaptação do conteúdo dos deveres de protecção do ambiente aos novos factores de risco emergentes durante a vida da autorização e a confiança depositada pelo titular desta na regulação inicialmente estabelecida. Depressa nos apercebemos da impossibilidade de compreensão desta realidade através dos cânones tradicionais, muito apegados ainda à noção de “actos constitutivos de direitos” – apesar das várias investidas doutrinárias contra a resistente fórmula. Urgia encontrar uma solução de recurso, na falta de uma tomada de posição do legislador relativamente ao estreito regime de revogação consagrado na lei procedimental administrativa.

Chegámos a tal “saída” através da extensão da teoria da imprevisão ao domínio dos actos administrativos. Depois de termos procedido à identificação histórica da separação entre poder de modificação unilateral e imprevisão, concluímos que a segunda, porque recupera um instituto de aplicação transversal (ao Direito Privado e ao Direito Público), o qual introduz um mecanismo de reposição da equidade em sede contratual mas se funda, essencialmente, num princípio de congruência entre a regulação jurídica e o facto da vida, é plenamente aplicável no domínio das decisões autorizativas, dando vida à figura da “revisão”. O Capítulo termina com um esboço do regime desta noção e algumas notas sobre o controlo jurisdicional da competência revisória administrativa.

Finalizamos a investigação com a formulação de breves considerações conclusivas, não alheias às incertezas semeadas ao longo da exposição. O sistema que ensaiamos não será o único – e não contém, decerto, as soluções últimas. Ou não fosse este um “caminho” académico...

Parte I

Direito ao ambiente ou dever de protecção do ambiente?

Capítulo I

O(s) sentido(s) do *direito ao ambiente*

0. Preliminares

A ideia de um “direito ao ambiente” é fruto do “despertar ecológico”⁶ de finais da década de 60 do século XX⁷. Foi um despertar violento do sonho de abundância que pontificara até aí, para um cenário de degradação e escassez dos recursos naturais, que acidentes como a contaminação da baía de Minamata por resíduos industriais, o derrame de petróleo proveniente de uma plataforma de extracção, na Califórnia, ou os naufrágios dos petroleiros *Torrey Canyon*, *Arrow* e *Zoe Colocotroni*, todos eles causadores de danos graves nos ecossistemas marinhos, vieram desencadear. A crença na natureza como fonte inesgotável de utilidades desvanecia-se, dando lugar a uma preocupação crescente com a preservação dos bens ambientais, suporte essencial da vida no planeta.

⁶ A. KISS, *La protection de l’environnement en Europe*, in *AE*, XXX (1982), pp. 75 segs, 76.

⁷ Para uma perspectiva da *pré-história* do Direito Internacional do Ambiente, que remonta ao final do século XIX, A. KISS e D. SHELTON, *International Environmental Law*, 2ª ed., Nova Iorque, 2000, pp. 55 segs (caracterizada pela elaboração de tratados sectoriais, cujo objectivo primordial era o aproveitamento económico conjunto de alguns bens ambientais).

⁸ T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El medio ambiente en la Constitución española*, in *DocA*, nº 190, 1981, pp. 337 segs, 337.

Surgia uma nova causa mundial, mobilizadora de uma opinião pública arrancada do torpor dos mornos anos 60 por acontecimentos tão profundamente convulsivos como a guerra do Vietname ou as crises académicas, cujo símbolo foi o Maio de 68, em França. O *ambiente* era propício a fazer da protecção do ambiente uma nova forma de estar na vida, expressão de uma certa “rebeldia”⁸ directamente apelante à “capacidade de transcendência” de cada pessoa⁹. Paralelamente, os novos Estados saídos dos movimentos descolonizadores invocaram a protecção do ambiente como sinónimo de incremento da qualidade de vida das suas populações, inserindo o “direito ao ambiente” no amplo espectro do recém-descoberto “direito ao desenvolvimento”.

Foi, portanto, num contexto de grande entusiasmo e comoção colectiva, que o ambiente *entrou no mapa jurídico*. Tal penetração contribuiu, em primeira linha, para a discussão e elaboração de uma lista de deveres dos Estados que permitisse travar a degradação em curso e prevenir a eclosão de mais danos, de consequências irreversíveis para os ecossistemas e, conseqüentemente, para a Humanidade: deveres de cooperação no sentido de evitar a poluição transfronteiriça, desde logo, aos quais se juntaram várias outras vinculações, de conteúdo mais ou menos preciso, e de eficácia questionável.

É unanimemente reconhecido que a protecção do ambiente implica, mais do que tomadas de posição formalmente relevantes, uma verdadeira revolução de mentalidades susceptível de alterar o *modus vivendi* de milhões de pessoas acomodadas na crença da infinitude dos bens naturais e das utilidades que estes proporcionam, mormente nos Estados desenvolvidos. Em face desta realidade, sentiu-se a necessidade de actuar também ao nível do indivíduo, integrando-o num movimento global de luta por uma causa maior que a (sua) vida, sensibilizando-o para a realidade do dever de conservação do ambiente. Mas a dimensão subjectiva que levou a melhor, muito por força da aliança entre ambiente e qualidade de vida e do peso simbólico que tal acarretava para populações carenciadas, foi a do direito. O *direito ao ambiente* torna-se peça essencial da estratégia de reivindicação de melhores condições de vida por parte dos Estados menos desenvolvidos e, simultaneamente, arma de contestação de minorias políticas nos Estados desenvolvidos¹⁰. O sentido desta locução, contudo, é ilusório e tem gerado alguns equívocos, quer no plano do Direito Internacional, quer no plano dos ordenamentos internos, que convém esclarecer.

1. O direito ao ambiente no âmbito do Direito Internacional Público

A atenção primeira às questões da protecção ambiental foi prestada no plano internacional, em virtude da crescente sensibilização dos Estados para a prevenção das situações de poluição transfronteiriça, especialmente marinha e atmosférica¹¹. À perspectiva de *resolução de conflitos de vizinhança* a que corresponde-

⁹ G. CORDINI, *Diritto ambientale comparato*, Pádua, 1997, p. 54

¹⁰ Cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *Verdes são também os direitos do Homem*, in *Portugal-Brasil, Ano 2000*, Coimbra, 1999, pp. 127 segs, 129.

¹¹ Cfr. A. KISS, *Direito Internacional do Ambiente*, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 147 segs, 151 segs.

ram estas iniciativas localizadas¹², sucedeu-se uma abordagem mais abrangente, com a aprovação, no ano de 1968, no seio do Conselho da Europa, de três importantes documentos relativos à protecção da água e do ar¹³. A percepção global do problema ambiental — sobretudo na perspectiva da progressiva escassez de recursos no confronto com as previsões de crescimento demográfico nos países menos desenvolvidos — levou a que o Conselho da Europa decretasse o ano de 1970 como *Ano de protecção da Natureza*, e justificou a convocação, em 1972, da Conferência de Estocolmo pela Assembleia Geral das Nações Unidas [através da Resolução 2398 (XXIII), de 3 de Dezembro de 1968], acontecimento que constituiu a cimeira pioneira na abordagem para-mundial das questões da protecção ambiental¹⁴.

A atitude dos Estados neste primeiro momento de comoção da comunidade internacional em torno da causa ecológica, plasmada no consenso que deu origem ao texto da Declaração de Estocolmo (de 1972), oscila entre o alarme e a utopia¹⁵. Por um lado, a questão do esgotamento irreversível de certos recursos naturais e as dificuldades de sobrevivência que tal situação criaria gerou a percepção de uma *emergência ambiental*. A atenção dos Estados concentrou-se nas vertentes da prevenção (da poluição marinha, precisamente, no princípio 7, e mais genericamente no princípio 24, 2ª parte) e da responsabilização (princípios 21 e 22), tendo ambas por pressuposto um dever de cooperação baseado no princípio da boa-fé.

Por outro lado, a tomada de consciência do problema foi acompanhada de uma crença, algo ingénua, de que se estava a viver um “momento histórico” (considerando 6); de que a humanidade poderia (deveria) iniciar uma nova etapa de desenvolvimento civilizacional “ultrapassando os egoísmos sagrados em prol da busca do bem comum”¹⁶; enfim, em que o Homem, sem deixar de utilizar os recursos, o passaria a fazer de modo mais racional, na medida em que não só isso

¹² Cfr. P. CANELAS DE CASTRO, *Mutações e constâncias do Direito Internacional do Ambiente*, in *RJUA*, nº 2, 1994, pp. 145 segs, 149 segs; P.-MARIE DUPUY, *Où en est le Droit International de l'Environnement à la fin du siècle?*, in *RGDIP*, 1997/4, pp. 873 segs, 875.

¹³ Referimo-nos à Declaração de princípios sobre a luta contra a poluição do ar, de 8 de Março de 1968, à Declaração de princípios sobre a luta contra a poluição da água, de 6 de Maio de 1968, e ao Acordo europeu sobre a redução da utilização de detergentes não biodegradáveis, de 16 de Setembro de 1968.

¹⁴ As consequências da realização desta Cimeira foram múltiplas, quer no que concerne à acção da Organização das Nações Unidas — que veio a convocar, de 10 em 10 anos, novas Cimeiras mundiais dedicadas à protecção do ambiente, as quais geraram inúmeras Declarações e Acordos internacionais —, quer no tocante à actuação de outras organizações internacionais, de que se destacam a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento da Europa (OCDE) e, muito especialmente, a Comunidade Económica Europeia. Cfr. A. KISS, *La protection...*, *cit.*, *passim*.

¹⁵ Leiam-se os sete considerandos da Declaração, que oscilam entre a constatação da gravidade do estado de degradação ambiental do planeta (veja-se o considerando 3), e a convicção da existência de “perspectivas vastas para a qualidade do ambiente e a criação de uma vida feliz” (considerando 6).

¹⁶ P. WEIL, *Vers une normativité relative en Droit International?*, in *RGDIP*, 1982, pp. 5 segs, 18, 19.

asseguraria a sua sobrevivência no planeta, como melhoraria a sua qualidade de vida (princípios 2, 4 e 8)¹⁷. Em suma, era preciso “repensar o mundo”¹⁸.

1.1. Ambiente, qualidade de vida e desenvolvimento (sustentado): de Estocolmo ao Rio

Pode afirmar-se que a primeira abordagem global da questão ambiental apostou na associação entre qualidade do ambiente e qualidade de vida¹⁹, promovendo assim, quer a ideia de *direito ao desenvolvimento*²⁰ — muito em voga na época, por força da eclosão dos movimentos independentistas que geraram a vaga descolonizadora —, quer a tomada de consciência da importância do comportamento de cada pessoa na alteração da situação de degradação progressiva do meio ambiente. Esta concepção é nítida no princípio 1 da Declaração de Estocolmo, que proclama que “o homem tem um direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida satisfatórias, num ambiente cuja qualidade lhe permita viver com dignidade e bem-estar, cabendo-lhe o dever solene de proteger e promover o ambiente em prol das gerações actuais e vindouras”.

A Declaração de Estocolmo, ligando os termos *desenvolvimento e responsabilidade*, acentuou a perspectiva da protecção ambiental como base de um desenvolvimento económico equilibrado²¹ em que, por um lado, a cada Estado é reconhecida soberania sobre os recursos situados no seu território, mas em que, por outro lado, essa soberania é limitada por uma obrigação de gestão racional e prospectiva (princípio 21)²². Na verdade, a necessidade de protecção do ambiente, cruzada com uma ideia embrionária de desenvolvimento sustentado, surge como uma restrição à soberania do Estado sobre os recursos naturais situados no seu território, conforme se

¹⁷ A insistência na tónica do equilíbrio entre desenvolvimento económico e protecção do ambiente deve-se sobretudo, em Estocolmo, à necessidade de fazer concessões aos Estados menos desenvolvidos, que temiam que a nova preocupação com os temas ecológicos pudesse constituir um entrave (e uma *causa de exclusão* da ajuda dos Estados mais ricos) ao seu progresso técnico e económico — cfr. L. B. SOHN, *The Stockholm Declaration on the human environment*, in *HILJ*, vol. 14, 1973, pp. 423 segs, 466.

¹⁸ G. BÉNAR, *Vers des droits de l’Homme de la quatrième dimension*, in *Les droits de l’Homme à l’aube du XXIème siècle*, Liber Amicorum Karel Vasak, Bruxelas, 1999, pp. 75 segs, 110.

¹⁹ Note-se que a primeira associação entre protecção do ambiente e desenvolvimento foi feita em 1969, no artigo 13/c. da Declaração das Nações Unidas sobre o progresso social e o desenvolvimento — cfr. J. SYMONIDES, *The human right to a clean, balanced and protected environment*, in *Diritti dell’uomo e ambiente. La partecipazione dei cittadini alle decisioni sulla tutela dell’ambiente*, a cura di Teresa Tonchia, Pádua, 1990, pp. 239 segs, 241, nota 2.

Vincando a aliança entre o Direito Internacional do Ambiente e a noção de desenvolvimento no dealbar dos anos 70 do século XX, R. GIL SARAIVA, *A aposta no desenvolvimento sustentado. Breve perspectiva, em especial no âmbito do Direito Internacional*, *Dissertação em Ciências Jurídico-Internacionais*, inédita, FDL, Lisboa, 2001, pp. 92 segs.

²⁰ Segundo R. GIL SARAIVA (*A aposta...*, *cit.*, pp. 135 segs), a expressão “direito ao desenvolvimento” foi pela primeira vez utilizada nos trabalhos da Comissão Pontifícia *Justiça e Paz*, em 1964.

²¹ De acordo com o princípio 4, 2ª parte, “A conservação da natureza, especialmente da flora e da fauna silvestres, deve portanto assumir lugar importante no planeamento do desenvolvimento económico”.

²² Cfr. M. BEDJAOUÏ, *Le droit au développement*, in *Droit International. Bilân et perspectives*, II, coord. de M. Bedjaoui, Paris, 1991, pp. 1247 segs, 1259 segs.

decidiu no caso *Trail Smelter* (1938/41), verdadeira “pedra miliar do processo de formação da norma sobre proibição de poluição transfronteiriça”²³.

Além disso, a preocupação de proporcionar às populações dos Estados mais desfavorecidos melhores condições de vida através de incentivos e auxílios à melhoria da qualidade ambiental era também um sinal de abertura aos princípios da Nova Ordem Económica Internacional²⁴, e denotava uma tentativa de incrementar a justiça social global através do objectivo da protecção e promoção ambientais (cfr. os princípios 9, 10, 11, 12, 20, 23 da Declaração de Estocolmo). Segundo SCOVAZZI, “não só é verdade que um desenvolvimento que exceda as capacidades dos recursos naturais danifica o ambiente, como não é menos certo que um ambiente degradado impede o desenvolvimento. Não só é verdade que os conflitos, internos e internacionais, destroem o ambiente, como é também inquestionável que um ambiente deteriorado gera conflitos”²⁵. Impõe-se, pois, contribuir para a instauração de uma *pax ecologica*²⁶.

É plausível, desta feita, a constatação de que a noção de *desenvolvimento sustentado*, emergente dos trabalhos da Comissão Bruntland²⁷ (que estão na origem, por seu turno, da Resolução da Assembleia Geral da ONU 44/228, de 22 de Dezembro de 1989), tem o seu embrião na Declaração de Estocolmo²⁸. Vejam-se, por exemplo: a afirmação de que a maior parte dos problemas da degradação ambiental são provocados pelo subdesenvolvimento (considerando 4); o apelo a uma concepção integrada e planificada do desenvolvimento, que permita conciliar este com a necessidade de prevenir a degradação ambiental (princípios 13 e 14); enfim, o incentivo a um desenvolvimento qualitativo através da concessão de auxílios aos países menos desenvolvidos para poderem implementar tecnologias limpas (princípio 12).

²³ T. SCOVAZZI, *Considerazioni sulle norma internazionali in materia di ambiente*, in *RDI*, 1989/3, pp. 591 segs, 595.

²⁴ A constatação da necessidade de ajuda às novas economias dos Estados recém-nascidos da descolonização levou a Organização das Nações Unidas a produzir um conjunto de Declarações tendentes à consciencialização da comunidade internacional em torno de uma atitude de solidariedade para com aqueles novos Estados. Os documentos fundadores da N.O.E.I. são: a *Declaração relativa à instauração de uma Nova Ordem Económica Mundial*, de 1 de Maio de 1974, o *Programa de acção relativo à instauração de uma Nova Ordem Económica Internacional*, da mesma data, e a *Carta dos Direitos e Deveres económicos dos Estados*, de 12 de Dezembro de 1974.

A mensagem principal que pode retirar-se destes documentos é a de que a paz mundial corre risco, a médio ou longo prazo, caso se perpetuem as desigualdades económicas entre os Estados, as quais comprometem, em última análise, o estatuto jurídico de autonomia recém-adquirido pelos Estados menos desenvolvidos. Sobre a N.O.E.I., vejam-se V. ABELLÁN HONRUBIA, *Algumas consideraciones sobre el nuevo orden económico internacional*, in *RFDUC*, nº 13 (monográfico), 1987, pp. 213 segs; B. STERN, *A Nova Ordem Económica Internacional*, ICEP, 1988, *passim*.

²⁵ T. SCOVAZZI, *Considerazioni...*, *cit.*, p. 603.

²⁶ J. JUSTE RUIZ, *Derecho Internacional del medio ambiente*, Madrid, 1999, p. 25.

²⁷ Cujo nome “oficial” é *Comissão Mundial para o Ambiente e Desenvolvimento sustentado* (criada em 1983 e presidida por Gro Bruntland). O Relatório produzido por esta Comissão em 1987, de título *Our common future*, foi encomendado pela Assembleia Geral das Nações Unidas e destinou-se a fazer um ponto da situação do estado de conservação dos recursos naturais, e a estabelecer um conjunto de princípios de actuação dos Estados no domínio da protecção do ambiente, no sentido de preparar a Conferência do Rio.

²⁸ Neste sentido, M. PALLEMAERTS, *La Conférence de Rio: Grandeur et décadence du Droit International de l’Environnement?*, in *RBDI*, 1995/1, pp. 175 segs, 185 segs; R. GIL

O acento tónico do desenvolvimento é colocado na ideia de *responsabilidade ecológica*: dos Estados, em primeira linha, que têm o direito de utilizar mas também o dever de proteger os bens ambientais situados nos seus territórios, e de se auxiliar mutuamente no intuito, quer de prevenir a degradação ecológica, quer de a minimizar e combater coordenadamente (princípio 21)²⁹. Das pessoas, em segunda linha, incutindo-lhes a ideia do dever de preservação do ambiente através da afirmação dos direitos à dignidade e ao bem-estar (princípio 1). Estes deveres, de Estados e cidadãos, decorrem da fórmula, não nomeada mas pressentida, de desenvolvimento sustentado, entendido este como “a capacidade de satisfação das necessidades da geração presente sem comprometimento da capacidade de satisfação das necessidades das gerações vindouras” (na formulação posterior, constante do *Relatório Bruntland*).

O *direito ao ambiente* assume assim, no contexto do princípio do desenvolvimento sustentado, uma óbvia dualidade: por um lado, apresenta-se como uma extensão do direito à vida, ligado à preservação e promoção das condições básicas de existência física das pessoas, ou seja, numa vertente subjectiva, a título de direito individual³⁰; por outro lado, configura-se como um apelo à conservação e promoção dos bens naturais enquanto suportes do meio ambiente em que o homem se integra e sob a forma de índices de qualidade de vida, i.e., numa vertente comunitária, a título de interesse de utilização de bens colectivos.

Esta ambivalência valeu ao *direito ao ambiente* a recondução, por alguma doutrina, aos chamados *direitos de terceira geração*³¹. Descontada agora a “fantasia”³², cientificamente inadequada, de tal categorização³³, certo é que há na consagração do *direito ao ambiente* — concretamente na sua dimensão colectiva — uma novidade relativamente aos direitos até aí considerados (na perspectiva internacionalista,

²⁹ No mesmo sentido, o artigo 30 da *Carta das Nações Unidas sobre os Direitos e Deveres Económicos dos Estados* (aprovada pela Resolução 3281 da Assembleia Geral, de 12 de Dezembro de 1974): “The protection, preservation and the enhancement of the environment for the present and future generations is the responsibility of all states. All states shall endeavour to establish their own environmental and developmental policies in conformity with such responsibility”. SARAIVA, *A aposta...*, cit., p. 234.

³⁰ Neste sentido, N. SINGH, *Right to the environment and sustainable development as a principle of international law*, in *SD*, 1988/1, pp. 45 segs, 51, 52; A. CANÇADO TRINDADE, *Derechos de solidaridad*, in *Droit International. Bilân et perspectives*, II, coord. de M. Bedjaoui, Paris, 1991, pp. 63 segs, 70; M. MELO ROCHA, *A avaliação de impacto ambiental como princípio de Direito do Ambiente nos quadros internacional e europeu*, Porto, 2000, p. 29.

³¹ Qualificação da autoria de KAREL VASAK — *Le droit international des droits de l’homme*, in *RCADI*, 1974/IV, pp. 333 segs, 344. Na sistematização de G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (embora o autor não se manifeste especialmente apologista da tese das gerações de direitos), tratar-se-ia mesmo de um direito de quarta geração — sendo a primeira a dos direitos individuais, de inspiração liberal; a segunda, a dos direitos políticos, de inspiração democrática; a terceira, de inspiração socialista, a dos direitos sociais; e finalmente, a quarta geração, caracterizada pelo valor da solidariedade (*Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 317, 318).

³² A. CANÇADO TRINDADE, *Derechos de solidaridad*, cit., p. 64.

³³ Tecendo incisivas críticas à noção de *gerações de direitos*, A. CANÇADO TRINDADE, *Derechos de solidaridad*, cit., pp. 64 segs; P. ALSTON, *A third generation of solidarity rights: progressive development or obfuscation of international human rights law?*, in *NILR*, vol. 24, 1982, pp. 307 segs, 316 segs; P. MEYER-BISCH, *D’une succession de générations à un système des droits humains*, in *Les droits de l’Homme à l’aube du XXIème siècle, Liber Amicorum Karel Vasak*, Bruxelas, 1999, pp. 333 segs, 338 segs; JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000, p. 24.

direitos civis e políticos, por um lado, e direitos sociais, por outro lado). Consiste tal inovação no facto de o *direito ao ambiente* incidir sobre bens cuja apropriação individual é impossível; de o aproveitamento das utilidades destes bens, embora com reflexos ao nível da vivência individual, só em comunidade ser realizável; de a protecção dos bens naturais resultar de um esforço comum³⁴.

“A consideração do direito ao ambiente como direito do Homem resulta da necessidade de repensar a posição do indivíduo na comunidade perante os novos desafios colocados pelas modernas sociedades”, escreve PEREIRA DA SILVA³⁵. A locução *direito ao ambiente* traz consigo uma intenção pedagógica, de *iniciação* do indivíduo numa nova forma de viver em comunidade. Por isso, e no confronto com as categorias de direitos já existentes, é comumente rotulado de “direito de solidariedade”³⁶, ou “direito de vocação comunitária”³⁷. Há também, no entanto, quem considere que se verifica uma *sloganização* do direito ao ambiente³⁸, constituindo esta aproximação aos direitos do Homem o resultado de considerações puramente políticas, ligadas à onda de simpatia gerada pelos movimentos descolonizadores e ao encorajamento da ajuda aos Estados *recém-nascidos*, através do alargamento do leque de direitos ligados à melhoria da qualidade de vida das populações, geralmente precária³⁹.

Contudo, a “pureza” do *direito ao ambiente* — várias vezes proclamado após a sua primeira aparição na Declaração de Estocolmo⁴⁰, em documentos tais como a Carta Africana dos direitos do Homem e dos Povos, de 1981⁴¹, ou o Protocolo adicional à Convenção Americana dos direitos do Homem, no domínio dos direitos económicos,

V. PEREIRA DA SILVA fala de um “equivoco” na utilização da expressão, uma vez que ela deve traduzir, não uma “luta de gerações” (em que as novas se substituem às velhas), mas antes um “convívio de gerações de direitos do Homem” — *Verdes são...*, *cit.*, pp. 130, 131.

³⁴ Idênticas características revestem outros direitos que a doutrina identifica com esta categoria de *novos direitos do Homem e dos povos*, tais como o direito à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação — cfr. H. GROS ESPIELL, *Introduction, in Droit International. Bilân et perspectives*, II, coord. de M. Bedjaoui, Paris, 1991, pp. 1238 segs, 1241; D. URIBE VARGAS, *La troisième génération des droits de l’homme*, in *RCADI*, 1984/I, pp. 359 segs.

³⁵ V. PEREIRA DA SILVA, *Verdes são...*, *cit.*, p. 130.

³⁶ KAREL VASAK, *Le droit...*, *cit.*, *loc. cit.*; A. CANÇADO TRINDADE, *Derechos de solidariedad*, *cit.*, *passim*; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y derechos...*, *cit.*, p. 318 (este autor trata aprofundadamente a questão da solidariedade como valor superior do ordenamento jurídico actual, na obra citada, a págs. 294 segs).

³⁷ H. GROS ESPIELL, *Introduction*, *cit.*, pp. 1243 segs.

³⁸ Cfr. J. RIVERO, *Déclarations parallèles et nouveaux droits de l’homme*, in *RTDH*, 1990/4, pp. 323 segs, 324.

³⁹ Neste sentido, R. PELLOUX, *Vrais et faux droits de l’Homme. Problèmes de définition et de classification*, in *RDPSP*, 1981/1, pp. 53 segs, 68; P. ALSTON, *Les nouveaux droits de l’Homme: il est nécessaire d’élaborer de nouvelles procédures pour leur proclamation*, in *RCIJ*, n° 34, 1985, pp. 62 segs, 62.

⁴⁰ Na realidade, o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 1966, já aludia, no artigo 12.1, ao direito a gozar de um elevado nível de saúde física e mental, devendo os Estados promover a melhoria das condições de higiene no trabalho e do meio ambiente. O ambiente surge aqui, no entanto — e bem, em nossa opinião —, como contexto e não como direito.

⁴¹ No artigo 24: “All peoples shall have the right to a general satisfactory environment favorable to their development”.

sociais e culturais, de 1988⁴²⁻⁴³ —, a sua faceta de “horizonte ético e reivindicativo”⁴⁴ do Homem renovado pela intuição do seu laço indissolúvel com o meio ambiente, foi-se esbatendo à medida que os Estados mais desenvolvidos se aperceberam das sérias implicações que a assunção de uma atitude *ecologicamente amiga* teria para os seus objectivos de crescimento económico.

Com algum desencanto, pode dizer-se que a ligação entre ambiente e desenvolvimento (sustentado) foi *perdendo a inocência* ao longo da década de 80 do século XX. Enquanto na Declaração de Estocolmo, “os direitos soberanos dos Estados sobre os seus recursos naturais se situam num contexto ecológico, que condiciona de alguma forma as modalidades do seu exercício, na formulação da Declaração do Rio, esse contexto foi atenuado pela alusão a políticas de desenvolvimento económico, que funcionam como contra-peso”⁴⁵. O sentido do princípio do desenvolvimento sustentado atinge uma ambiguidade máxima, transformando-se numa noção primordialmente económica⁴⁶.

Com efeito, a Cimeira do Rio de 1992, também realizada no âmbito da ONU e que teve por missão promover a elaboração e ratificação de um conjunto de instrumentos internacionais de protecção sectorial do ambiente, traduz o despertar dos Estados desenvolvidos para as implicações da assunção indiscriminada de obrigações de protecção do ambiente⁴⁷. Na Declaração do Rio, a *subalternização* do objectivo da protecção ambiental é especialmente visível, desde logo ao nível do artigo 2, que reconhece aos Estados o direito de explorar os seus recursos de acordo com a sua política ambiental e, num aditamento pleno de sentido, nos termos da sua política de desenvolvimento⁴⁸. À utopia de Estocolmo — que apresentava o desenvolvimento económico como veículo de promoção da qualidade ambiental (cfr. o princípio 8)⁴⁹ —, sucedia-se o realismo do Rio.

Continuando embora a estabelecer uma estreita relação entre direito ao ambiente e direito à qualidade de vida, a Declaração do Rio conferiu ao primeiro um novo matiz, marcadamente economicista. Leia-se a nova fórmula, constante do artigo 1, que refere um “direito a uma vida sã e produtiva, em harmonia com a natureza”. A qualidade ambiental enquanto *pressuposto* de uma vida com qualidade

⁴² O artigo 12 deste instrumento internacional dispõe que “Everyone shall have the right to live in an environment free of pollution and to have access to basic urban services, especially a safe water supply and sewerage services”.

⁴³ Já a *Declaração sobre os Deveres básicos dos povos e governos asiáticos*, de 1983, revela uma abordagem original, na medida em que configura a protecção do ambiente como um dever e não como um direito: “It is the duty of government and of the people to judiciously manage and use the nation’s natural resources to preserve them for future generations, to prevent environmental and atmospheric degradation” (artigo 3).

⁴⁴ A expressão é de Mariño Menéndez, *apud* C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La contribución del Derecho Internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho Internacional contemporáneo*, in *ADI*, vol. XIV, 1998, pp. 113 segs, 181.

⁴⁵ M. PALLEMAERTS, *La conférence...*, *cit.*, p. 188.

⁴⁶ Cfr. S. BELL e D. MCGILLIVRAG, *Environmental Law*, 5ª ed., Londres, 2000, p. 44; G. FIEVET, *Réflexions sur le concept de développement durable: prétention économique, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux*, in *RBDI*, 2001/1, pp. 128 segs, 139 segs.

⁴⁷ Em especial sobre a Cimeira do Rio, M. TALLACHINI, *Earth Summit 92*, in *RIDH*, 1992/2, pp. 527 segs;

⁴⁸ Cfr. M. PALLEMAERTS, *La conférence...*, *cit.*, p. 188.

⁴⁹ Embora, como sublinha L. B. SOHN, com muitas cautelas de terminologia, designadamente no que concerne à adopção da “States shall form” – *The Stockholm Declaration...*, *cit.*, p. 513.

passa a *resultado* eventual da actividade humana, dependente das opções de política económica dos Estados. Tal orientação decorre desde logo do princípio 4, que entrelaça ambigualmente a protecção do ambiente e o processo de desenvolvimento, condenando implicitamente qualquer política de ambiente que não seja compatível com os imperativos do crescimento económico⁵⁰.

O direito ao ambiente revela-se, assim, no plano do Direito Internacional, como um *refém* do desenvolvimento económico. Paradoxalmente, o conceito de desenvolvimento sustentado, inominado em Estocolmo mas subjacente à lógica de interdependência entre a protecção do ambiente e a criação de condições, presentes e futuras, de realização da justiça social ao nível global, ganha nome e exposição no Rio, mas esvazia-se da intenção primordial — algo ingénua, reconheça-se —, adivinhada no texto de 1972 e mais tarde confirmada no *Relatório Bruntland*. O desenvolvimento sustentado, esse “rasto ziguezagueante” (como o apodou P.-MARIE DUPUY⁵¹), dir-se-ia mesmo ter perdido o sentido de máxima de actuação em sede ambiental, para se transformar numa fórmula (conjuntural) de síntese da ponderação dos interesses⁵², geralmente antagónicos, da protecção do ambiente e do crescimento económico⁵³.

Na verdade, havendo embora algumas referências dispersas ao desenvolvimento sustentado ao longo da Declaração do Rio, não é possível induzir delas nenhuma noção coerente sobre a substância do “princípio”, precisamente porque inexiste consenso real sobre esse conceito no seio da comunidade internacional. Esta é, aliás, a razão porque P.-MARIE DUPUY advoga que o “princípio” deve ter uma enunciação casuística —, o que corresponde a negar-lhe a natureza de princípio⁵⁴. Esta apreciação é reforçada pela análise de PALLEMAERTS, ao escrever que “a leitura da Declaração do Rio e dos seus trabalhos preparatórios revela-nos que existe uma confusão semântica crescente e por vezes mesmo deliberadamente alimentada entre os conceitos de «protecção do ambiente», «desenvolvimento sustentado», «desenvolvimento» *tout court* e «crescimento económico»”⁵⁵.

O desenvolvimento sustentado corresponde a uma certa ideia de justiça distributiva no plano internacional, a qual, para ter alguma eficácia, pressupõe uma dupla projecção: num plano *intrageneracional global* (que envolveria a concessão de auxílios

⁵⁰ M. PALLEMAERTS, *La conférence...*, *cit.*, p. 183.

⁵¹ P.-MARIE DUPUY, *Où en est...*, *cit.*, p. 889.

⁵² Na expressão de P. BIRNIE e A. BOYLE, a integração entre objectivos económicos e ecológicos através da ideia de desenvolvimento sustentável visa alcançar “a balanced view of environmental needs within competing priorities” — *International Law and the environment*, 2ª ed., Oxford, 2002, p. 87.

⁵³ Leia-se a análise de S. DOUMBÉ-BILLÉ (*Droit International et développement durable*, in *Les hommes et l'environnement, Études en hommage à A. Kiss*, Paris, 1998, pp. 245 segs, max. 251 segs) que, defendendo embora o carácter mobilizador do princípio, não deixa de reconhecer a sua ambiguidade e aleatoriedade. Ou atente-se nas reflexões de G. FIEVET, Autor que aponta para o carácter dinâmico da ideia de desenvolvimento sustentado, muito mais um resultado da compatibilização de princípios do que, *de per se*, um princípio consolidado — *Réflexions...*, *cit.*, pp. 143 segs. Neste último sentido, v. também D. VANDERZWAAG, *The concept and principles of sustainable development: “Rio-formulating” common law doctrines and environmental laws*, in *WYAJ*, 1993, pp. 39 segs, 41 segs, e L. PARADELL-TRIUSS, *Principles of International Environmental Law: an overview*, in *RECIEL*, nº 9, 2000, pp. 93 segs, 98.

⁵⁴ P.-MARIE DUPUY — *Où en est...*, *cit.*, p. 887.

⁵⁵ M. PALLEMAERTS, *La Conférence...*, *cit.*, p. 182. No mesmo sentido, C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La*

aos países mais pobres, por um lado, e a assunção de uma atitude mais activamente racional no aproveitamento dos recursos, por outro lado), e numa vertente *intergeracional* (na perspectiva da salvaguarda do direito à sobrevivência das gerações futuras) — ainda que não revistam a mesma natureza vinculante⁵⁶.

Esta dimensão, carregada de sentido filosófico mas pouco operativa enquanto noção jurídica, flui claramente da definição de A. D'OLIVEIRA MARTINS, quando afirma que “o desenvolvimento será *sustentável*, por um lado, na medida em que não traduza uma visão puramente *utilitarista* e *imediatista*, ajustando-se antes à realização constante do Bem Comum e traduzindo uma ponderação de valores como os da *justiça* e da *solidariedade* (intra e inter-societária) (...). Neste sentido, *o conceito de desenvolvimento sustentável* é um conceito ao mesmo tempo *ontológico* e *deontológico*, impondo limites de entendimento e de valorização positiva dos fenómenos de desenvolvimento. Aponta mesmo e afinal, para um «modelo de vida das sociedades actuais» que seja mais equilibrado”⁵⁷.

Ora, da Conferência do Rio emergiu uma realidade que desmente categoricamente esta aspiração de justiça, tendo ficado provado que “sem partilha e sem revolução cultural e ideológica, o ambiente e o desenvolvimento constituem ambições contraditórias”⁵⁸. Com efeito, a Declaração do Rio acaba por acentuar a tensão entre o princípio do desenvolvimento — que de *sustentado* só tem o título... — e a necessidade de gestão racional dos recursos ambientais, olhada com desconfiança pelos Estados mais desenvolvidos — *maxime*, pelos Estados-Unidos da América —, mais preocupados com a manutenção do *western way of life* das suas populações. A pretexto de alcançar o consenso sobre um conjunto de pontos fundamentais na definição de uma estratégia mundial de luta contra a degradação ambiental, o que se conseguiu no Rio foi estabelecer um catálogo de fórmulas derogatórias das obrigações de protecção do ambiente então esboçadas.

Esta análise desencantada é facilmente comprovada pela breve apreciação de alguns compromissos (em grande parte assumidamente desprovidos de força vinculante) firmados na sequência da Conferência do Rio⁵⁹. No caso da protecção das florestas, a dependência das políticas de desenvolvimento económico de cada Estado e a total remissão para a sua legislação interna esvaziam qualquer intenção efectiva de protecção dos interesses ambientais. No domínio da conservação da diversidade

contribución..., *cit.*, pp. 176 segs; G. CORDINI, *Diritto ambientale...*, *cit.*, pp. 35 segs, *max.* 46; P. BIRNIE e A. BOYLE, *International Law...*, *cit.*, pp. 95 segs

⁵⁶ Sobre a tensão entre as ideias de *solidariedade intra* e *intergeracional*, leia-se o diálogo crítico entre A. D'AMATO, E. WEISS e D. GÜNDLING em três artigos reunidos sob o título **Agora: What obligations does our generation owe to the next? An approach to global environmental responsibility**, in *AJIL*, Vol. 94, 1990, pp. 190 segs.

⁵⁷ A. D'OLIVEIRA MARTINS, **O desenvolvimento sustentável e o regime dos cursos de água internacionais**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. Silva Cunha*, Coimbra, 2005, pp. 39 segs, 40.

⁵⁸ E. PISANT, **Développement et environnement, nouvel ordre et coopération**, in *L'événement européen*, n.ºs 23/24, 1993, pp. 209 segs, 210.

⁵⁹ Seguimos a exposição de M. PALLEMAERTS, **La conférence...**, *cit.*, pp. 202 segs. Leiam-se também as considerações de C. GUTIÉRREZ ESPADA, **La contribución...**, *cit.*, pp. 184 segs, e de S. JOHNSON, **Did we really save the Earth at Rio?**, in *The Earth Summit: The United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)*, London/Dordrecht/Boston, 1993, pp. 3 segs. Numa perspectiva mais optimista (mas essencialmente descritiva), A. KISS e D. SHELTON, *International...*, *cit.*, pp. 74 segs.

biológica, todas as obrigações das partes estão condicionadas por uma cláusula de “reserva do possível e oportuno”. E no campo da luta contra a deterioração da camada de ozono, o artigo 2 da Convenção-Quadro sobre as alterações climáticas dá o mote, estabelecendo que a redução das emissões deve ser gradual, de modo “a que os ecossistemas se possam adaptar naturalmente às alterações climáticas, a que a produção alimentar não fique ameaçada e a que o desenvolvimento económico possa prosseguir numa lógica de durabilidade”.

Acresce a este quadro a constatação, expressamente assumida na Resolução da Assembleia Geral da ONU 55/199, de 20 de Dezembro de 2000 – instrumento que convoca a quarta conferência mundial sobre o ambiente, em Joanesburgo, realizada em 2002 – da genérica inefectividade dos compromissos do Rio⁶⁰. Na realidade, a Cimeira Mundial para o Desenvolvimento Sustentado limitou-se a instar os Estados a aprofundar o seu comprometimento com a causa da protecção do ambiente, convidando mesmo – numa atitude de resignação realista – à adopção de códigos de conduta e instrumentos não vinculantes como alternativa às situações de impasse. O desenvolvimento sustentado, esse macro-princípio aglutinador de objectivos de tutela ambiental ficou, mais do que nunca, conotado com uma certa retórica ambiental imobilista e com um activismo comercial em ascensão⁶¹.

Enfim, se a protecção ambiental é (quase envergonhadamente, dir-se-ia) assumida como um objectivo por parte dos Estados, essa tarefa surge perigosamente relativizada em função de outras metas. Afirmando publicamente o interesse na preservação do ambiente, os Estados não desejam comprometer-se em termos absolutos, deixando sempre uma margem de manobra suficiente para a conciliação com outros fins. Exemplo recente e particularmente sintomático é o da Declaração de Doha, proferida no seio da Organização Mundial do Comércio pela Conferência Ministerial, a qual pretende servir de guia de orientação para todas as negociações de acordos regionais multilaterais que envolvam o binómio ambiente/comércio, no sentido de o colocar sobre a égide do princípio do desenvolvimento sustentado. Além da controvérsia sobre o valor jurídico da Declaração (trata-se de uma recomendação ou de uma decisão?), e da sua articulação com o Acordo de Marraqueche (é derogatória, meramente interpretativa, ou complementar deste?), a doutrina sublinha a subtil mas firme afirmação da primazia dos objectivos do livre comércio sobre a protecção ambiental, claramente expressa no parágrafo 6 da Declaração⁶².

É, por isso, forçoso concluir que a *insustentável leveza* da grande parte dos compromissos ambientais — muitos, tais como declarações e cartas de princípios de

⁶⁰ M. PALLEMAERTS, *International Law and sustainable development: any progress in Johannesburg?*, in *RECIEL*, 2003/1, pp. 1 segs, 2.

⁶¹ Cfr. M. PALLEMAERTS, *International Law...*, *cit.*, pp. 7, 10 e 11.

⁶² Neste sentido, L. BOISSON DE CHAZOURNES e M. MBENGUE, *La Déclaration de Doha de la Conférence Ministerielle de l’Organisation Mondiale du Commerce et sa portée dans les relations commerce/environnement*, in *RGDIP*, vol. 106, 2002, pp. 855 segs, *max.* 875, 876. Ver também, sobre a tentativa de harmonizar protecção do ambiente e liberdade de trocas internacionais, S. GAINES, *International trade, environmental protection and development as a sustainable development triangle*, in *RECIEL*, 2002/1, pp. 259 segs, *passim*.

alcance mundial, incorporados em normas de *soft law*⁶³ —, a *volatilidade* do “princípio do desenvolvimento sustentado”⁶⁴, o *relativismo geográfico* da efectividade da protecção do ambiente, aliados a uma posição jurídica intensamente permeável ao conceito metamorfoseante de “qualidade de vida”, põem em causa a seriedade da proclamação de um “direito ao ambiente”.

1.2. Direito ao ambiente: uma fórmula vazia?

Num espaço de vinte anos, o “direito ao ambiente” adquiriu cambiantes completamente antagónicas. Se a Declaração de Estocolmo o colocava num contexto ecocêntrico — prolongado pela Carta Mundial da Natureza, aprovada pela Assembleia Geral da ONU⁶⁵ —, a Declaração do Rio faz dele um símbolo do “antropocentrismo delirante, quando afirma que os seres humanos estão no centro das preocupações relativas ao desenvolvimento sustentado”⁶⁶. Onde a Declaração de Estocolmo acentuava o dever de preservação dos recursos numa lógica de integração harmónica do Homem no meio ambiente, a Declaração do Rio aposta na vertente do aproveitamento dos bens ambientais de acordo com as exigências das políticas de crescimento económico. Enfim, se a Declaração de Estocolmo aliava direito ao ambiente e dignidade da pessoa, a Declaração do Rio entrelaça direito ao ambiente e produtividade dos indivíduos.

Perante tão amplo leque de concretizações significantes, não admira que o *direito ao ambiente* se afigure de caracterização difícil — diríamos mesmo: incaracterístico⁶⁷. Para além das oscilações conjunturais, que têm que ver, sobretudo, com o contexto económico-geográfico de cada Estado (embora aqui esteja mais directamente em causa o *quantum*, não o *quid*)⁶⁸, a ideia de um “direito ao ambiente” como

⁶³ Cfr. T. SCOVAZZI, *Considerazioni...*, *cit.*, p. 606; A. KISS, *Environnement et développement ou environnement et survie?*, in *JDI*, 1991/2, pp. 265 segs, 277 segs; P.-MARIE DUPUY, *Soft law and the international law of the environment*, in *Michigan JIL*, 1991, vol. 12, n° 1, pp. 420 segs, *passim*; B. REILLY, “Clear and present danger”: a role for the United Nations Security Council in protecting the global environment, in *Melbourne ULR*, 1996, pp. 763 segs, 766 segs; J. JUSTE RUIZ, *Derecho...*, *cit.*, pp. 44 segs.

⁶⁴ Cfr. R. GIL SARAIVA, *A aposta...*, *cit.*, p. 244.

⁶⁵ Resolução 37/7 da Assembleia Geral da ONU, de 28 de Outubro de 1982.

⁶⁶ M. PALLEMAERTS, *La conférence...*, *cit.*, p. 193.

⁶⁷ Uma síntese do estado da questão — na qual se revela “an increasing trend to deny the existence of the human right to a clean environment” — pode ver-se em M. A. FITZMAURICE, *International protection of the environment*, in *RCADI*, 2001-I, pp. 13 segs, 305 segs.

⁶⁸ “Indeed, one’s «environmental human right» is likely to be of a different nature altogether, depending on where one is located, in the North as against the South, in a developing country or a developed nation” — G. HANDL, *Human rights and protection of the environment: a mildly «revisionist» view*, in *Derechos humanos, desarrollo sustentable y medio ambiente*, Brasília, 1992, pp. 117 segs, 130. V. também H.-JÜRRI UIBOPUU, *The internationally guaranteed right of an individual to a clean environment*, in *CLY*, 1977/1, pp. 101 segs, 111 segs.

posição jurídica de vantagem de carácter individual, conforme notam PELLOUX e RIVERO, apresenta obstáculos estruturais de vulto⁶⁹.

Em primeiro lugar, de identificação do bem jurídico protegido pelo direito: o direito ao ambiente materializa-se no direito à vida ou no direito à integridade física (na vertente do direito à saúde), ambos direitos de personalidade clássicos, plenamente implantados no plano do Direito Internacional, que o absorvem e lhe anulam a autonomia. Em segundo lugar, e em consequência do que acaba de se afirmar, de identificação do titular da prestação do direito: se o direito ao ambiente é um *aliud* relativamente ao direito à vida de cada indivíduo, então o seu objecto há-de estar para além da esfera do homem isolado e encontrar-se-á no plano comunitário — o que vai de encontro à carga simbólica das suas origens e corresponde à ideia de qualidade de vida. Em terceiro lugar, se o direito ao ambiente se traduz num direito à qualidade de vida, então estamos perante uma obrigação de resultado de cada Estado, em concreto, para com os membros da comunidade que o integram — de resto, de conteúdo tendencialmente impreciso —, mas não diante de uma posição jurídica tipicamente caracterizada e individualmente invocável⁷⁰.

Também HANDL tece duras críticas ao conceito, quer numa perspectiva teórica, quer no plano puramente prático⁷¹. Do ponto de vista teórico, considera que o direito ao ambiente não pode ser assimilado a um direito individual por lhe faltar a característica da *inalienabilidade*, prejudicada pela sua relatividade intrínseca: a conservação do ambiente é um objectivo entre muitos, tendencialmente preterido em favor do crescimento económico ou da preservação do emprego. No que toca à apreciação da sua real implantação ao nível da prática dos Estados, HANDL alerta para a vaguidade das expressões utilizadas nos instrumentos internacionais, bem como para a sua falta de vinculatividade, concluindo que o direito ao ambiente não obteve até

⁶⁹ Cfr. R. PELLOUX, *Vrais et faux...*, cit., pp. 59, 60 e 67, 68; J. RIVERO, *Déclarations parallèles...*, cit., pp. 324 e 326. Para uma síntese das “persistentes ambiguidades, constrangimentos e tensões” associadas ao *direito ao ambiente*, no plano internacional, PAULA PEVATO, *A right to environment in International Law: current status and future outlook*, in *International Environmental Law*, I, coord. Paula Pevato, Trowbridge, 2001, pp. 309 segs, 312 segs.

⁷⁰ A imprecisão da fórmula “direito à qualidade de vida”, que se manifesta, quer numa dimensão objectiva, quer numa dimensão subjectiva, torna impossível a definição, mesmo aproximativa, do seu abstracto. Isto na medida em que a qualidade de vida de um indivíduo ou de uma comunidade depende, em termos puramente objectivos, de condicionalismos económicos, geográficos, culturais. Por outras palavras, há tantas noções de qualidade de vida quantos os Estados, regiões, comunidades (cfr. R. MARTÍN MATEO, *La calidad de vida como valor jurídico*, in *RAP*, 1988, pp. 51 segs, max. 56 segs; v. também, do mesmo autor, *Tratado de Derecho ambiental*, I, Madrid, 1991, pp. 100 segs).

Mas mais: o perigo da eleição de um conceito de qualidade de vida advém da sua dimensão subjectiva. Dentro da mesma comunidade, a cada indivíduo deve ser reconhecido um direito a escolher o seu padrão de qualidade de vida — uma espécie de *caminho para a felicidade* —, enquanto expressão da sua autonomia intrínseca (por exemplo, para alguns ter telemóvel pode ser sinónimo de qualidade de vida; para outros, a qualidade de vida pode revelar-se exactamente no oposto). Em última análise, a imposição de um conceito abstracto de qualidade de vida, destacado do homem concreto e do incontornável respeito pela sua dignidade, pode ser expressão de um camuflado totalitarismo.

⁷¹ G. HANDL, *Human rights...*, cit., pp. 120 segs.

agora um índice de realização efectiva minimamente satisfatório⁷². O Autor refere ainda que as instâncias judiciais internacionais — nomeadamente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem — providenciam uma tutela do direito ao ambiente “por ricochete”, ou seja, mediatizando a protecção do seu indefinível abstracto a partir, sobretudo, de direitos de personalidade⁷³.

É precisamente o direito à vida que, para UIBOPUU, confere alguma dimensão ao alegado “direito ao ambiente”⁷⁴ — é este, de resto, o radical de *subdireitos* ao ambiente que despontam pontualmente, como o alegado “direito à água”⁷⁵. A vaguidade dos termos empregues nos instrumentos internacionais, a dependência de circunstâncias naturais, sociais, económicas e políticas, a dificuldade de determinação do conteúdo do direito, levam o Autor a considerar que a garantia das mínimas condições de vida aos indivíduos — em termos de *standards* e não de limites precisos — é a única possibilidade de operacionalizar o propalado “direito” ao ambiente, cujas existência e invocabilidade se afiguram, assim, extremamente duvidosas⁷⁶.

Posta em causa a dimensão operativa — porque, quer a dimensão simbólica, sobretudo quando contextualizada na década de 70 do século XX, quer a dimensão

⁷² Refira-se que a (in)determinabilidade do conteúdo do direito é um problema que se repete relativamente aos direitos económicos, sociais e culturais em geral, cuja concretização depende de múltiplos factores — cfr. Y. YOKOTA, *Reflections on the future of economic, social and cultural rights*, in *The future of international human rights*, coord. de B. Weston e S. Marks, Nova Iorque, 1999, pp. 201 segs. No caso do “direito ao ambiente”, o problema agrava-se porque a determinação do *quantum* da prestação individual é impossível, em virtude da natureza colectiva do bem.

⁷³ G. HANDL, *Human rights...*, *cit.*, p. 128. De entre os casos mais significativos, citem-se o caso *López Ostra c. Espanha*, proc. 16798/90 (deu por provada a violação dos direitos à vida privada e familiar, e à inviolabilidade do domicílio, consagrados no artigo 8 da Convenção, em virtude de emissões de cheiros de uma estação de tratamento de resíduos contígua à habitação do recorrente), decidido pelo Tribunal Europeu em 9 de Dezembro de 1994, e o caso *Hatton e outros c. Reino Unido*, proc. 36022/97 (deu igualmente por provada a violação dos direitos ínsitos no artigo 8 da Convenção, postos em causa pela poluição sonora provocada pelos voos nocturnos do aeroporto de Heathrow), com decisão de 2 de Outubro de 2001. Uma listagem de casos apreciados pelo Tribunal Europeu, em que o preenchimento do conteúdo do direito ao ambiente se deu através da remissão para outros direitos (de personalidade e de propriedade) pode ver-se em M. DÉJEANT-PONS, *Le droit de l’Homme à l’environnement, droit fondamental au niveau européen dans le cadre du Conseil de l’Europe, et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales*, in *RJE*, 1994/4, pp. 373 segs, 374 segs; M. DE SALVIA, *Tutela dell’ambiente e Convenzione europea dei Diritti dell’Uomo: verso una ecologia del diritto?*, in *RIDU*, 1989/3, pp. 432 segs, 434 segs.

⁷⁴ H.-JÜRI UIBOPUU, *The internationally...*, *cit.*, pp. 106 segs.

⁷⁵ E. BLUEMEL, *The implications of formulating a human right to water*, in *ELQ*, 2004/4, pp. 957 segs (a pp. 967 segs, reconduz este “direito” aos direitos à vida e à saúde, bem como a deveres do Estado no sentido de os promover).

⁷⁶ Apesar da *militância*, acaba por ser esta a conclusão a que chegam M. THORME — ao reconhecer que, por muito que se deseje conferir abstracto ao “direito ao ambiente”, o seu “preenchimento” se faz por recurso a direitos já consagrados, como a vida, a integridade física ou a propriedade (*Establishing environment as a human right*, in *DJILP*, 1991/2, pp. 301 segs, 319 segs) —, W. P. GORMLEY (Autor que acentua a inseparabilidade entre “the right to live” e “the right to living”, este último consubstanciado na garantia de um ambiente saudável — *The legal obligation of the international community to guarantee a pure and decent environment: the expansion of human rights norms*, in *GIELR*, vol. 3, 1990, pp. 85 segs, 110; do mesmo autor, v. também *The right to a safe and decent environment*, in *IJIL*, 1988/1, pp. 1 segs, 23, 25), e D. SHELTON, *Human rights, environmental rights and the right to the environment*, in *SJIL*, vol. 28, 1991, pp. 103 segs, 129 segs (quando analisa a aplicação do “direito” ao ambiente pelas instâncias internacionais, sempre mediada por outros direitos).

pedagógica, são inegáveis — de um *direito ao ambiente* enquanto direito à qualidade de vida, convém explorar outras vertentes possíveis da asserção antes de lhe negar qualquer sentido útil e de sobre ela lançar o anátema de *fórmula vazia*⁷⁷. É nesta perspectiva que KISS, numa tentativa de o *destacar* dos direitos clássicos e de justificar a sua autonomia dogmática, acentua a sua componente essencialmente procedimental⁷⁸, a qual comportaria os direitos à informação, à participação em procedimentos decisórios com incidências ambientais, e ao recurso dessas decisões em caso de vício de forma ou quando delas resultem prejuízos (confronte-se, aliás, o princípio 10 da Declaração do Rio, que aponta justamente para esta dimensão procedimental, bem como a Convenção de Aarhus⁷⁹). Recorde-se, no entanto, que os direitos à informação, à participação na vida pública, à protecção jurisdicional, são reconhecidos, enquanto instrumentos de aplicação geral⁸⁰, na grande parte das convenções e declarações internacionais dedicadas aos direitos do Homem⁸¹.

É verdade, como sublinham muitos jusinternacionalistas, que o “direito ao ambiente”, nascido em Estocolmo e reproduzido em vários instrumentos de Direito Internacional (em regra, Cartas de Direitos), normalmente em estreita aliança com as noções de saúde e qualidade de vida, tem consagração formal expressa. Não pode iludir-se, tão-pouco, a vertente procedimental da protecção jurídica ambiental e o papel que os particulares são chamados a desempenhar, através dos direitos de participação de que já se deu conta. E nem deve escamotear-se a importância da aceitação de um direito de acesso à justiça para prevenir, minimizar ou ressarcir danos ecológicos⁸². Porém, todas estas situações jurídicas são formalmente destrincháveis de um “direito ao ambiente”, embora possam ser exercitadas em prol da salvaguarda de valores ambientais. A ligação de direitos — substantivos, como o direito à vida; e adjetivos, como a informação ou o acesso à justiça — à causa ambiental não é suficiente para justificar a existência e operacionalidade real de uma “pleasant-sounding formulae”, eminentemente política⁸³, como o “direito ao ambiente”. As

⁷⁷ “An empty formal shell”, assim lhe chama G. HANDL, *Human rights...*, *cit.*, p. 131.

⁷⁸ A. KISS, *Le droit à la conservation de l’environnement*, in *RUDH*, nº 12, 1990, pp. 445 segs, 448. É também este o sentido útil que HANDL descobre para o “direito ao ambiente” — *Human rights...*, *cit.*, p. 141.

Alguns exemplos de direitos procedimentais constantes de instrumentos de Direito Internacional são referenciados por T. SCOVAZZI, *La partecipazione del pubblico alle decisioni sui progetti che incidono sull’ambiente*, in *RGA*, 1989/3, pp. 485 segs, 485 segs (ponto 1).

⁷⁹ Aprovada pela Resolução da Assembleia da República 11/2003, in *DR-I*, de 25 de Fevereiro de 2003, pp. 1315 segs.

⁸⁰ Por isso M. A. FITZMAURICE (*International...*, *cit.*, p. 328), depois de proceder a uma análise dos direitos procedimentais relacionados com a defesa do ambiente, especialmente no âmbito da Convenção de Aarhus, sublinha que tais direitos não reflectem necessariamente a existência de um direito ao ambiente.

⁸¹ Cfr. M. DÉJEANT-PONS, *L’insertion du droit de l’homme à l’environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l’homme*, in *RUDH*, 1991/11, pp. 461 segs, pp. 467 segs (esp. nota 44).

⁸² É esta a (nos seus termos coerente) linha argumentativa de K. BOSSELMANN, *Ökologische Grundrechte*, Baden-Baden, 1998, pp. 265 segs. Problemática, como aliás reconhece, é a evolução de uma perspectiva emocional e ética para uma dimensão jurídica, a ultrapassagem da retórica pela concretização do “direito” (pp. 287 segs, *max.* p. 301).

⁸³ PAULA PEVATO, *A right...*, *cit.*, p. 318.

palavras podem inventar um direito, mas não bastam para o manter vivo.

A valência do “direito ao ambiente” é, a nosso ver, outra, e passa pela responsabilização de cada um pela tarefa global de conservação do ambiente — sublinhe-se que a primeira formulação do direito ao ambiente, no princípio 1, 2ª parte, da Declaração de Estocolmo, assenta nessa premissa. KISS parece, aliás, aludir a esse aspecto, quando sugere a substituição da locução *direito ao ambiente* por *direito à conservação do ambiente*⁸⁴.

Na lógica dos chamados direitos colectivos⁸⁵, como o direito à paz, ao desenvolvimento, à autodeterminação, o “direito” ao ambiente envolve um interesse de fruição dos bens ambientais, aliado a um dever de conservação dos mesmos, num contexto de solidariedade comunitária⁸⁶. A necessidade de protecção do ambiente investe cada indivíduo na dupla qualidade de credor e devedor⁸⁷: é um dever de cada pessoa, cujo cumprimento reverte, quer a favor de si própria, quer a favor dos restantes membros da comunidade, existentes e futuros. O interesse na preservação e promoção da qualidade dos bens ambientais pressupõe uma certa concepção de vida em comunidade, ou seja, é um interesse de realização comunitária, solidária⁸⁸.

Assim, a operatividade do “direito” ao ambiente não se traduz na possibilidade de exigir do Estado uma qualquer prestação a título individual, mas antes de o levar a desempenhar a tarefa da protecção e promoção da qualidade dos bens ambientais em benefício de todos os membros da comunidade. Tal fórmula contrapõe, na realidade, uma operatividade substantiva nula a um simbolismo máximo: sem se substanciar num direito a uma prestação precisa, incorpora um sentido pedagógico deveras relevante, na medida em que, através de um artifício linguístico, convoca as pessoas para, responsabilmente para consigo e solidariamente para com os restantes membros da comunidade, preservarem o seu suporte existencial natural⁸⁹. Ou seja, alicia-as para o cumprimento de um dever *mascarando-o* de direito individual clássico.

A maior adesão provocada pela fórmula do direito justifica-se ainda em virtude da desconfiança de grande parte da doutrina jusinternacionalista perante a ideia de dever. Apesar de a Declaração Universal dos Direitos do Homem não ser alheia a esta figura — que acolhe nos artigos 28 e 29 —, os autores tendem a considerar a integração de deveres em Cartas de Direitos como uma tentativa dos Estados no sentido

⁸⁴ A. KISS, *Le droit...*, *passim*.

⁸⁵ Sobre a dimensão colectiva de alguns novos direitos do homem — e inerentes problemas de legitimidade para a sua invocação —, v. a síntese de K. BOSSELMANN, *Ökologische...*, *cit.*, pp. 294 segs.

⁸⁶ Esta vertente de solidariedade comunitária, aliada à controvérsia gerada em torno da noção de *direito ao ambiente*, leva E. BROWN WEISS a preconizar a adopção da fórmula de “direitos planetários” (*planetary rights*) para designar estas novas realidades — *In fairness to future generations: International Law, common patrimony and intergenerational equity*, s/local, 1989, pp. 116, 117.

⁸⁷ J. SYMONIDES, *The human right...*, *cit.*, p. 246.

⁸⁸ Neste sentido, KAREL VASAK, *Le droit international...*, *cit.*, p. 344; G. HANDL, *Human rights...*, *cit.*, p. 133.

⁸⁹ Esta subordinação da acção individual à realização do interesse colectivo é característica dos direitos de solidariedade. Como afirma A. YOUSOUFI, “les droits de la troisième génération sont, par définition, des droits à la participation”, em que “l’individu est un citoyen responsable et actif, et non un sujet passif en quête perpétuelle d’une protection ou d’une assistance” — *Réflexions sur l’apport de la «troisième génération des droits de l’Homme»*, in *Les droits de l’Homme à l’aube du XXIème siècle*, *Liber Amicorum Karel Vasak*, Bruxelas, 1999, pp. 427 segs, 431, 432.

de enfraquecer os direitos já existentes. Com efeito, esse foi o grande argumento utilizado por académicos e organizações não-governamentais para atacar o projecto de Declaração Universal sobre as responsabilidades humanas (1998), que incluía princípios tais como a não-violência, o respeito pela vida, a tolerância, a justiça, a solidariedade: a consagração de tais “princípios” serviria apenas para legitimar intervenções restritivas dos Estados na esfera de direitos dos seus cidadãos⁹⁰.

Não é concebível, no entanto, uma comunidade internacional de Direito em que aos cidadãos seja reconhecido um máximo de liberdade e um mínimo de responsabilidade. Se é certo que os deveres, a determinar pelo Estado, não-de ter base legal e estar ao serviço de fins socialmente reconhecidos, não é menos verdade que o pleno sentimento de humanidade de cada indivíduo só é alcançável através da sua integração numa comunidade de seres (pelo menos formalmente) iguais, para com a qual e os quais tem responsabilidades morais⁹¹. A emergência de preocupações de salvaguarda de bens de uso colectivo como os ambientais, transnacionais e transtemporais, só pode reforçar, em nossa opinião, esta visão da protecção do ambiente, não só como um dever dos Estados, mas de cada cidadão, em particular (a que, aliás, desde logo a própria Declaração de Estocolmo não foi alheia).

Deve-se, decerto, à imprecisão que rodeia a locução “direito ao ambiente” a resistência dos Estados em a inserir na lista dos direitos protegidos no âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁹². Com efeito, desde os anos 70 do século XX — época de emergência da causa ecológica, como vimos — têm vindo a lume propostas, quer no sentido de aditar tal direito à Convenção, pela via dos Protocolos adicionais, quer pugnando pela adopção de uma Convenção especificamente dedicada ao ambiente, na qual se inscreveria o *direito ao ambiente*, a par de outros direitos e deveres⁹³. Destaque-se mesmo a proposta que, em 1973, foi apresentada pelo Grupo de Trabalho para o Direito do Ambiente no âmbito da Convenção, no sentido da aprovação de um Protocolo adicional dedicado ao direito à saúde, entendido como garantia de um espaço vital saudável⁹⁴. O protocolo não chegou a ser aprovado, mas na verdade, tal disposição não garantiria mais do que o já consagrado direito à integridade física.

Certo é que, até hoje, o “direito ao ambiente” não consta do elenco de direitos da Convenção. Mas nem por isso a protecção da qualidade do ambiente, mediati-

⁹⁰ Veja-se A. EIDE, *Human rights require responsibilities and duties*, in *Les droits de l’Homme à l’aube du XXIème siècle, Liber Amicorum Karel Vasak*, Bruxelas, 1999, pp. 581 segs.

⁹¹ Neste sentido, T. McCARTHY, *Human rights and human duties: do we need a declaration of human responsibilities? Some observations*, in *Les droits de l’Homme à l’aube du XXIème siècle, Liber Amicorum Karel Vasak*, Bruxelas, 1999, pp. 655 segs, 668.

⁹² A. KISS justifica esta resistência justamente com o argumento da extrema imprecisão do conteúdo do direito ao ambiente — *Peut-on définir le droit de l’Homme à l’environnement?*, in *RJE*, 1976/1, pp. 15 segs, 18.

⁹³ Referências mais detalhadas a estas propostas (que não passaram disso) podem ver-se em M. DÉJEANT-PONS, *L’insertion...*, *cit.*, pp. 465 segs.

⁹⁴ “No one should be exposed to intolerable damage or threats to his health or to intolerable impairment of his well-being as a result of adverse changes in the natural conditions of life” (artigo 1/1). O texto integral da proposta pode consultar-se em *The right to a humane environment. Proposal for an additional Protocol to the European Human Rights Convention*, in *Das Recht auf eine menschenwürdige Umwelt. Beiträge zur Umweltgestaltung*, Heft 13, Berlin, 1973.

zada embora pela invocação de direitos pessoais e sociais, “pela janela e não pela porta”⁹⁵, deixou de estar presente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem⁹⁶.

Ponto (mais) firme nesta problemática é que a protecção do ambiente reveste a forma de tarefa do Estado. No plano internacional, esta tarefa adquire contornos tanto mais difusos quanto o âmbito do instrumento que a institua (v.g., será mais concreta em tratados bilaterais, e mais vaga em tratados multilaterais), mas o seu núcleo duro traduz-se na obrigação de *cooperação* — concretização de um princípio da solidariedade ao nível internacional — com vista à prevenção, minimização e neutralização de riscos ambientais (leiam-se os vários apelos à cooperação entre Estados contidos nos princípios da Declaração do Rio). Para além desta máxima de actuação existem, contudo, outras concretizações não menos importantes, tais como os deveres de informação sobre formas de gestão de recursos naturais, de notificação de acidentes com incidências ambientais, de consulta prévia sobre intervenções ambientais potencialmente lesivas, de vigilância, de actualização de conhecimentos científicos⁹⁷.

De acordo com SCOVAZZI, a emergência destas obrigações concretas revela, de certo modo, uma tentativa de ultrapassar o “relativismo da obrigação de protecção do ambiente”, provocado pela fricção entre a conservação da natureza e os imperativos de crescimento económico e que redundava, em última análise, na ausência de uma norma consuetudinária que imponha, de forma incontroversa, a tutela dos bens ambientais naturais⁹⁸.

Em suma, no plano internacional, a abordagem da questão ambiental reflecte “uma dialéctica entre a apologia e a utopia, que se manifesta na oposição entre a soberania dos Estados e a sua responsabilidade comum de protecção do ambiente, entre a necessidade de salvaguardar as economias nacionais e os imperativos ecológicos planetários”⁹⁹. Embora, em grande parte, mais proclamatórios que efectivos, mais relativos que absolutos, mais simbólicos que reais, os instrumentos internacionais dedicados à protecção do ambiente — sobretudo os de âmbito mundial — são marcos importantes na lenta construção de uma mentalidade sensibilizada pelas

⁹⁵ J.-PIERRE MARGÉNAUD, *Droit de l’Homme a l’environnement et Cour Européenne des droits de l’Homme*, in *RJE*, nº especial 2003, pp. 15 segs, 17.

⁹⁶ Alteração relevante, que a inserção de um direito de uso de bens ambientais acompanhado de um dever de gestão racional dos mesmos poderia acarretar, seria a instituição de um direito de “acção popular”, conforme sugere M. DÉJEANT-PONS, “au profit de particuliers qui souhaiteraient prendre la défense d’un environnement altéré alors même que leurs propres droits — *strictu sensu* — n’auraient pas été altérés” — *Le droit...*, *cit.*, p. 415.

⁹⁷ O Direito do Mar, certamente em virtude dos graves problemas provocados pela poluição marítima, é um dos domínios em que com mais detalhe se têm fixado deveres dos Estados no sentido da protecção do ambiente — cfr. C. AMADO GOMES, *A protecção internacional do ambiente na Convenção de Montego Bay*, in *Estudos em homenagem da Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, II, Coimbra, 2002, pp. 695 segs (esp. pontos I. e II.3.) (também publicado na compilação *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005, pp. 187 segs).

⁹⁸ T. SCOVAZZI, *Considerazioni...*, *cit.*, pp. 606 segs. V. também C. GUTIÉRREZ ESPADA, *La contribución...*, *cit.*, pp. 145 segs.

⁹⁹ M. PALLEMAERTS, *La conférence...*, *cit.*, p. 223.

questões da preservação ambiental, representam pequenos passos (nem sempre em diante...) na direcção de uma gestão mais racional dos recursos planetários, essenciais à sobrevivência de gerações presentes e futuras. Se o *direito ao ambiente* se revela uma fórmula destituída de operatividade jurídica, já o dever de cooperação dos Estados no sentido da prevenção, minimização e neutralização de riscos ambientais, e todos os restantes que dele decorrem começa a ser encarado como uma obrigação internacional fundada em normas consuetudinárias.

2. O *direito ao ambiente* no âmbito do Direito Comunitário

O que é hoje considerado como um dos exemplos da formação de um *ius commune* europeu só a partir dos anos 70 do século XX passou a fazer parte do plano de acção da Comunidade Europeia¹⁰⁰. Referimo-nos à rede normativa que traduz a preocupação dos Estados-membros com a protecção do ambiente, a qual se desenvolveu a partir da ideia — de resto, comum ao Direito Internacional — de promoção da qualidade de vida dos cidadãos europeus.

Com efeito, e sem que tal se revele surpreendente, tendo em consideração a inicial desatenção do Tratado de Roma relativamente aos aspectos sociais em benefício da vertente económica da comunidade de interesses a constituir, a versão original do Tratado não fazia qualquer referência aos problemas relacionados com a necessidade de preservação do ambiente — os quais, aliás, só começaram a ganhar relevo, como se apontou, na década de 70 do século XX (portanto, mais de dez anos passados sobre a assinatura daquela convenção). Foi na sequência da Conferência de Estocolmo — e no mesmo ano — que os responsáveis políticos dos Estados-membros, reunidos em Paris, quiseram manifestar a adesão da Comunidade à nova causa internacional, através de uma Declaração que teve tanto efeito político (identificar a Comunidade como um actor empenhado na defesa do ambiente), como jurídico (lançando as bases de um consenso futuro para a adopção de actos comunitários relacionados com a preservação do ambiente, sem que tais actos tivessem um fundamento jurídico claramente identificado com tal matéria)¹⁰¹.

2.1. A protecção do ambiente como objectivo comunitário

A *Declaração de Paris*, de Outubro de 1972, identificando a protecção do ambiente com a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos europeus, é vulgarmente

¹⁰⁰ Cfr. R. SEERDEN e M. HELDEWEG, *Towards a lus Commune in public environmental law? Report on the Conference on Comparative Environmental Law in the European Union, Maastricht 12-13 June 1997*, in *EELR*, 1998/2, pp. 40 segs.

¹⁰¹ Para R.-CHRISTIAN BERAUD (*Fondements juridiques du Droit de l'Environnement dans le Traité de Rome*, in *RMC*, n° 223, 1979, pp. 35 segs, 38), “si, en définitive, un «choix audacieux» a été fait à cet égard, l’audace est tout au plus politique, elle n’est nullement juridique”.

apontada como o ponto de partida da política comunitária de ambiente¹⁰², tendo aberto caminho à adopção de um vasto conjunto de actos — directivas, na sua grande maioria — relacionados, directa ou indirectamente, com a conservação do meio natural¹⁰³, com base nos artigos (à data) 100 e 235, ambos conjugados com o artigo 2¹⁰⁴. Atendendo à forte interpenetração entre protecção do ambiente e estabelecimento do mercado interno, as directivas eram aprovadas ao abrigo do artigo 100, se a harmonização legislativa proporcionada por esta competência tivesse uma relação directa com a consolidação do mercado interno, e ao abrigo do artigo 235, se essa relação fosse de carácter mais ténue¹⁰⁵.

Ambiente e mercado interno têm, de facto, laços de proximidade muito maiores do que à primeira vista pode parecer. Basta considerar a condição fundamental do exercício das quatro liberdades em que assenta o mercado comum — trabalhadores, serviços, mercadorias e capitais — para nos apercebermos facilmente das estre-

¹⁰² Política essa que teve (e tem) como bases de sustentação *Programas de Acção* com a duração de cinco anos, iniciados logo em 1973, nos quais se delineiam os sectores de intervenção da Comunidade e as grandes linhas que presidem à sua actuação — cfr. M. MELO ROCHA, *A avaliação...*, *cit.*, pp. 38 segs. Por isso, embora a conexão entre medidas de protecção do ambiente e medidas restritivas da livre concorrência já tivesse sido feita antes de 1972, quer pela Direcção-Geral de Assuntos Industriais (o que levou à criação de um serviço, dentro desta, dedicado ao ambiente), em 1970, quer pela Comissão, numa comunicação do seu Presidente que realça a necessidade de recorrer ao artigo 235 para adoptar medidas de protecção do ambiente que possam perturbar as condições de livre concorrência, em 1971 — cfr. L. PAREJO ALFONSO, *Origen y desarrollo del Derecho medioambiental en el ordenamiento comunitario europeo*, in *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, coord. de J. Picon Risquez, Madrid, 1996, pp. 41 segs, 42, 43 —, o carácter isolado destas iniciativas não permite situar o arranque da política comunitária de ambiente antes de 1972/73.

¹⁰³ Note-se que a Comunidade já havia aprovado, antes de 1972, três directivas que são apontadas como precursoras da legislação ambiental comunitária — a directiva 67/548, de 1 de Julho de 1968, sobre classificação, etiquetagem e embalagem de substâncias perigosas; a directiva 70/157, de 6 de Fevereiro, sobre níveis de ruído; e a directiva 70/220, de 20 de Março, sobre emissões poluentes provenientes de veículos motorizados — L. PAREJO ALFONSO, *Origen y desarrollo...*, *cit.*, p. 46. Estas medidas, segundo R. GOSALBO BONO, resultaram um tanto fragmentárias, por não corresponderem a uma estratégia consciente de protecção do ambiente — *El derecho del medio ambiente a la luz del Derecho Comparado y del Derecho de la Comunidad Económica Europea*, in *PJ*, nº especial/IV, pp. 127 segs, 136.

¹⁰⁴ A utilização destas disposições com o propósito indicado não foi, contudo, isenta de controvérsia, tendo havido autores a defender a necessidade de revisão do Tratado para contornar a (alegada) dificuldade de recondução da política ambiental aos objectivos daquele — cfr. R.-CHRISTIAN BERAUD, *Fondements...*, *cit.*, pp. 36 segs.

¹⁰⁵ O artigo 100 do Tratado de Roma prevê alguns limites que dificultam a sua aplicação em matéria ambiental, tais como o facto de ser uma disposição especificamente relativa à implementação do mercado comum através da harmonização legislativa, de carácter correctivo (ou seja, pressupõe a adopção, pelos Estados-membros, de medidas que afectem o estabelecimento ou o funcionamento do mercado comum). A “estreiteza” desta norma levou os Estados a recorrerem residualmente ao artigo 235, cuja condição essencial de utilização é a identificação, por apelo aos artigos 2 e 3 do Tratado, de um objectivo que habilite a intervenção dos órgãos comunitários — X. DEBROUX, *Le choix de la base juridique dans l’action environnementale de l’Union Européenne*, in *CDE*, 1995/3-4, pp. 383 segs, 384, 385; D. VANDERMEERSCH, *The Single European Act and the environmental policy of the European Economic Community*, in *ELR*, 1987/6, pp. 407 segs, 410, 411.

tas relações entre ambos¹⁰⁶. Referimo-nos aos critérios de concorrência, que devem obedecer a padrões idênticos (salvo excepções identificadas no Tratado) em todos os Estados-membros, e que o objectivo da protecção do ambiente tendencialmente perturba.

Esta ligação foi confirmada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades em diversas ocasiões — das quais destacaríamos, pelo seu pioneirismo, duas, correspondentes a acórdãos de 1979¹⁰⁷ e 1985¹⁰⁸. Na primeira, o Tribunal afirmou que a ponderação dos interesses da saúde e do ambiente pode fundamentar restrições à liberdade de iniciativa empresarial, e que o défice de harmonização das legislações nacionais na matéria conduz ao falseamento das condições de concorrência no mercado (consid. 8).

No segundo caso, o Tribunal do Luxemburgo, confrontado com a questão de saber se a protecção do ambiente (nomeadamente, o sistema de autorização prévia) pode constituir um fundamento para a adopção de medidas restritivas da liberdade de circulação de mercadorias, naturalmente distorsoras da concorrência, admitiu a resposta positiva. Frisou, no entanto, que tais medidas não devem ser discriminatórias, nem ultrapassar o estritamente necessário para assegurar os fins de protecção ambiental (consid. 15).

A *apetência* da Comunidade no domínio do ambiente foi posteriormente *constitucionalizada*¹⁰⁹ através dos artigos 130R a T do Acto Único Europeu (que entrou em vigor em 1987)¹¹⁰. Estas disposições estabelecem inequivocamente a competência da Comunidade para desenvolver uma política ambiental, avançando vários princípios conformadores da actuação dos seus órgãos nesta sede (integração, gestão racional, prevenção, correcção na fonte, poluidor-pagador e responsabilização — n.ºs 1 e 2 do artigo 130R). Além disso, a revisão do Tratado de Roma pelo Acto Único acarretou também alterações ao artigo 100, nomeadamente o aditamento de um artigo 100A, o qual permitia a adopção de medidas de harmonização legislativa, directa e indirectamente¹¹¹ relacionadas com o estabelecimento e funcionamento do mercado interno e que tivessem, entre outras, incidência ambiental (cfr. os n.ºs 3, 4 e 5 daquela disposição). Ou seja, de uma situação de inexistência de base habilitante específica

¹⁰⁶ Uma resenha dos principais actos comunitários que entrelaçam a regulação do exercício destas liberdades e a protecção do ambiente (até 1990) pode ver-se em G. CORCELLE, *La dimension «environnement» du marché unique*, in *RMCUE*, n.º 334, 1990, pp. 125 segs, *passim*.

¹⁰⁷ Acórdão do TJCE de 18 de Março de 1980, proc. 91/79, in *Rec.* 1980-3, pp. 1099 segs.

¹⁰⁸ Acórdão do TJCE de 7 de Fevereiro de 1985, proc. 240/83, in *Rec.* 1985-2, pp. 538 segs.

¹⁰⁹ D. VANDERMEERSCH, *The Single European Act...*, *cit.*, p. 407; P. MADDALENA, *L'ambiente valore costituzionale nell'ordinamento comunitario*, in *CS*, II, 1999, pp. 945 segs, 948.

¹¹⁰ Sobre estas disposições, vejam-se D. VANDERMEERSCH, *The Single European Act...*, *cit.*, pp. 412 segs; L. KRÄMER, *The Single European Act and environment protection: reflections on several new provisions in Community Law*, in *CMLR*, 1987/24, pp. 659 segs, 663 segs; F. ROELANTS DU VIVIER, J.-PIERRE HANNEQUART, *Une nouvelle stratégie européenne pour l'environnement dans le cadre de l'Acte Unique*, in *RMC*, n.º 316, 1988, pp. 225 segs, *passim*.

¹¹¹ Realce-se que, enquanto o artigo 100 pressupõe que as directivas de harmonização “tenham incidência directa” no estabelecimento e funcionamento do mercado comum, o novo artigo 100A substitui tal expressão por uma fórmula mais ampla: “tenham por objecto”. Tal relação meramente indirecta constitui, em termos substantivos, a diferença fundamental entre o artigo 100 e o novo artigo 100A — X. DEBROUX, *Le choix...*, *cit.*, pp. 386, 387.

transitou-se para um quadro de habilitações alternativas, cuja delimitação não foi isenta de hesitações¹¹².

Na década de 90 do século XX, a magnitude da questão ambiental era por demais evidente¹¹³. A implementação, por parte da Comunidade, de uma política ambiental correspondia, não só a preocupações de harmonização das condições de concorrência no mercado interno, como também à constatação desse “carácter supra-regional, internacional e mesmo global da tarefa de protecção do ambiente”¹¹⁴ e foi, coerentemente, reforçada com a aprovação do Tratado de Maastricht (cuja vigência se iniciou em 1993). Se é verdade que, em termos estritamente jurídicos, esta revisão do Tratado de Roma nada acrescentou à definição das bases legais de intervenção da Comunidade (de ora em diante, já não apenas económica) no domínio da protecção ambiental¹¹⁵, não deve olvidar-se, em primeiro lugar, o relevo político do aditamento ao preâmbulo da referência ao envolvimento da Comunidade na tarefa conjunta de preservação do ambiente, no contexto do princípio do desenvolvimento sustentável (considerando 8º). Depois, em segundo lugar, e correspondentemente com a afirmação preambular, o Tratado da União integrou no lote de fins da Comunidade “o crescimento sustentado, não inflacionista e que respeite o ambiente” (artigo G), bem como inseriu a política de ambiente no lote de políticas comunitárias [arti-

¹¹² A coexistência entre o artigo 100A e os artigos 130R e 130S suscitou dúvidas na jurisprudência, que hesitou em fazer dos segundos a verdadeira base jurídica de actuação da Comunidade em sede especificamente ambiental – cfr. X. DEBROUX, *Le choix...*, cit., pp. 389 segs. Apesar da existência de decisões contraditórias, parece poder concluir-se que o critério que determina a validação ou invalidação da escolha da base habilitativa é o do fim preponderante – L. KRÄMER, *The Single European Act...*, cit., pp. 678 segs, max. 683; F. LÓPEZ RAMÓN, *Caracteres del derecho comunitario europeo ambiental*, in *RAP*, nº 142, 1997, pp. 53 segs, 67.

¹¹³ Uma síntese do estado do ambiente na Europa na década de 90 do século XX pode ver-se, com detalhe, em M. MELO ROCHA, *A avaliação...*, cit., pp. 55 segs.

¹¹⁴ A. EPINEY, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1997, p. 12, notando ainda que “Umweltschäden nicht an Staatsgrenzen halt”.

¹¹⁵ Refira-se que o maior problema que actualmente envolve a tomada de decisões com incidência ambiental (e não só) no plano comunitário parece ser o de responder à questão prévia colocada pelo princípio da subsidiariedade, hoje estabelecido como cláusula geral de repartição do exercício da competência entre Estados-membros e órgãos comunitários, no artigo 5 do Tratado de Roma (sobre as condições de aplicação deste princípio no domínio ambiental, leiam-se as considerações de H. SOMSEN, *Derecho comunitario del medio ambiente: Tratado, instituciones, procedimiento de decisión e instrumento jurídico*, in *Derecho mediambiental de la Unión Europea*, coord. de J. Picon Riquez, Madrid, 1996, pp.1 segs, 32 segs, e de L. HANCHER, *EC Environmental policy - a pre-cautionary tale?*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 187 segs, 193 segs).

Note-se, porém, que o princípio da subsidiariedade teve a sua *estreia comunitária* precisamente com o artigo 130R/4, ou seja, em matéria ambiental, o que nos leva a concluir que a aplicação da subsidiariedade em termos genéricos (a grande novidade introduzida pelo Tratado da União, a par do procedimento de co-decisão – artigo 189B), em nada buliu com o sistema já instituído, desde o AUE, pelo artigo 130R/4. Talvez (também) por isso X. DEBROUX julgue que o Tratado da União europeia não trouxe “rien de nouveau” em sede ambiental – *Le choix...*, cit., p. 395.

go 3/1/k)]¹¹⁶. Finalmente, em terceiro lugar, a segunda revisão oficial do Tratado de Roma introduziu algumas alterações no sentido do aperfeiçoamento do texto do artigo 130R¹¹⁷, das quais sobrelevaríamos a introdução, no nº 2, da referência aos princípios da cooperação internacional e da precaução, e o aditamento, no mesmo número, de um segundo parágrafo no qual se admite a inserção, nas medidas de harmonização legislativa, de cláusulas de salvaguarda autorizando os Estados a lançar mão de medidas provisórias motivadas por razões ambientais não económicas (sujeitas a um procedimento comunitário de controlo).

A entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, em 1998, deu mais um contributo para o reforço da legitimidade da actuação comunitária no plano da protecção ambiental, aditando um novo artigo especialmente dedicado ao princípio da integração. O actual artigo 6 do Tratado de Roma dispõe que “as exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e acções da Comunidade previstas no artigo 3, em especial com o objectivo de promover um desenvolvimento sustentável” (numa clara intenção de entrelaçamento com a Declaração do Rio¹¹⁸)¹¹⁹, previsão que, em conjugação com os artigos 2, 3/1/l) e 174 a 176 (anteriores artigos 130R, S e T), coloca o ambiente numa posição de supra-coordenação¹²⁰ (que não prioridade¹²¹) no contexto das políticas desenvolvidas pela Comunidade¹²². Concretização especialmente paradigmática desta abordagem foi a aprovação da directiva 2001/42/CE, de 21 de Julho, sobre a avaliação de impacto estratégica, com o objectivo de “alcançar um nível elevado de protecção do

¹¹⁶ H. SOMSEN considera estes aditamentos mais importantes do ponto de vista político que jurídico dada, por um lado, a desnecessidade, desde a entrada em vigor do AUE, de recorrer ao artigo 235 – e concomitantemente, de estabelecer ligação entre as medidas a adoptar e os fins da Comunidade – e, por outro lado, a sua vertente meramente confirmativa relativamente à actuação passada – H. SOMSEN, *Derecho comunitario...*, *cit.*, p. 21.

¹¹⁷ Para mais detalhes, v. H. SOMSEN, *Derecho comunitario...*, *cit.*, pp. 21 segs, e D. FREESTONE, *The 1992 Maastricht Treaty - Implications for european environmental law*, in *EELR*, 1992/6, pp. 23 segs.

¹¹⁸ M. SCHRÖDER, *Aktuelle Entwicklungen im europäischen Umweltrecht*, in *N+R*, 1998/1, pp. 1 segs, 1. Expondo as dúvidas que se colocam quanto à diferenciação entre os “princípios” da integração e do desenvolvimento sustentado, C. MANUEL ALVES, *La protection intégrée de l’environnement en Droit Communautaire*, in *REDE*, 2003/2, pp. 129 segs, 317, 138. Ao cabo e ao resto, o primeiro acentua os meios, enquanto o segundo aponta para um resultado; todavia, a prática demonstra que nenhum deles se assume como pressuposto de uma qualquer política ambiental, antes se conformam casuisticamente em função dos objectivos comerciais e económicos em presença (*idem*, 138).

¹¹⁹ De acordo com a Comunicação da Comissão (2001) 264 final, de 15 de Maio de 2001, subordinada ao título *A sustainable Europe for a better world: A European Union Strategy for sustainable development*, o desenvolvimento sustentado “requires that economic growth supports social progress and respects the environment, that social policy underpins economic performance, and that environmental policy is cost-effective” – fórmula considerada “fraca” por W. SHEATE (*The EC Directive on strategic environmental assessment: a much-needed boost for environmental integration*, in *EELR*, 2003/12, pp. 331 segs, 341), mas que vai de encontro à descaracterização que a noção de desenvolvimento sustentado sofreu na Cimeira do Rio.

¹²⁰ M. SCHRÖDER (*Aktuelle Entwicklungen...*, *cit.*, p. 2) cognomina o artigo 6 de “Querschnittsklausel” (cláusula de transversalidade).

¹²¹ A prioridade só existirá caso as medidas propostas impliquem danos graves e irreversíveis para bens ambientais, na opinião de S. BÄR e A. -GABRIELLE MAZUREK (*Le Droit européen de l’Environnement à la lecture du Traité d’Amsterdam: modifications et perspectives*, in *RJE*, 1999/3, pp. 375 segs, 379).

¹²² Neste sentido, P. MADDALENA, *L’ambiente...*, *cit.*, p. 948.

ambiente e contribuir para a integração de considerações ambientais na preparação e adopção de planos e programas com vista à promoção do desenvolvimento sustentável” (artigo 1)¹²³.

Esta intenção de tratamento cada vez mais abrangente das questões relacionadas com a protecção do ambiente teve um outro reflexo no Tratado, nomeadamente ao nível das regras de harmonização legislativa, no artigo 95 (ex-100A). Incorporando as preocupações de actualização normativa decorrentes da evolução do conhecimento científico, a Comunidade, por um lado, passou a exigir que a Comissão se mantenha permanentemente sintonizada com os mais recentes avanços da Ciência — “tendo nomeadamente em conta qualquer nova evolução baseada em dados científicos” —, a fim de poder garantir o mais elevado nível de protecção dos valores ambientais nas directivas que propõe ao Conselho (artigo 95/3)¹²⁴.

Por outro lado, com o Tratado de Amesterdão criou-se (mais) uma *válvula de escape* no âmbito do regime de transposição de directivas que tenham por objecto o estabelecimento e funcionamento do mercado interno, permitindo “derrogações controladas” aos actos comunitários. Assim, o artigo 95/5 do Tratado de Roma prevê a hipótese de emissão de normas nacionais de sentido diverso da orientação de uma directiva já aprovada, “baseadas em novas provas científicas relacionadas com a protecção do meio de trabalho ou do ambiente”¹²⁵ (ou motivadas por qualquer problema específico do Estado¹²⁶), notificando-as à Comissão que, num espaço de seis meses, deverá confirmar (sendo certo que o pode fazer de forma implícita) a validade de tais disposições à luz do sistema comunitário, e ponderar a utilidade e oportunidade da extensão de tal regime a todos os Estados-membros (vejam-se também os n.ºs 6 e 7)¹²⁷.

Sublinhe-se ainda que a dimensão ambiental da competência da Comunidade é tanto interna como externa. Já antes da entrada em vigor do AUE, e com base

¹²³ Uma primeira apreciação do regime desta directiva pode ver-se em W. SHEATE, *The EC Directive...*, *passim*.

¹²⁴ Uma das dúvidas mais prementes resolvidas pelo Tratado de Amesterdão nesta sede foi a da legitimidade dos Estados no que concerne à adopção de medidas nacionais mais exigentes num quadro de aprovação da directiva por unanimidade. Com a ressalva hoje constante do artigo 95/1 (que se afasta da maioria/unanimidade exigida pelo artigo 94, antigo 100 e remete para a maioria qualificada nos termos do artigo 251), tornou-se clara a possibilidade de invocar a necessidade de manter em vigor normas nacionais mais estritas — e eventualmente incompatíveis com a directiva —, pelo menos para os Estados que se abstiveram ou votaram desfavoravelmente.

¹²⁵ A diferente nomenclatura dos n.ºs 3 e 5 do artigo 95 faz reacear alguma ambiguidade na sua utilização, na medida em que fornecer uma *prova* pode revelar-se bem mais árduo do que avançar (simplesmente) novos *dados*. Numa tentativa de reprimir desvios à uniformidade do Direito Comunitário, o Tratado pode estar a utilizar dois pesos e duas medidas consoante se trate de fundamentar normas comunitárias ou normas nacionais derogatórias destas. Sobre este ponto, v. S. BÄR e A.-GABRIELLE MAZUREK, *Le Droit européen...*, *cit.*, pp. 381, 382.

¹²⁶ A especificidade pode envolver a densidade populacional ou o grau de desenvolvimento industrial, e o facto de se repetir em mais do que um Estado não inviabiliza a sua invocação — S. BÄR e A.-GABRIELLE MAZUREK, *Le Droit européen...*, *cit.*, p. 383.

¹²⁷ Sobre este mecanismo, vejam-se S. BÄR e A.-GABRIELLE MAZUREK, *Le Droit européen...*, *cit.*, pp. 380 segs; P. ICARD, *L’articulation de l’ordre juridique communautaire et des ordres nationaux dans l’application du principe de précaution*, in *RJE* - 2000, n.º especial, pp. 29 segs; N. DE SADELEER, *Les clauses de sauvegarde prévues à l’article 95 du Traité CE*, in *RTDE*, 2002/1, pp. 53 segs.

na jurisprudência AETR¹²⁸, a Comunidade surge como signatária de acordos internacionais em matéria ambiental¹²⁹. O primeiro data de 1976 — *Acordo de Barcelona para a protecção do mar mediterrâneo contra a poluição* — e depois dele muitos se seguiram¹³⁰, quer de âmbito regional, quer mundial, demonstrando a vitalidade da Europa no plano internacional da protecção do ambiente. Destaque merece, nesta sede, a IV Convenção de Lomé, celebrada entre a Comunidade e os países ACP em 1989, que dedica à protecção do ambiente o seu Título I, na medida em que elege a salvaguarda dos valores ambientais como condição essencial de desenvolvimento de países menos desenvolvidos, assumindo que “a cooperação deve assentar na mútua responsabilidade no sentido da preservação de uma herança natural”¹³¹.

2.2. O direito ao ambiente: um direito esquecido?

Se é verdade que toda a evolução do direito comunitário originário, aliada à produção legislativa da Comunidade em sede de protecção ambiental, confirma a sedimentação de uma atitude activamente preocupada com tal (vasta) temática — embora, frise-se, na maior parte dos casos motivada pela necessidade de assegurar condições de sã concorrência entre empresas¹³² —, levando a considerar o ambiente um *valor comunitariamente protegido*, isso não permite retirar a conclusão de que o Direito Comunitário reconhece (e garante) um *direito ao ambiente*¹³³.

¹²⁸ Acórdão do TJCE de 31 de Março de 1971, proc. 22/70, in *Rec.* 1971-1, pp. 263 segs.

¹²⁹ Que, por força da competência partilhada com os Estados-membros, têm a natureza de acordos mistos. Sobre este tipo de acordos comunitários, especificamente no âmbito ambiental, F. LOUREIRO BASTOS, *Os acordos mistos em Direito Comunitário*, Lisboa, 1997, pp. 130 segs.

¹³⁰ A enumeração seria fastidiosa e inútil. Uma resenha dos principais instrumentos internacionais de protecção do ambiente que contam com a participação da Comunidade Europeia pode ver-se em N. FERNÁNDEZ SOLA, *Incidence interne de la participation de la Communauté Européenne aux accords multilatéraux de protection de l’environnement*, in *RMCE*, n.º 362, 1992, pp. 793 segs, 805 segs; A. KISS, *La acción internacional de la Unión Europea*, in *Derecho mediambiental de la Unión Europea*, coord. de J. Picon Risquez, Madrid, 1996, pp.199 segs.

¹³¹ Nas palavras de A. KISS, “El IV Convenio de Lomé puede ser considerado como un modelo de integración de la protección del medio ambiente en un proceso de desarrollo” — A. KISS, *La acción internacional...*, *cit.*, p. 203. V. também, sobre a actuação internacional da Comunidade no âmbito da cooperação para o desenvolvimento, R. GIL SARAIVA, *A aposta...*, *cit.*, pp. 201 segs.

¹³² Exemplos de diplomas com o intuito exclusivo de protecção da natureza são a *directiva aves* (79/409/CEE, de 2 de Abril) e a *directiva habitats* (92/43/CEE, de 21 de Maio). Curiosamente, a primeira foi adoptada ainda antes da entrada em vigor do Acto Único, ao abrigo do artigo 235, “regarding the improvement of living conditions, a harmonious development of economic activities throughout the Community and a continuous and balanced expansion but the necessary powers to act have not been provided for in the Treaty”, o que denota a associação entre a preservação do ambiente e a qualidade de vida.

¹³³ Tal conclusão é sustentada por P. MADDALENA, *L’ambiente...*, *cit.*, pp. 948, 949, fazendo a ligação entre os artigos referidos no texto e o artigo 6/2 do Tratado da União.

Realce-se que, embora o Tratado não adiante nenhuma definição de “ambiente”, o nº 1 do artigo 174 permite supor que o âmbito da noção, tendencialmente amplo, pode ser restringido. Por outras palavras, ao distinguir entre protecção da qualidade do ambiente, protecção da saúde e protecção dos recursos naturais, os três travessões do nº 1 do artigo 174, apesar de englobarem todos estes objectivos na macro-finalidade *protecção ambiental* fazem, em nossa opinião, a ponte entre a ampla base que serviu de fundamento da aprovação de todo o acervo legislativo anterior ao AUE — a ligação entre ambiente, crescimento económico harmonioso e qualidade de vida — e um arrimo mais especificamente dirigido à protecção dos bens ambientais¹³⁴.

Esta “evolução na continuidade” valida a actuação comunitária com incidência ambiental directa e indirecta, desenvolvida desde 1970, e abre caminho a novas compreensões, amplas e restritas, da noção de protecção do ambiente (lembre-se, a propósito, que durante as negociações tendentes à aprovação do AUE, a Comissão propôs uma descrição extensiva dos elementos a compreender no conceito de política do ambiente, maioritariamente respeitantes à conservação e promoção do meio natural, proposta que veio a ser rejeitada¹³⁵). A definição através de objectivos realizada pelo artigo 174/1, podendo merecer críticas de uma perspectiva conceptual, é a que melhor serve, em virtude da sua flexibilidade, a *optimização da cláusula de competência* em matéria ambiental no contexto da sociedade de risco¹³⁶.

A Comissão Europeia tentou, pelo menos por duas vezes, introduzir tal direito no texto do Tratado¹³⁷. A primeira proposta data de 1991, e integra o pacote de alterações sugeridas por aquele órgão, no âmbito das negociações para a elaboração do Tratado da União, na Conferência Intergovernamental sobre a União Política. A disposição em causa rezava assim: “Todos os cidadãos da União têm o direito a disfrutar de um meio ambiente saudável e o dever de contribuir para a sua protecção. Com este objectivo, a todos é reconhecido o direito à informação, assim como, quando procedente, o direito de participação”¹³⁸. A sugestão não chegou a passar para o primeiro projecto submetido à discussão, elaborado pela Presidência luxemburguesa.

A segunda tentativa não teve melhor sorte. Deu-se por ocasião da negociação do Tratado de Amesterdão, em 1996, e traduziu-se na elaboração de uma norma que consagraria o direito dos cidadãos a viver num ambiente limpo e saudável. Refira-se ainda que a *Declaração dos direitos e liberdades fundamentais da Comunidade Europeia*, adoptada pelo Parlamento Europeu em 12 de Abril de 1989, acolhe um artigo 24 que desenhava o ambiente como objecto de uma política comunitária, como valor a proteger por si e não enquanto substracto de qualquer direito¹³⁹.

¹³⁴ Em sentido próximo, A. EPINEY (*Umweltrecht...*, cit., pp. 6, 7), que fala de critérios positivos e negativos de delimitação do bem jurídico ambiente no âmbito do Direito Comunitário.

¹³⁵ Cfr. D. VANDERMEERSCH, *The Single European Act...*, cit., p. 413.

¹³⁶ Neste sentido, A. EPINEY, *Umweltrecht...*, cit., p. 6.

¹³⁷ Seguimos a exposição de L. KRÄMER, *Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad europea*, Madrid/Barcelona, 1999, pp. 16 segs.

¹³⁸ Boletim CE, 1991/2, apêndice, pp. 80 segs.

¹³⁹ Cfr. E. CASOLINO, *Trasformazioni del diritto alla luce del problema ambientale con particolare riferimento al diritto comunitario*, in *DC&SI*, 1992/3, pp. 509 segs, 527.

Dir-se-ia que, com a proclamação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em 2000, estaria encontrada a oportunidade tão aguardada para dar letra de forma a tal direito¹⁴⁰. O Preâmbulo pressente-o, quando dispõe que “o gozo destes direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras” (§6). E o Capítulo IV, subordinado ao título *Solidariedade* (depois da *Liberdade* e da *Igualdade*, símbolos das etapas das primeira e segunda “gerações de direitos”) inclui, de facto, uma disposição dedicada à protecção do ambiente (é esta, justamente, a epígrafe do artigo 37). A formulação adoptada aponta, porém, para a consagração da vertente objectiva do dever de protecção do ambiente, não permitindo retirar nenhuma ilação no sentido de afirmar a consagração do *direito ao ambiente* enquanto direito individual¹⁴¹.

Com efeito, a Carta evitou comprometer-se com a dúbia fórmula (de resto, como sucede com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sua principal *musa inspiradora*) — ao contrário, por exemplo, do que sucede no caso do direito à saúde, previsto no artigo 35, do qual se extraem claramente dois níveis de protecção, subjectiva e objectiva. Ao afirmar que “Todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de protecção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurar-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável”, a Carta inspirou-se — conforme reza a anotação ao artigo¹⁴² —, quer nos artigos 2, 6 e 174 do Tratado, quer em “determinadas” Constituições nacionais, certamente aquelas que desenham a tutela do ambiente numa perspectiva objectiva.

Da Carta retira-se, numa interpretação literal — como, de resto, já se extraía do texto do Tratado —, que a protecção do ambiente é uma preocupação assumida plenamente pela Comunidade, quer perante os Estados-membros, quer perante a comunidade internacional. Tentando ir um pouco mais além, através de uma interpretação sistemática, apelando ao passo citado do Preâmbulo e à inserção do artigo 37 no Capítulo IV, depreende-se a vontade de consciencializar os cidadãos europeus para a tarefa colectiva de tutela do ambiente, investindo-os em responsabilidades e deveres para com as gerações presentes e futuras — e que passarão, em termos jurídicos, pelo exercício empenhado dos direitos procedimentais conexos com tal tarefa.

¹⁴⁰ Sublinhe-se que a Carta constitui, por ora, um mero elemento interpretativo para as instâncias comunitárias, estando a sua força vinculante dependente da entrada em vigor do Tratado Constitucional, da qual faz parte integrante (Parte II), qual “Bela Adormecida” à espera do beijo da vida — A. VITORINO, *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, Cascais, 2000, pp. 47 segs. Sobre as mudanças que a entrada em vigor do Tratado constitucional poderá trazer no domínio do ambiente, P. BEYER, C. COFFEY, A. KLASING e I. VON HOMEYER, *The Draft Constitution for Europe and the Environment. The impact of institutional changes, the reform of the instruments and the principle of subsidiarity*, in *EELR*, 2004/7, pp. 218 segs.

¹⁴¹ Cuja ausência é muito criticada por H. SMETS — *Une Charte des droits fondamentaux sans droit à l’environnement*, in *REDE*, 2001/4, pp. 383 segs —, autor que afirma que a Carta reflete “assez mal l’état actuel du droit de l’environnement” (p. 383).

¹⁴² Reportamo-nos às anotações elaboradas pela mesa da Convenção que redigiu a Carta, datadas de Bruxelas, 11 de Outubro de 2000 — *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, coord. de Vital Moreira, Coimbra, 2001, pp. 121 segs, 143.

Mais importante seria, sobretudo se pensarmos que a Carta nada acrescenta ao conjunto de direitos de que gozam os cidadãos dos Estados-membros¹⁴³ e que a protecção do ambiente é uma incumbência comunitária expressa desde 1987, adaptar os mecanismos de defesa jurisdicional previstos no Tratado de Roma às novas exigências de protecção de bens de fruição colectiva. Nesta linha, é de atentar na sugestão de VITAL MOREIRA, que alerta para a disfuncionalidade da acção de anulação (prevista no artigo 230 do Tratado de Roma), nomeadamente do requisito do interesse directo e individual, relativamente às situações de impugnação de actos comunitários lesivos do meio ambiente¹⁴⁴. Nas palavras do Autor citado, “no caso de interesses difusos (direitos ao ambiente, direitos dos consumidores, direitos das minorias, etc.) terá de admitir-se uma qualquer forma de «class action», a cargo de associações de defesa dos interesses em causa, bem como em situações mais universais, uma verdadeira e própria «acção popular»”¹⁴⁵.

Com este desígnio, no âmbito dos trabalhos da Convenção Europeia, várias organizações não governamentais para a defesa do ambiente tentaram influenciar o Grupo de trabalho no sentido da previsão de um mecanismo de alargamento da legitimidade para a interposição de acções de anulação (alterando, assim, o texto do artigo 230, §4º do Tratado de Roma) que prescindisse da verificação do requisito do interesse individual. Tais tentativas goraram-se¹⁴⁶.

Em suma, no Direito Comunitário, a vinculação da Comunidade a princípios que convergem para uma tutela o mais plena possível do interesse de preservação da qualidade ambiental tem assistido a um crescendo desde a década de 70 do século XX. Quer no plano interno, quer no internacional, a Comunidade desmultiplica-se em actuações com incidência, directa ou indirecta, no plano ambiental, sendo certo

¹⁴³ Neste sentido, RUI MEDEIROS, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União europeia, a Convenção europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português*, Lisboa, 2001, pp. 15 segs; A. GUERRA MARTINS, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União europeia e os direitos sociais*, in *D&J*, 2001/2, pp. 189 segs, 209.

¹⁴⁴ Note-se que, presentemente, a forma de contestação, individual e associativa, da violação, pelos Estados-membros, de obrigações relativas à protecção do ambiente – nomeadamente, transposição de directivas – traduz-se na apresentação de queixas à Comissão europeia, que poderá ou não dar-lhes seguimento, na forma de acções por incumprimento, nos termos do artigo 226 do Tratado de Roma. “La semplicità del procedimento ha indotto, non solo i singoli, ma anche varie associazioni, diversi parlamentari europei e addirittura alcune pubbliche autorità degli Stati membri (...) ad utilizzare questa via per contrastare l’inerzia di uno Stato membro nell’attuazione delle norme ambientali approvate in ambito comunitario”, informa G. CORDINI, *Diritto ambientale...*, cit., p. 158. Sobre a questão, desenvolvidamente, v. o nosso *A impugnação jurisdicional de actos comunitários lesivos do ambiente, nos termos do artigo 230 do Tratado de Roma: uma acção nada popular*, in *CEDOUA*, 2004/1, pp. 89 segs (também publicado in *Textos dispersos...*, cit., pp. 293 segs, *passim*).

¹⁴⁵ VITAL MOREIRA, *A tutela dos direitos fundamentais na União europeia*, in *Carta dos Direitos...*, cit., pp. 75 segs, 78. Sublinhando também a ausência da abertura de novas vias jurisdicionais aos particulares pela Carta, ANTÓNIO VITORINO, *Carta...*, cit., p. 17.

¹⁴⁶ Diga-se, de resto, que a Convenção, na primeira versão do seu texto, começou por ignorar a realidade ambiental, insistindo unilateralmente na tónica do desenvolvimento económico. Este esquecimento foi sendo progressivamente colmatado mas, no cômputo geral, as alterações em sede de política ambiental não podem considerar-se relevantes. Cfr. J. H. HANS e J. SCOTT, *The Convention on the future of Europe: an environmental perspective*, in *JEL*, 2003/3, pp. 323 segs.

que, não só este conceito é concebido de forma ampla (abrangendo, quer a qualidade dos bens ambientais, quer a saúde pública, quer a ambígua noção de qualidade de vida), como a maior fatia de intervenções ambientais no plano interno é motivada por questões relacionadas com a preservação das condições de livre concorrência entre as empresas dos Estados-membros, na lógica da União económica e monetária (último estágio do processo de integração económica projectado em 1957).

A inserção da fórmula do “desenvolvimento sustentado” no artigo 6, com o Tratado de Amesterdão, vem comprometer a Comunidade com o espírito da Declaração do Rio — que, como vimos, é animado de um grande pragmatismo. A necessidade de assegurar um nível de protecção dos bens ambientais que satisfaça as exigências presentes sem frustrar as expectativas das gerações futuras é um designio que, num espaço comunitário em expansão a economias menos desenvolvidas, sedentas de progresso e aumento do nível de bem-estar das populações, ganha um relevo acrescido.

Que a protecção do ambiente, com todos os deveres que acarreta para a Comunidade e para os cidadãos em geral, se *entranhou* já no Direito Comunitário, é inquestionável. Já o *direito ao ambiente* é uma fórmula à qual, quer o Tratado de Roma (compreensivelmente, reconheça-se, em razão da sua natureza), quer a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, foram alheios.

3. O *direito ao ambiente* no âmbito do Direito Constitucional comparado:

Os textos constitucionais foram, de uma maneira geral, *contaminados* pela euforia internacional de consagração de um direito ao ambiente. Conforme observa KISS, poucas são as Constituições que, após a década de 70 do século XX, ignoram a fórmula — embora, como também faz questão de notar este autor, nenhuma defina o seu conteúdo preciso¹⁴⁷. Assim, no panorama europeu e mesmo mundial, podemos identificar Estados cujas Constituições conferem ao direito ao ambiente o estatuto de direito fundamental¹⁴⁸, Estados cujas leis fundamentais caracterizam a protecção do ambiente como tarefa pública, e ordenamentos estaduais que apenas referem o direito ao ambiente em leis ordinárias.

Através da análise de alguns modelos ao nível do Direito Comparado, a nossa síntese vai tentar resumir, mais do que características e diferenças, o seu significado em termos de resultados práticos, *maxime* no que toca à interpretação doutrinal do sentido do *direito ao ambiente*, bem como relativamente à aplicação jurisprudencial

¹⁴⁷ A. KISS, *Environnement et développement...*, *cit.*, p. 267.

¹⁴⁸ Cfr. E. J. RUIZ VIEYTEZ, *El derecho al ambiente como derecho de participación*, Zarautz, 1990, p. 48: segundo este Autor, a Constituição polaca de 1952 terá sido a primeira a consagrar um “direito ao aproveitamento dos valores do ambiente natural e o dever de os defender”, no artigo 71.

do conceito¹⁴⁹. Para isso, julgámos útil determo-nos sobre três casos:

3.1. O caso italiano, por o direito ao ambiente *qua tale* não constar do elenco constitucional e ser fruto de uma elaboração doutrinal e jurisprudencial;

3.2. O caso alemão, semelhante ao italiano até 1994 — em virtude da ausência de norma constitucional sobre o ambiente —, mas desde essa data acolhendo, na Lei Fundamental, uma norma de protecção do ambiente como tarefa do Estado, fruto de revisão constitucional;

3.3. O caso espanhol, que desde a primeira hora incluiu o direito ao ambiente no texto constitucional de 1978 (analogamente a Portugal, com a Constituição de 1976), o qual nos permitirá fazer a *ponte* para a análise da situação no nosso país.

Reitera-se: a nossa preocupação não é tanto descrever os quadros de protecção jurídica ambiental, ou recensear (a hierarquia d’) as normas de protecção ambiental existentes nos vários Estados¹⁵⁰, mas antes analisar a forma como a fórmula do *direito ao ambiente* é interpretada, em ordenamentos onde o debate doutrinal em torno da questão tem sido especialmente vivo. Ficam, por isso, de fora desta análise exemplos como o dos Estados Unidos, pioneiro da elaboração de um sistema legislativo de protecção ambiental (com a aprovação do *National Environment Policy Act*, de 1969)¹⁵¹, o de França, país no qual o direito ao ambiente teve durante longos anos apenas sede legislativa¹⁵², só recentemente tendo sido alçado (e não nos mesmos

¹⁴⁹ Apesar de não seguirmos a orientação de D. AMIRANTE (*Ambiente e principi costituzionali nel diritto comparato*, in *Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, a cura di D. Amirante, Milão, 2000, pp. 11 segs, 24 segs) — cuja análise parte da distinção entre Constituições “ambientais” (que acolheram o direito ao ambiente desde a versão inicial), Constituições “revistas” (que só por revisão constitucional passaram a integrar o direito ao ambiente no seu seio) e Constituições alheias ao direito ao ambiente, mas cuja leitura sistemática permite construir, pela via jurisprudencial, uma protecção adequada daquele direito —, recomendamos, pela sua clareza, a consulta desta obra a título complementar da nossa exposição.

¹⁵⁰ Uma resenha, sintética mas muito abrangente, pode ver-se em H. SMETS, *Une Charte...*, *cit.*, pp. 407 segs.

¹⁵¹ A secção 101. c) do NEPA reconhece a todos os cidadãos o direito a desfrutar de um ambiente saudável e incumbe-lhes a responsabilidade de contribuir para a conservação do meio ambiente. Embora tenha havido algumas tentativas de introduzir o direito ao ambiente na Constituição federal, todas se goraram até agora — cfr. M. T. CARBALLEIRA RIVERA, *La tutela ambiental en el derecho norteamericano*, in *RAP*, nº 137, 1995, pp. 511 segs, 516 segs.

¹⁵² Nomeadamente, no artigo 200.2 do *Code rural*, introduzido pela lei de 2 de Fevereiro de 1995 (“Les lois et règlements organisent le droit de chacun à un environnement sain”).

termos) a direito formalmente constitucional¹⁵³, ou o Brasil (que na Constituição de 1988 encontrou sede privilegiada para o direito ao ambiente, no artigo 225¹⁵⁴), entre outros. A nossa atenção recairá sobre os casos referenciados *supra*, em virtude da riqueza do debate doutrinal travado nesses países a propósito da fórmula *direito ao ambiente*, o qual pode contribuir para o esclarecimento do sentido da norma do artigo 66º/1 da Constituição portuguesa.

3.1. Itália

Nas palavras de SCOVAZZI, a inexistência de uma alusão ao direito ao ambiente na Constituição italiana de 1947 “não releva tanto da falta de sensibilidade do legislador constituinte, mas é antes o reflexo de uma época na qual o conceito de ambiente, tomado enquanto bem socialmente merecedor de tutela específica, não se tinha ainda revelado”¹⁵⁵. Só recentemente a Lei Básica italiana passou a aludir à realidade ambiental *qua tale*, num artigo (117) dedicado à repartição de competências entre Estado e Regiões¹⁵⁶ – sem se preocupar, todavia, com a inserção de qualquer disposição “correspondente” no plano dos direitos individuais.

Com efeito, a Constituição italiana, por *aproximação* ao direito ao ambiente, consagra apenas o direito à saúde e a tarefa do Estado de protecção da paisagem

¹⁵³ A descrição das tentativas de introdução no texto constitucional de uma disposição alusiva a um direito ao ambiente podem ver-se em J. UNTERMAIER, *Droit de l’homme a l’environnement et libertés publiques. Droit individuel ou droit collectif. Droit pour l’individu ou obligation pour l’Etat*, in *RJE*, 1978/4, pp. 329 segs, 349 segs, e M. PRIEUR, *Droit de l’environnement*, 3ª ed., Paris, 1996, pp. 62 segs.

Foi promulgada em 1 de Maio de 2005, pela lei constitucional 2005-205, a *Charte Constitutionnelle de l’Environnement*, que tem valor idêntico à Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão (de 1789) e ao Preâmbulo da Constituição de 1946 [leiam-se os contributos da doutrina reunidos no nº especial de 2003 da *RJE* (subordinado ao título «*La Charte constitutionnelle en débat*»), em especial o artigo de R. ROMI, *Les principes du Droit de l’Environnement dans la «Charte Constitutionnelle»*: «*jouer le jeu*» ou *mettre les principes «hors-jeu*»?», a págs. 45 segs]. O artigo 1º consagra um “*droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé*”, que acentua a vertente objectiva da protecção do ambiente e a relaciona com o direito à integridade física (saúde). Além desta referência falsamente subjectiva (anote-se o curioso título do artigo de A. CAPITANI, *La Charte de l’Environnement: un leurre constitutionnel?*, in *RFDC*, nº 63, 2005, pp. 493 segs – Autora que, depois de provocatoriamente se questionar sobre o “logro” que constituiria a *Charte*, apela a um “luar” (lueuer) jurisdicional na sua aplicação...), a *Charte* inclui direitos procedimentais (à informação e à participação) e um catálogo de deveres, vinculativos de pessoas singulares e colectivas – de preservação e de promoção do ambiente, de prevenção e reparação de danos ambientais –, sendo estes últimos considerados a verdadeira inovação do documento (A. CAPITANI, *La Charte...*, *cit.*, pp. 503 segs).

¹⁵⁴ Cfr. o nosso *O direito ao ambiente no Brasil: um olhar português*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. Silva Cunha*, Coimbra, 2005, pp. 159 segs, também publicado na compilação *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 271 segs.

¹⁵⁵ T. SCOVAZZI, *Considerazioni...*, *cit.*, p. 591.

¹⁵⁶ A fórmula constitucional, se bem que aponte no sentido de uma clara distinção entre património cultural e ambiente, não é isenta de ambiguidades quanto ao preenchimento da noção de ambiente [desde logo porque, no artigo 117/2/s), abarca três realidades aparentemente autónomas: ambiente, ecossistema e bens culturais]. Sobre o alcance desta alteração, S. CIVITARESE MATTEUCI, *Il paesaggio nel nuovo Titolo V, Parte II, delle Costituzione*, in *RGA*, 2003/2, pp. 253 segs (sobre a distinção entre património cultural e ambiente, v. pág. 264).

(artigos 32 e 9, respectivamente)¹⁵⁷, além da fórmula geral de tutela dos direitos in- violáveis, entre os quais a personalidade — artigo 2. Tal facto conduziu a doutrina e a jurisprudência italianas a enveredar por uma de duas vias de protecção: a primeira, de feição subjectiva, a partir dos direitos à vida e à integridade física, sob a égide do direito à saúde; a segunda, de feição objectiva, assente na ideia de tutela de valores de interesse público relacionados com a salvaguarda do ambiente, tais como, desde logo, a paisagem, mas também o urbanismo, o ordenamento do território, o património cultural e os bens ambientais¹⁵⁸.

A falta de referência precisa ao ambiente na versão original da Constituição, que permitisse identificá-lo como bem jurídico unitário, contribuiu desde logo para o enquadramento *gianniniano* desta questão, o qual continua a influenciar uma parte da doutrina italiana. De facto, GIANNINI, que começa por caracterizar os bens naturais como um conjunto de bens colectivos não patrimoniais, de fruição individual mas insusceptíveis de apropriação¹⁵⁹, vai depois concluir no sentido da impossibilidade da análise unitária do conceito de ambiente, propondo uma abordagem tridimensional: cultural (protecção da paisagem), sanitária (combate à poluição) e urbanística (ordenamento do território)¹⁶⁰.

A esta visão não unitária opõem-se duas outras concepções, ambas coincidentes no pressuposto — possibilidade de consideração do ambiente como um bem jurídico susceptível de uma análise unitária —, mas não coincidentes nos resultados: em primeiro lugar, a daqueles que consideram ser o ambiente capaz de suportar posições jurídicas subjectivas (*i.*); em segundo lugar, a daqueles que julgam ser o ambiente um valor cuja defesa e promoção cabe a todos os indivíduos e às entidades públicas, revestindo, por isso, um carácter objectivo (*ii.*).

i.) A primeira posição tem sido adoptada pela jurisprudência civil, liderada pela *Corte de Cassazione*. Colocando a tónica no direito à saúde e também no direito ao desenvolvimento da personalidade, esta corrente subjectiviza o direito ao ambiente através de bens jurídicos tais como a vida, a integridade física, a personalidade, legitimando assim intervenções processuais dos lesados por fenómenos de poluição e respectivos pedidos indemnizatórios por danos eventualmente sofridos¹⁶¹. Esta análise não é isenta de contradições internas, já que a jurisprudência reconhece a indivisibilidade do bem jurídico ambiente, que qualifica como bem da comunida-

¹⁵⁷ Houve tentativas no sentido de introduzir no texto constitucional uma referência ao direito ao ambiente, em 1985, quer ao nível do artigo 9 (no qual a protecção do ambiente surgiria expressamente como incumbência da República), quer no que toca ao artigo 32 (preceito que passaria a acolher um direito ao ambiente salubre, vital e laboral), cujo sucesso se gorou. Cfr. J. LÜTHER, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *PD*, 1989/4, pp. 673 segs, 676, 677.

¹⁵⁸ Cfr. G. PECCOLO, *Le droit à l'environnement dans la Constitution italienne*, in *RJE*, 1994/4, pp. 335 segs, 337.

¹⁵⁹ M. GIANNINI, *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *RTDP*, 1971/3, pp. 1122 segs, 1133 e 1134.

¹⁶⁰ M. GIANNINI, «Ambiente»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *RTDP*, 1973/1, pp. 15 segs, 23 segs.

¹⁶¹ Cfr. F. GAETANO SCOCA, *Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile*, in *D&S*, 1985/4, pp. 637 segs, 648 segs.

de, gerador de interesses colectivos — e aqui recorre frequentemente à figura do interesse difuso, espécie de *tertium genus* relativamente ao direito subjectivo e ao interesse legítimo¹⁶²; no entanto, engendra a mediatização da sua tutela através de posições às quais correspondem interesses divisíveis (porque individualizáveis) tais como a vida e a integridade física — enveredando então pela recondução à categoria de direito subjectivo.

Na doutrina, POSTIGLIONE, tentando ultrapassar esta objecção, afirma que o ambiente é simultaneamente direito subjectivo e interesse geral da colectividade¹⁶³. Cada um é responsável pelo ambiente e tem o dever de contribuir para a sua conservação. Nessa medida, o ambiente é um *diritto-dovere*: direito a não sofrer restrições no âmbito do desenvolvimento da personalidade e dever de intervir para salvaguardar bens essenciais da comunidade¹⁶⁴. Os bens naturais são, para este Autor, um pressuposto vital do ser humano, um atributo fundamental, “um espaço de alma, um modo de ser físico e psíquico”¹⁶⁵. Desta feita, o reconhecimento do direito ao ambiente como direito de personalidade corresponde, nas suas palavras, “a uma profunda exigência ética” — de resto, com eco no direito internacional¹⁶⁶.

Esta concepção acaba por redundar no mesmo vício lógico que a da jurisprudência civil referida. Ou seja, ao reconhecer que o ambiente é um bem colectivo, que demanda a actuação de deveres de solidariedade por parte de todos os membros da colectividade no sentido da sua protecção¹⁶⁷, POSTIGLIONE não consegue depois justificar a tutela individual a não ser recorrendo a outras posições jurídicas, com objectos diversos e autonomia específica (nomeadamente, os direitos de personalidade). Partindo também da tutela genérica da personalidade, com base na cláusula do artigo 2 da *Costituzione*, TONCHIA envereda pelo mesmo tipo de raciocínio, sujeitando-se à mesma crítica¹⁶⁸.

Segundo SCOCA, esta tese pretende demonstrar o indemonstrável. Admitir a subjectividade do *diritto ao ambiente* é impossível, em virtude da imprecisão do seu conteúdo. A protecção do ambiente, enquanto posição subjectiva, só poderia significar que o Estado tem o dever de não permitir que o ambiente em que cada um vive se torne completamente insalubre — o que, não só opera uma configuração (de um

¹⁶² Cfr. F. CHIREGATO, *Gli interessi diffusi in materia ambientale nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *NGCC*, 1994, Parte seconda, pp. 355 segs, 356.

¹⁶³ A. POSTIGLIONE, *Ambiente: suo significato giuridico unitario*, in *RTDP*, 1985/1, pp. 32 segs. Posição análoga é propugnada por M. COMPORTI, *Tutela dell’ambiente e tutela della salute*, in *RGA*, 1990/2, pp. 191 segs, *max.* 201 segs.

¹⁶⁴ A. POSTIGLIONE, *Ambiente...*, *cit.*, pp. 40 segs, 43.

¹⁶⁵ A. POSTIGLIONE, *Ambiente...*, *cit.*, p. 45.

¹⁶⁶ A. POSTIGLIONE, *Ambiente...*, *cit.*, p. 47.

¹⁶⁷ A. POSTIGLIONE, *Ambiente...*, *cit.*, p. 52.

¹⁶⁸ T. TONCHIA, *Tutela dell’ambiente come diritto alla personalità umana: lineamenti normativi per un nuovo approccio al problema*, in *Diritti dell’uomo e ambiente. La partecipazione dei cittadini alle decisioni sulla tutela dell’ambiente*, a cura di Teresa Tonchia, Pádua, 1990, pp. 211 segs, 224 segs. Esta Autora considera que o direito ao ambiente faz parte do *núcleo duro* do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e que, em virtude dessa ligação, pode falar-se num direito-dever do indivíduo de intervir no sentido da salvaguarda dos bens naturais como bens essenciais para si e para a comunidade (*idem*, p. 230).

direito) pela negativa, como tem um conteúdo tão mínimo que acaba por se tornar praticamente nulo¹⁶⁹.

A confusão em que laboram os defensores desta corrente assenta na equiparação do ambiente *como contexto* ao ambiente *como direito*. Ora, o ambiente, escreve SCOCA, é uma noção de síntese para designar todo o conjunto de circunstâncias que rodeiam o homem, é uma realidade externa ao sujeito. A vida ou a integridade física são objecto de direitos pessoais; o ambiente é um bem intrinsecamente colectivo, insusceptível de apropriação individual. Logo, não se pode falar de um direito ao ambiente em sentido técnico¹⁷⁰.

Esta opinião parece ser partilhada por MADDALENA, que refuta a qualificação do direito ao ambiente como um direito de personalidade e o apresenta antes como um “direito de propriedade colectiva”, uma *res communis omnium*, pertencente a todos — presentes e futuros — mas inapropriável por cada um¹⁷¹. A preocupação deste Autor é sobretudo a de justificar a solução legislativa relativa à ressarcibilidade do dano ambiental, constante do artigo 18 da Lei 349, de 8 de Julho de 1986, na qual é configurado como dano público, por envolver a deterioração de um bem público. A não identificação do dano ambiental com a lesão de direitos de personalidade justifica a restrição da legitimidade processual ao Ministério Público e às entidades cujas atribuições envolvem a missão de tutela dos bens naturais danificados na sua integridade ou qualidade intrínsecas¹⁷².

ii.) A segunda tese que parte da consideração unitária do bem jurídico ambiente afasta a subjectivização e envereda pela sua qualificação exclusiva como tarefa estatal. É a posição que a *Corte Costituzionale* vem defendendo desde a década de 80 do século XX¹⁷³, nomeadamente nas decisões 210 (de 28 de Maio de 1987) e 641 (de

¹⁶⁹ F. GAETANO SCOCA, *Tutela dell’ambiente: la difforme...*, *cit.*, pp. 649, 650. Em sentido idêntico, D. AMIRANTE, *Ambiente...*, *cit.*, p. 15.

¹⁷⁰ F. GAETANO SCOCA, *Tutela dell’ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico*, *in QR*, 1989/3, pp. 533 segs, 551 segs.

¹⁷¹ P. MADDALENA, *Il diritto all’ambiente ed i diritti dell’ambiente nella costruzione della teoria del risarcimento del danno pubblico ambientale*, *in RGA*, 1990/3, pp. 469 segs, 478, 479.

¹⁷² Mais difícil de explicar, à luz do pressuposto de que o ambiente é um bem público, é a exclusão da legitimidade das associações de defesa do ambiente nas acções de responsabilidade. De acordo com M. COMPORTI (*Tutela dell’ambiente...*, *cit.*, p. 211), tal opção dever-se-á ao receio de paralisação dos tribunais, mas tal argumento só seria válido no que concerne à exclusão do instituto da legitimidade popular, não da legitimidade associativa.

¹⁷³ A *Corte Costituzionale* começou a utilizar o conceito de ambiente em 1971 (decisão 79, de 26 de Abril de 1971), num sentido plural e impreciso, que denota forte influência de GIANNINI. A propósito de problemas tão diversos como a protecção da paisagem, o direito de caçar, ou questões urbanísticas, “a tutela do ambiente é concebida como um recipiente puramente nominalista de interesses diversos, cada um com uma configuração autónoma e todos sem qualquer denominador comum” — M. CECCHETTI, *Prinzipi costituzionali per la tutela dell’ambiente*, Milão, 2000, p. 14.

30 de Dezembro de 1987)¹⁷⁴, apelando à recondução do conceito à ideia de protecção dos bens naturais e de equilíbrio ecológico. O ambiente é considerado um bem público, de natureza imaterial, cuja tutela se encontra em primeira linha a cargo dos poderes públicos, compreendendo “a conservação, a gestão racional e a promoção dos elementos naturais (ar, água, solo e suas componentes), a existência e preservação do património genético, terrestre e marinho, de todas as espécies animais e vegetais que aí vivam em estado natural, bem como da pessoa humana em todas as suas extrinsecções” (decisão de Maio de 1987).

Conforme nota CECCHETTI, a abordagem da *Corte Costituzionale* tem como ponto de partida a obrigação estadual de protecção da paisagem, decorrente do artigo 9 da Constituição, mas confere-lhe um alcance que ultrapassa largamente a vertente meramente estética da natureza¹⁷⁵. A tendência constante da jurisprudência constitucional desde os anos 80 tem sido a de considerar o ambiente como valor constitucional, cuja tutela assume o carácter de tarefa primordialmente pública; ou seja, para a *Corte Costituzionale* não é concebível um *diritto ao ambiente*, mas antes um dever público de salvaguarda dos bens naturais.

O ambiente, da perspectiva objectiva, suscita uma abordagem dúplice: por um lado, é um bem colectivo, fruível pelos membros da comunidade e insusceptível de apropriação individual¹⁷⁶; por outro lado, é um bem público, cuja tutela constitucional gera deveres de actuação e de fiscalização a cargo das entidades competentes¹⁷⁷. Nas palavras de DELL’ANNO, “a tutela do ambiente resulta, por um lado, num encargo para todos os sujeitos do ordenamento, com uma atribuição de funções de natureza pública numa extensão muito superior àquela que decorre da tradicional organização administrativa (e do próprio esquema das actuações de tutela de bens em propriedade colectiva: pense-se nos usos cívicos) e, por outro lado, numa tarefa promovida pelas formações sociais, ainda que esta seja uma função imperativamente atribuída à Administração”¹⁷⁸.

De resto, a concepção subjectiva conduz a uma amputação considerável do âmbito de protecção da norma constitucional, na medida em que subtrai do seu âmbito as situações de dano ecológico *stricto sensu*¹⁷⁹. A recente introdução no texto da Lei Fundamental de uma referência aos bens ambientais, em contraposição expressa aos bens culturais, no plano da repartição de competências entre Estado e Regiões,

¹⁷⁴ Para uma análise desta jurisprudência, v. B. CARAVITA, *Profili costituzionali della tutela dell’ambiente in Italia*, in *PD*, 1989/4, pp. 569 segs, *max.* 579 segs, e M. CECCHETTI, *Prinzipi...*, *cit.*, pp. 16 segs.

¹⁷⁵ M. CECCHETTI, *Prinzipi...*, *cit.*, p. 21.

¹⁷⁶ São estas características que levam parte da doutrina italiana a qualificar a situação jurídica de aproveitamento dos bens ambientais como interesse difuso: “(...) l’assenza dell’elemento organizzativo; la sua riferibilità ad un bene a fruizione generale e di natura indifferenziata (ad es. salute, ambiente, ecc...) e la sua appartenenza ai cittadini presi nella loro individuale rilevanza e, nel contempo, come membri una comunità sociale più o meno ristretta, ne determinano la presenza nel tessuto sociale allo stato fluido, «magmatico»” — F. CHIREGATO, *Gli interessi diffusi...*, *cit.*, p. 355.

¹⁷⁷ F. GAETANO SCOCA, *Tutela dell’ambiente: impostazione...*, *cit.*, p. 546.

¹⁷⁸ PAOLO DELL’ANNO, *Manuale di Diritto Ambientale*, Milão, 1998, p. 30.

¹⁷⁹ Neste sentido, E. CASOLINO, *Trasformazioni...*, *cit.*, pp. 521, 522.

parece confirmar a tendência no sentido da protecção objectiva do bem jurídico ambiente¹⁸⁰.

A insistência de alguma doutrina e jurisprudência italianas na subjectivização da protecção do ambiente — leia-se: na aceitação de um direito subjectivo ao ambiente — deve-se, de acordo com SCOCA, a um discurso excessivamente “apaixonado”, pouco recomendável no plano científico¹⁸¹. O enquadramento jurídico da tutela ambiental deve realizar-se de forma alheia a “estados emocionais”, estreitamente relacionados com um certo discurso político-ideológico que rodeia a noção de ambiente¹⁸². A defesa do ambiente, no plano interno e no momento actual, em nada ganha com a sua *dissolução* em direitos pessoais, cuja tutela está já plenamente assegurada. A vertente colectiva do bem *ambiente* antes aconselha a sua autonomização de outras posições jurídicas e a construção de meios de protecção específicos, nomeadamente reconduzindo-o à figura do interesse difuso e promovendo a sua defesa jurisdicional através do mecanismo da acção popular¹⁸³.

Também AMIRANTE refere um “impasse cultural” que impede a doutrina europeia — e particularmente a italiana — de atingir uma noção “objectiva” e unívoca de ambiente¹⁸⁴. De acordo com este Autor, perscrutando, quer a natureza do bem jurídico, quer a situação ao nível do Direito Comparado, uma abordagem mais madura do conceito *ambiente* obriga a concluir pela necessidade de construção da protecção ambiental a partir de pressupostos objectivos, facto para o qual não deixará certamente de contribuir o abandono de um certo radicalismo inicial¹⁸⁵. É certo que, numa área onde a sensibilização da população é fundamental, nunca é demais acentuar a vertente simbólica e educativa das normas constitucionais. Porém, isso não pode, afirma o Autor citado, perturbar a objectividade da abordagem dogmática da protecção do ambiente¹⁸⁶.

Enfim, pode dizer-se que, em Itália, a falta de suporte constitucional específico do bem jurídico ambiente conduziu a duas vias de protecção — a subjectiva, mediada por direitos de personalidade, e a objectiva, enquanto tarefa do Estado. Esta última, assente numa visão tendencialmente unitária do bem jurídico ambiente, tem vindo a consolidar-se na jurisprudência e na doutrina e fica reforçada com a introdução no texto constitucional, na revisão de 2001, e ainda que num plano meramente orgânico, da referência à competência das entidades públicas de preservação dos “bens ambientais”.

¹⁸⁰ A tutela da paisagem é um tema controverso, nomeadamente quanto a saber se deve ser incluída no âmbito da preservação dos valores ambientais, ou se há-de integrar-se na noção de património cultural, enquanto objecto de fruição estética. Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCI, *Il paesaggio...*, *cit.*, p. 263 (que afirma que a tutela da paisagem representa a “tutela ambiental de base”, porque se traduz na protecção de aspectos morfológicos do território nacional).

¹⁸¹ F. GAETANO SCOCA, *Tutela dell’ambiente: impostazione...*, *cit.*, p. 553.

¹⁸² G. DI PLINIO, *Sei miliardi di ragioni*, in *Principi di Diritto Ambientale*, a cura di G. Di Plinio e P. Fimiani, Milão, 2002, p. 2.

¹⁸³ Cfr. F. CHEREGATO, *Gli interessi diffusi...*, *cit.*, pp. 361 segs.

¹⁸⁴ D. AMIRANTE, *Ambiente...*, *cit.*, p. 24.

¹⁸⁵ D. AMIRANTE, *Ambiente...*, *cit.*, p. 44.

¹⁸⁶ D. AMIRANTE, *Ambiente...*, *cit.*, p. 43.

3.2. Alemanha

Na Alemanha, a questão da protecção ambiental começou a ser debatida na década de 70 do século passado, época em que a Lei Fundamental de Bona manifestava uma relativa indiferença por tal matéria¹⁸⁷. O distanciamento tinha razões históricas profundas. No início da década de 50 do século XX, data da entrada em vigor da Lei Básica alemã, a protecção do ambiente não era de forma alguma uma prioridade na Alemanha, em virtude da premente necessidade de reconstrução do país, arrasado pelos bombardeamentos aliados da II Guerra¹⁸⁸. O crescimento industrial era um imperativo, que postergou o início das preocupações ambientais, pelo menos ao nível da Federação¹⁸⁹. Tal circunstância explica, em parte, que a *Grundgesetz* não se tenha pronunciado sobre o papel do ambiente no âmbito das tarefas fundamentais do Estado.

Não é despiciendo referir, porém, que a Lei Fundamental alemã, (propositadamente) ao contrário da sua antecessora — a Constituição de Weimar, de 1919¹⁹⁰ — opta por um modelo fortemente garantista e individualista, que privilegia a consagração de direitos individuais em detrimento da fixação de missões dos poderes públicos¹⁹¹. Ou seja, quer em razão da não consciencialização da comunidade internacional para a questão ambiental na década de 50 do século XX, quer por razões de

¹⁸⁷ Não contendo uma disposição especificamente dedicada à protecção do ambiente, a Lei Fundamental de Bona estabelece uma série de regras relativas à repartição de competências legislativas, executivas e jurisdicionais em áreas de incidência ambiental entre o *Bund* e os *Länder* (artigos 73, 74 e 75) — cfr. J. LÜTHER, *Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Germania*, in *GC*, 1986/12, pp. 2555 segs, 2566 segs.

¹⁸⁸ Cfr. I. VON MÜNCH, *A protecção do meio ambiente na Constituição*, in *RJUA*, 1994/1, pp. 41 segs, 51; H. HOFMANN, *Natur und Naturschutz im Spiegel des Verfassungsrechts*, in *JZ*, 1988/6, pp. 265 segs, 273; R. SCHMIDT, *Der Staat der Umweltvorsorge*, in *DÖV*, 1994/18, pp. 749 segs, 752.

¹⁸⁹ Vários *Länder* incluíram a tutela ambiental no texto das suas Constituições, como por exemplo a Baviera (artigo 141/2 da Constituição de 1946), Württemberg-Hohenzollern (artigo 119 da Constituição de 1947), ou Baden (artigo 32 da Constituição de 1947) — H. HOFMANN, *Natur...*, *cit.*, p. 273. Em qualquer das disposições referidas, é acentuada a missão do Estado como principal responsável pela tutela ambiental (embora na Constituição da Baviera se desenhe um direito de fruição racional dos bens naturais por parte dos cidadãos, considerado uma “especialidade bávara” — J. LÜTHER, *Profili...*, *cit.*, p. 2558).

¹⁹⁰ A Constituição de Weimar (a par da Constituição mexicana de 1917, uma das primeiras Constituições a acolher a figura do Estado Social) continha um artigo 150 que estabelecia a obrigação estadual de proteger o património cultural, no qual se incluíam as belezas naturais. Esta norma, contudo, reflectia sobretudo uma preocupação estética, não ecológica — M. KLOEPFER, *Umweltschutz und Verfassungsrecht - Zum Umweltschutz als Staatspflicht*, in *DVBl*, 1988/7, pp. 305 segs, 306.

¹⁹¹ A necessidade de proteger a liberdade individual e de incentivar a iniciativa privada explica, em grande parte, a opção do legislador constitucional alemão por um modelo radicalmente diverso do da Constituição de Weimar, que permitisse, por um lado, superar as profundas marcas da opressão deixadas pelo regime totalitário hitleriano e, por outro lado, demarcar o lado ocidental da Alemanha da sua “metade” comunista — v. D. CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, 2001, pp. 106, 107. Relembre-se, todavia, que a GG não é alheia a uma descrição das tarefas estaduais, fazendo-o embora numa perspectiva predominantemente formal, no âmbito da repartição de atribuições e competências legislativas entre a Federação e os Estados federados (cfr. os artigos 70 a 91 da Lei Fundamental de Bona).

técnica legislativa às quais subjaz uma marcada intenção político-ideológica, facto é que a *Grundgesetz* desconsiderou a problemática da protecção do ambiente.

A pressão da necessidade, contudo, não permitiu a manutenção desta indiferença por parte do legislador ordinário, sobretudo a partir da década de 70 do século XX. A obrigação de protecção do ambiente impôs-se então ao Estado como uma fatalidade¹⁹². Surgiram várias leis sectoriais de protecção das componentes ambientais¹⁹³, ao mesmo tempo que se tentava introduzir na Lei Fundamental uma norma que expressamente deferisse ao Estado a incumbência da tutela dos bens naturais — tentativa essa gorada¹⁹⁴.

Como se depreende, a falta de cobertura constitucional não impediu a actuação dos poderes públicos no plano da tutela ambiental, apenas complicou a explicação sobre a forma de garantir o alegado “direito ao ambiente”. Esta fórmula, desaconselhada pela doutrina (*i.*), teve na jurisprudência o seu principal paladino — facto justificável por razões eminentemente práticas, ligadas à configuração do contencioso administrativo alemão (*ii.*). As críticas doutrinárias, o défice de tutela ambiental *qua tale*, mas sobretudo o impulso do Direito comparado, terão contribuído para a inserção, na Lei Fundamental de Bona, de um “artigo ambiental” (artigo 20A), em 1994, o qual confirmou a natureza objectiva da tutela ambiental — ratificando uma prática de há muito consolidada —, mas não resolveu o problema que julgamos constituir o cerne da questão: o da sindicabilidade jurisdicional das actividades ambientalmente lesivas independentemente da ocorrência de prejuízos na esfera jurídica do autor (*iii.*).

i.) Na verdade, a doutrina alemã converge na afirmação da protecção do ambiente como uma tarefa do Estado, e desaconselha a subjectivização. Assim, alertando embora para os perigos da hipervalorização do ambiente em face de outros valores constitucionalmente acolhidos¹⁹⁵, RUPP (em 1985) considera imperativa a sua protecção — que justificaria até a inclusão na *Grundgesetz* de um preceito que vinculasse o Estado a tal tarefa, dado que a natureza constitui um pressuposto vivencial das pessoas — e afasta a ideia de direito ao ambiente, qualificando-a como “uma utopia inútil”¹⁹⁶. Com efeito, para este Autor, a salvaguarda dos bens ambientais é

¹⁹² W. R. BREUER, *Strukturen und Tendenzen des Umweltschutzrechts*, in *Der Staat*, vol. 20, 1981, pp. 393 segs, 393 (“...der Umweltschutz su einer Schicksalaufgabe des modernes Staates geworden ist”).

¹⁹³ Cfr. I. VON MÜNCH, *A protecção...*, *cit.*, pp. 44 segs; W. R. BREUER, *Strukturen...*, *cit.*, pp. 396 segs; R. FERRARA, *La protezione dell’ambiente nella Repubblica federale tedesca: tendenze evolutive*, in *Fl*, 1987, Parte V, cc. 20 segs, 29 segs.

¹⁹⁴ Cfr. J. LÜTHER, *Profili...*, *cit.*, p. 2560; I. VON MÜNCH, *A protecção...*, *cit.*, pp. 44 segs

¹⁹⁵ Esta é uma alusão recorrente na doutrina alemã. Na fórmula de M. KLOEPFER (*Umweltschutz...*, *cit.*, p. 308), a tarefa estadual de protecção do ambiente é objecto de uma delimitação através dos direitos fundamentais dos particulares (*Begrenzung staatlichen Umweltschutzes durch die Grundrechte private Umweltbelastung*), na qual assume papel fulcral o princípio da proporcionalidade (sobretudo porque nos encontramos em domínios em que a remissão do legislador para cláusulas abertas, fortemente indeterminadas e cujo preenchimento está dependente de elementos extra-jurídicos, é a regra). V. também U. KARPEN (*La tutela dell’ambiente come diritto fondamentale o come finalità statale? Un elemento per una nuova Costituzione dopo la riunificazione della Germania*, in *GC*, 1991/1, pp. 1055 segs, 1060, 1061), chamando a atenção para a necessidade de o Estado da sociedade de risco se esforçar por encontrar um equilíbrio entre a garantia da segurança e a salvaguarda da liberdade.

¹⁹⁶ H. RUPP, *Ergänzung des Grundgesetzes um eine Vorschrift über den Umweltschutz?*, in *DVBl*, 1985/17, pp. 990 segs, *passim*.

um problema não só nacional, como global, cuja abordagem não se compadece com técnicas de protecção individual, que até a prejudicam¹⁹⁷. Isto na medida em que, num contexto de Estado Social, e tendo em consideração a *essencialidade* da tutela ambiental para a comunidade, existe uma responsabilidade social repartida, que acentua a vertente de um dever de respeito do ambiente por parte de cada cidadão¹⁹⁸.

Para LÜTHER, a tutela do ambiente não tem forçosamente que passar pela noção de direito subjectivo. Basta recordar a norma ínsita na Constituição de Weimar, que permitia a qualificação de tal tarefa como *Staatszielbestimmung*, como vinculação objectiva do Estado, a cumprir segundo os cânones da proporcionalidade¹⁹⁹. Tal apreciação é confirmada por VON MÜNCH, que afirma ser “sensato e correcto” ancorar a protecção do ambiente numa norma determinativa de fins do Estado e não num preceito consagrado à protecção de direitos individuais. Isto porque o ambiente se configura com um “bem jurídico colectivo e complexo, refractário a uma caracterização típica para as violações dos direitos fundamentais: a protecção de cada indivíduo contra as intervenções do Estado”²⁰⁰.

Por seu turno, KLOEPFER²⁰¹, numa tentativa de explicitar o conteúdo da vinculação estadual à tarefa de preservação e promoção do ambiente, distingue entre:

- deveres de abstenção, que englobam, quer a proibição de causar prejuízos irreversíveis, quer o dever de protecção preventiva dos bens naturais, designadamente através da técnica da autorização administrativa;
- deveres de prestação, que incluem, quer a consagração legislativa de garantias de particulares lesados por actividades poluentes, quer a concessão de subvenções destinadas ao incentivo e apoio ao cumprimento dos padrões de qualidade ambiental, quer ainda a obrigação de assegurar um “mínimo existencial ecológico”;
- garantias procedimentais, nomeadamente a previsão de direitos de participação procedimental (extensíveis depois ao contencioso administrativo), sempre que uma decisão administrativa possa pôr em causa o contexto vivencial dos interessados, reforçando assim a legitimidade decisória da Administração²⁰².

Já no que respeita à consagração, constitucional ou legal, de um direito subjectivo ao ambiente, KLOEPFER considera tal hipótese improvável, em virtude da acentuada indeterminabilidade do seu conteúdo. A vinculação do Estado à protecção do “ambiente pessoal”, nomeadamente enquanto direito prestacional, é pontual e circunscrita à salvaguarda de um “mínimo existencial ecológico”, o qual é, aliás, re-

¹⁹⁷ H. RUPP, *Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes*, in *JZ*, 1971/13, pp. 401 segs, 402. Em sentido idêntico, M. KLOEPFER, *Umweltschutz...*, *cit.*, p. 306.

¹⁹⁸ H. RUPP, *Die verfassungsrechtliche...*, *cit.*, p. 403.

¹⁹⁹ J. LÜTHER, *Profili...*, *cit.*, pp. 2561, 2562.

²⁰⁰ I. VON MÜNCH, *A protecção...*, *cit.*, p. 52.

²⁰¹ M. KLOEPFER, *Umweltschutz...*, *cit.*, pp. 309 segs.

²⁰² Refira-se a importância do Acórdão do *Bundesverfassungsgericht*, de 20 de Dezembro de 1979, sobre a central nuclear de Mülheim-Kärlich, para a estruturação da vertente procedimental da questão da protecção ambiental – in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 53, pp. 30 segs.

conduzível à esfera de direitos fundamentais como a vida ou a integridade física²⁰³. Tudo o que vá para além disto, conclui KLOEPFER, deve reconduzir-se à “reserva de fantasia dos intérpretes” (*Phantasievorbehalt der Interpreten*)²⁰⁴.

KARPEN é outro Autor que se pronuncia muito negativamente, tanto sobre a utilidade de um direito ao ambiente, como sobre a validade de tal concepção. De uma banda, escreve KARPEN, um *direito ao ambiente* reveste uma valência exígua, na medida em que a tutela mediata (e individualizada) é efectuada através de outros direitos (à vida, à integridade física, à participação procedimental, de personalidade)²⁰⁵. De outra banda, a indeterminabilidade do conteúdo de um direito ao ambiente seria fonte de insegurança jurídica e envolveria um elevado risco de activismo judicial, prejudicial à separação de poderes — o juiz seria forçado a substituir-se ao legislador na determinação do indeterminável²⁰⁶. O Autor conclui que a locução *direito ao ambiente* é produto de uma construção acrítica, revestindo um significado exclusivamente ético — gerado no contexto do Direito Internacional —, e que a sua consagração constitucional seria um puro “lirismo”²⁰⁷.

Descontadas as dificuldades técnicas, a prática demonstra também que a protecção do ambiente envolve, para os cidadãos, uma dimensão passiva (no sentido de constituir um dever) e tendencialmente negativa (em virtude da sua faceta delimitadora do conteúdo de direitos fundamentais). RAUSCHNING acentua esta dualidade quando observa que, não só a tutela ambiental é uma tarefa de todos, públicos e privados, em virtude da natureza colectiva do bem jurídico, como o desenvolvimento de tal tarefa encontra um limite no núcleo essencial da liberdade individual dos cidadãos²⁰⁸.

Isto significa que, se é certo que o Estado Social deve assegurar a criação de condições de vida que garantam o respeito pelos padrões da dignidade humana²⁰⁹ — nomeadamente, a integração dos cidadãos num contexto vivencial com qualidade ecológica —, não é verdade que tenha a obrigação de preservar os cidadãos de todos os riscos inerentes à condição humana nos parâmetros vivenciais actuais. Ou seja, RAUSCHNING alerta para a subtil ameaça — qual “presente envenenado” — que constitui um direito ao ambiente como possibilidade de exigir do Estado a eliminação de todos os riscos naturais induzidos pela técnica, com todo o totalitarismo que tal pretensão pode envolver — por ultrapassar o limite do risco residual e colocar fatalmente em causa o reduto individual da liberdade de cada um²¹⁰.

ii.) A conceptualização de um *direito ao ambiente* na Alemanha foi induzida pela jurisprudência, confrontada, por um lado, com o estreitamento da legitimidade processual em torno da figura do direito subjectivo enquanto reduto de protecção

²⁰³ M. KLOEPFER, *Umweltschutz...*, cit., p. 311.

²⁰⁴ M. KLOEPFER, *Umweltschutz...*, cit., p. 316.

²⁰⁵ U. KARPEN, *La tutela...*, cit. p. 1063.

²⁰⁶ U. KARPEN, *La tutela...*, cit., p. 1064.

²⁰⁷ U. KARPEN, *La tutela...*, cit., p. 1064 (citando Ossenbühl).

²⁰⁸ D. RAUSCHNING, *Staatsaufgabe Umweltschutz*, in *VVDStRL* 38, 1980, pp. 167 segs, 172.

²⁰⁹ D. RAUSCHNING, *Staatsaufgabe...*, cit., pp. 180, 181.

²¹⁰ D. RAUSCHNING, *Staatsaufgabe...*, cit., pp. 186 e 193.

de interesses privados directamente reconhecidos pela lei e, por outro lado, com o imperativo de assegurar tutela jurisdicional efectiva, nos termos do artigo 19.IV da *Grundgesetz*. A protecção do alegado *direito subjectivo público ao ambiente* resulta, em grande parte, da intuição da multilateralização das situações jurídicas administrativas e da necessidade de tutelar direitos de “terceiros”, no plano de relações de vizinhança ou proximidade de fontes de emissões poluentes, em face do estreitamento do acesso à justiça²¹¹. Decorre ainda, noutra parte e sequencialmente, da falsa subjectivização do bem jurídico subjacente à tarefa pública de protecção do ambiente concretizada sectorialmente nas diversas normas competenciais administrativas.

Exemplo paradigmático é o caso do “pescador da chalupa” (*Kutterfischers*), descrito por PEREIRA DA SILVA. Vendo-se perante a necessidade de assegurar a continuação da actividade económica de um pescador que desde há décadas pescava num lago subitamente ameaçado por intensas descargas poluentes de uma fábrica, e confrontado com a impossibilidade de reconhecer ao referido pescador legitimidade processual nos cânones tradicionais (por não ser ele o destinatário da autorização), o tribunal alargou o âmbito de protecção da norma habilitativa da competência autorizativa à tutela de um alegado *direito ao ambiente*, entendido este como substracto vivencial do ser humano²¹². Na verdade o que estava em causa era, por um lado, a liberdade de iniciativa económica do pescador e, por outro lado, a protecção objectiva da qualidade da água; todavia, a teoria da norma de protecção, com requintes de ilusionismo jurídico, deu forma a um *direito subjectivo público... ao ambiente*.

Forçoso é constatar que a preocupação de tutela ambiental, tomada no seu inexistente sentido subjectivo pretensivo, é fruto de um equívoco, na medida em que se invoca um direito sem qualquer conteúdo específico quando, na realidade, a posição jurídica que se defende está perfeitamente identificada e contida em normas tutelares de direitos fundamentais como a vida, a integridade física, o desenvolvimento da personalidade, a propriedade. É uma tutela indirecta, “de segunda mão”, escreve

²¹¹ A extensão da protecção jurídica neste tipo de situações opera através da teoria da norma de protecção (*Schutznormlehre*), que permite tutelar posições jurídicas particulares a partir de uma norma que visa regular a actuação dos poderes públicos. Sobre a história e o desenvolvimento da teoria da norma de protecção, v. H. BAUER, *Altes und Neues zur Schutznormtheorie*, in *AÖR*, 1988/4, pp. 583 segs; V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Coimbra, 1996, pp. 235 segs; D. CAPITANT, *Les effets...*, *cit.*, pp. 32 segs (vincando a estreita relação entre o contexto constitucional da República de Weimar, cuja Constituição assentava, esmagadoramente, em normas-tarefa, e o surgimento da *teoria da norma de protecção*, que densificou a fórmula – até então puramente descritiva, segundo o Autor – do *direito subjectivo público*).

Especificamente sobre a utilização desta teoria no domínio do Direito do Ambiente, W. R. BREUER, *Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des öffentlichen Rechts*, in *DVBl*, 1986/17, pp. 849 segs, 855 segs; J. J. GOMES CANOTILHO, *Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente. As incertezas do contencioso ambiental*, in *RLJ*, n°s 3857 segs, 1995, n°s 3858/3859, pp. 268, 269.

²¹² V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca...*, *cit.*, pp. 268 segs. V. também H. BAUER, *Altes...*, *cit.*, p. 605, que apresenta o caso como exemplo da insegurança causada pela *Schutznormtheorie* (fortemente dependente do sentido interpretativo das normas e, em consequência, geradora de grande casuismo), a qual, a partir da interpretação de uma norma de protecção da qualidade da água retira, mais do que uma mera pretensão a ver o interesse do pescador ponderado pela Administração na conformação da autorização (*Rücksichtnahmegebot*), um direito de defesa constitucional daquele (*verfassungsrechtliche Abwehransprüche*), capaz de pôr em causa a manutenção da relação jurídica.

LÜTHER²¹³ ou, na terminologia do *Bundesverfassungsgericht*, uma garantia de prestações de conteúdo ambiental seccionadas (*umweltrechtliche Teilgewährleistungen*)²¹⁴. Esta ideia — de que o Estado protege o “ambiente” de cada um através dos direitos atrás enunciados — deve ser interpretada à luz da concepção do Estado Social como garante dos pressupostos de exercício dos direitos fundamentais (*Grundrechtsvoraussetzungen*)²¹⁵, que faz impender sobre os seus ombros a responsabilidade de criar condições para que cada pessoa desfrute de um “mínimo existencial ecológico” (*ökologisches Existenzminimum*)²¹⁶.

Tal técnica de “subjectivização aparente” do direito ao ambiente, inspirada pela sua consagração em instrumentos internacionais, encontra justificação prática na necessidade de propiciar vias de tutela individual contra actuações estaduais que não têm o lesado como destinatário. A recusa de aceitar que o “terceiro” possa defender um direito subjectivo fundamental conflituante com a posição jurídica do destinatário do acto autorizativo (pessoal ou patrimonial), induz a necessidade de ficcionar uma nova posição jurídica subjectiva a partir do objecto subjacente à norma habilitativa. O “salto lógico” será transformar a tutela dos bens ambientais naturais em tutela pessoalizada — mas a ilogicidade é patente na *descontinuidade* dos bens jurídicos em jogo.

Esta “aproximação constitucional diferenciada” (*unterschiedliche verfassungsrechtliche Annäherung*)²¹⁷ ao problema da tutela ambiental não ilude, com efeito, a dissemelhança entre os bens jurídicos protegidos: por um lado, o ambiente enquanto conjunto de bens naturais (cuja gestão e preservação é disciplinada por diplomas específicos)²¹⁸ — bem colectivo; e o “ambiente” enquanto contexto vivencial assimilável à integridade física (saúde), à propriedade, ao desenvolvimento da personalidade — artifício jurídico reconduzível ao âmbito de outros direitos de liberdade.

²¹³ J. LÜTHER, *Profili...*, *cit.*, p. 2556.

²¹⁴ Cfr. L. MEZZETTI, *L’ambiente tra diritti fondamentali e apparato di governo: il caso tedesco*, in *LR*, 1987/5, pp. 968 segs, 975 segs.

²¹⁵ Cfr. C. SAILER, *Subjektives Recht und Umweltschutz*, in *DVBl*, 1976/14, pp. 521 segs. De acordo com o Autor, esta “via alternativa” de protecção do ambiente parte do princípio de que o Estado Social tem, não só que proteger, como também que propiciar condições de realização dos direitos. Desta forma, os tradicionais direitos de defesa ganham uma nova dimensão, de direitos pretensivos, fazendo com que sobre os seus titulares recaiam novas responsabilidades, numa lógica de solidariedade social, *maxime* se pensarmos em interesses de fruição de bens de natureza colectiva como o ambiente (*idem*, pp. 527 segs).

²¹⁶ À semelhança da obrigação de garantia de um “mínimo existencial económico”, construção formulada pelo *Bundesverwaltungsgericht*, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Social — J. LÜTHER, *Profili...*, *cit.*, pp. 2556, 2557. Esta “descoberta” de uma vertente positiva nos direitos à vida e à integridade física não implica, contudo, o reconhecimento de um “direito ao ambiente” — U. KARPEN, *La tutela...*, *cit.*, p. 1057.

²¹⁷ M. KLOEPFER, *Umweltschutz...*, *cit.*, p. 307. Uma síntese dos resultados desta “abordagem diferenciada” pode ver-se em R. ALEXY [Teoria de los derechos fundamentales, trad. de *Theorie der Grundrechte* (1986), Madrid, 1993, pp. 186 segs, *max.* 240 segs], Autor que qualifica o “direito ao ambiente” como um direito complexo, onde confluem vários tipos de posições jurídicas subjectivas.

²¹⁸ Numa perspectiva tendencialmente ecocêntrica, actualmente preferível — W. R. BREUER, *Strukturen...*, *cit.*, p. 402.

Essa dissemelhança é expressamente apontada pela doutrina. Assim, SEEWALD, num texto dedicado ao direito à saúde no contexto do Direito do Ambiente²¹⁹, reconhecendo embora que proteger o ambiente é salvaguardar a integridade dos pressupostos que integram o “contexto vivencial dos seres humanos” (*Lebensgrundlagen des Menschen*), não se exime de afirmar que tal forma de protecção se revelará sempre insuficiente. Isto porque a medida de protecção será reportável à medida humana (aferível através dos direitos à vida e à integridade física), não à medida global, dos elementos da natureza²²⁰. Tratando-se de bens jurídicos distintos, a protecção mediata do ambiente nunca pode almejar os resultados de uma tutela directa, concebida a partir da concepção de ambiente como conjunto de bens naturais — enfim, será sempre uma protecção deficitária²²¹.

Na mesma linha de raciocínio se encontra SAILER. Este Autor defende a superação da diferença entre direito e interesse, pretendendo demonstrar que a tutela do ambiente através de normas reguladoras da actividade dos poderes públicos (interesse público) não implica necessariamente a construção de um direito subjectivo, mas apenas a participação dos particulares na tarefa pública de salvaguarda de bens da comunidade²²². SAILER identifica assim o que constitui, para nós, o cerne da questão: a protecção mediata do “direito ao ambiente”, num contencioso — *rectius*, num ordenamento — fortemente subjectivado, depende sempre da invocação de uma lesão ou de ameaça de lesão numa posição jurídica subjectiva (seja ela um direito ou um mero interesse de facto — por força do princípio da tutela jurisdicional efectiva insito no artigo 19/IV da *Grundgesetz*). Ora, esta limitação, não só impede a clara visualização do objecto da tutela ambiental — os bens naturais —, como restringe quase por completo a tutela à modalidade repressiva, abrindo apenas a tutela preventiva a situações de perigo (em que a previsibilidade de lesão é muito forte), mas não de risco²²³.

Facilmente se compreende que, não fora a protecção mediata — que não é verdadeiramente, como se viu, protecção ambiental —, o ordenamento alemão não contemplaria meios processuais através dos quais os cidadãos pudessem controlar a actuação dos poderes públicos nesse domínio. Isto porque não existe protecção para além da subjectiva, dado que o ordenamento alemão não consagra o direito de acção popular²²⁴ — e sem lesão de uma posição jurídica individual não há acção. A abertura do contencioso a pedidos de autores investidos de legitimidade popular (individual ou associativa) — que permitiria a defesa de bens de natureza colectiva por cidadãos e associações, independentemente da lesão de direitos individuais como a integrida-

²¹⁹ O. SEEWALD, *Die Bedeutung der Gesundheit im Umweltrecht*, in *N+R*, 1988/4, pp. 161 segs.

²²⁰ O. SEEWALD, *Die Bedeutung...*, *cit.*, pp. 162 e 165. Num curioso paralelo demonstrativo, o Autor compara a saúde humana (tutelada constitucionalmente) e a saúde animal (destituída de qualquer norma de protecção) — note-se que o texto é anterior à alteração constitucional de 1994.

²²¹ O. SEEWALD, *Die Bedeutung...*, *cit.*, p. 166. No mesmo sentido, W. R. BREUER, *Strukturen...*, *cit.*, p. 400.

²²² C. SAILER, *Subjektives...*, *cit.*, p. 523.

²²³ C. SAILER, *Subjektives...*, *cit.*, p. 531; W. R. BREUER, *Ausbau...*, *cit.*, pp. 855, 856.

²²⁴ V. HARTLOFF (*Le contentieux de l'environnement en République Fédérale allemande*, in *RJE*, 1995 - nº especial, pp. 89 segs, 94) refere que a *Verwaltungsgerichtsordnung* prevê a possibilidade de os *Länder* incluírem formas de legitimidade popular associativa nas suas leis processuais, aditando, todavia, que esta abertura tem sido feita com muitas cautelas e com resultados muito restritivos.

de física ou a propriedade²²⁵ — é classificada de “retórica e provocatória” por FERRARA²²⁶, invocando o receio de paralisação da actividade administrativa. Contudo, certo é que, sem esta modalidade, a (autêntica) tutela ambiental fica amputada²²⁷.

iii.) Esse será, eventualmente, o passo seguinte na Alemanha, já que em 1994, por força de revisão constitucional, se introduziu na Lei Fundamental de Bona uma disposição que expressamente qualifica a protecção do ambiente como uma tarefa fundamental do Estado — artigo 20A²²⁸. Esta disposição, sem descurar o papel central que a pessoa adquire no sistema constitucional, aponta para uma autonomização do bem jurídico *ambiente* em torno da noção de bens naturais — no que pode ser qualificado como um ecocentrismo moderado²²⁹. O facto de a Comissão Bicameral, no seio da qual foram discutidos os projectos de revisão constitucional, ter atribuído ao conceito de “bases naturais da vida” (*natürlichen Lebensgrundlagen*) o sentido de *ambiente* tal como ele é recebido pela legislação ambiental alemã — o qual integra a fauna, a flora, o ar, o solo, a água e exclui o ambiente humanamente construído e os bens culturais²³⁰ —, confirma esta leitura²³¹.

Todavia, a referência do “artigo ambiental” à responsabilidade do Estado perante as gerações futuras (*Verantwortung für die künftige Generationen*) — problema “quase irresolúvel”, segundo SCHULTZE-FIELITZ, pelo menos do ponto de vista estritamente jurídico — torna especialmente visível, por um lado, o efeito educativo da disposição e, por outro lado, a sua faceta indutora de ponderações. Por outras palavras, o efeito educativo tem a ver com a força sensibilizadora de um texto como a Lei Fundamental no sentido da caracterização do ambiente como um bem cujos aproveitamento e preservação constituem responsabilidade de todos os membros da colectividade, entre si e para com os vindouros. O efeito indutor de ponderações traduz-se em que a protecção do ambiente se assume como um fim do Estado entre outros, orientado para a criação das condições óptimas de qualidade ambiental num determinado contexto sócio-económico — ou seja, balanceando a necessidade de protecção do ambiente com as solicitações dos operadores económicos numa so-

²²⁵ Preconizando a via da defesa da propriedade como preferencial no domínio da tutela ambiental (muito por força do modelo de contencioso alemão), G. GAENTZSCH, *Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts*, in *NZVw*, 1986/8, pp. 601 segs, *max.* 604 e 606 (relevando sobretudo a dimensão protectiva das normas do BGB). No mesmo sentido, apelando à noção de “vizinhança”, W. R. BREUER, *Ausbau...*, *cit.*, *max.* 857 segs (pondo a tónica na teoria da norma de protecção).

²²⁶ R. FERRARA, *La protezione...*, *cit.*, c. 46.

²²⁷ Neste sentido, C. SAILER, *Subjektives...*, *cit.*, p. 531; O. SEEWALD, *Die Bedeutung...*, *cit.*, p. 166; I. VON MÜNCH, *A protecção...*, *cit.*, p. 49; M. BOTHE, *Le droit à la protection de l'environnement en droit constitutionnel allemand*, in *RJE*, 1994/4, pp. 313 segs, 315; V. HARTLOFF, *Le contentieux...*, pp. 93, 94; R. FERRARA, *La protezione...*, *cit.*, c. 46.

²²⁸ Sobre a génese do artigo 20A, H. SCHULZE-FIELITZ, *La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale tedesco*, in *Diritto Ambientale e Costituzione*, a cura di A. Amirante, *cit.*, pp. 69 segs, *passim*.

²²⁹ Cfr. R. FERRARA, *La protezione...*, *cit.*, cc. 39, 40, e W. R. BREUER, *Strukturen...*, *cit.*, p. 402.

²³⁰ H. SCHULZE-FIELITZ, *La protezione...*, *cit.*, p. 77.

²³¹ Aliás, a contenção (no sentido do ecocentrismo) pode também atestar-se em virtude da exclusão de uma referência constitucional aos direitos dos animais, que chegou a ser proposta — H. SCHULZE-FIELITZ, *La protezione...*, *cit.*, p. 72. Referência, aliás, desnecessária, na medida em que os animais, enquanto integrando “as bases naturais da vida”, já gozam de tutela adequada e suficiente.

cidade industrial. Resta saber se a vinculação crescente dos Estados europeus ao Direito Comunitário não neutraliza todos estes efeitos, transformando o artigo 20A numa disposição meramente “simbólica”²³².

Do que se trata é “simplesmente” de alcançar um nível de prevenção ecológica temperado pelo bom-senso²³³. Não podendo erradicar-se as fontes poluentes em absoluto, não devendo sobrepor-se a tutela dos bens ambientais às necessidades das pessoas viventes, do artigo 20A resultam duas vinculações fundamentais para o legislador: prevenir a eclosão de danos ecológicos irreversíveis e promover a qualidade das componentes ambientais, de modo a tornar a vivência humana o mais saudável possível²³⁴. O mesmo é dizer que esta tutela ambiental, embora partindo de uma noção restrita do bem jurídico ambiente, se apresenta como uma tutela à medida dos seres humanos e não como uma tutela dos elementos da natureza *qua tale*, abstraindo da presença do Homem.

A inexistência de um mecanismo de extensão da legitimidade processual que permita aos “amigos do ambiente” intervir judicialmente em defesa da qualidade ou integridade ecológica, independentemente de qualquer interesse individualizado, reduz até este aparente ecocentrismo a níveis mínimos — porque investe os poderes públicos (e privados), salvo intervenções individualmente lesivas de direitos fundamentais, em fiscais de si próprios no cumprimento da tarefa de protecção ambiental —, quiçá insuficientes em face da força vinculante do preceito constitucional.

Em suma, a ausência, até 1994, de um preceito constitucional especificamente dedicado à protecção ambiental, por um lado, e a tendencial subjectivização do ordenamento jurídico alemão, por outro lado, levaram a que a tutela do ambiente se mediatizasse, quer através de direitos fundamentais como a vida, a integridade física, a propriedade, quer através dos princípios do Estado Social e da dignidade da pessoa humana. O surgimento, em 1994, do artigo 20A — o “artigo ambiental” —, abre as portas à introdução de formas de tutela objectivas, que permitam alcançar uma maior plenitude do controlo jurisdicional das intervenções, públicas e privadas, lesivas dos bens naturais.

3.3. Espanha

O “direito ao ambiente”, no país vizinho, foi já cognominado de “direito dos mil nomes”²³⁵. Com efeito, em Espanha, o artigo 45, directamente influenciado pelo

²³² H. SCHULZE-FIELITZ, *La protezione...*, *cit.*, p. 85.

²³³ H. SCHULZE-FIELITZ (*La protezione...*, *cit.*, p. 81) avança alguns critérios de ponderação que podem orientar o legislador na árdua tarefa de gestão racional dos bens naturais em face da pressão do desenvolvimento económico, tais como a consideração da importância do bem ambiental cuja afectação está em causa, a reversibilidade do prejuízo, o carácter difuso/concreto do dano, o tipo de entidade potencialmente poluidora, a regenerabilidade do bem, os custos económicos (da reconstituição da situação, da compensação de danos, da minimização dos efeitos).

²³⁴ O que, segundo H. SCHULZE-FIELITZ (*La protezione...*, *cit.*, p. 80) se concretiza em dois princípios: a obrigação de melhoramento e a proibição de retrocesso.

²³⁵ M. J. MONTORO CHINER, *El estado ambiental de derecho. Bases constitucionales*, in *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Professor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. de Sosa Wagner, II, Valencia, 2000, pp. 3437 segs, 3437.

artigo 66º da Constituição portuguesa²³⁶, tem suscitado interpretações divergentes. Esta disposição, cujo nº 1 estabelece que “todos têm direito a desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de o conservar”, e com um nº 2 que investe os poderes públicos na missão de “velar pela utilização racional de todos os recursos naturais, a fim de proteger e melhorar a qualidade da vida e defender e restaurar o meio ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade colectiva”²³⁷, tem merecido essencialmente leituras de dois tipos²³⁸:

i.) A dos autores que, realçando o nº 1, aí vêem a consagração de um direito subjectivo ao ambiente, para alguns de carácter fundamental. Esta vertente subjectiva convive com a feição objectiva da protecção do ambiente enquanto fim do Estado, sediada no nº 2;

ii.) A dos autores que, subalternizando o nº 1, apontam para a protecção do ambiente a título, primariamente, de tarefa pública e, complementarmente, de responsabilidade colectiva, falando então de um “direito-dever” à fruição e gestão racional dos bens naturais.

i.) A corrente que defende ser o ambiente objecto de um direito subjectivo assenta fundamentalmente na letra do artigo 45, que utiliza o termo “direito”²³⁹. É certo, reconhecem Autores como DELGADO PIQUERAS e VELASCO CABALLERO, que o conteúdo de tal direito é extremamente difícil de precisar — mas tal óbice não pode significar mais do que a necessidade de intervenção do legislador ordinário no sentido da sua densificação, sem lhe retirar a característica de direito subjectivo. Por isso, de acordo com estes Autores, estamos perante um direito subjectivo mas não fundamental, o que se confirma, quer pela ausência de protecção jurisdicional pela via do amparo, excluída pelo artigo 53/3 da Constituição (e tradicionalmente aliada aos direitos de liberdade), quer pela desnecessidade de utilização da figura da lei orgânica²⁴⁰.

Tais “fraquezas” só se justificam, segundo JORDÁ CAPITÁN, em virtude de, em 1978, o legislador constituinte não considerar o ambiente uma prioridade, tendo-o, por essa razão, excluído dos direitos susceptíveis de amparo. Actualmente, o impulso do direito internacional e, mais que isso, a mudança de atitude relativamente à necessidade de protecção e promoção dos valores ambientais, leva a defender a inscrição expressa do *direito ao ambiente* — uma verdadeira “obrigação moral” do legislador da revisão constitucional — no conjunto de direitos defensáveis pela via

²³⁶ R. MARTÍN MATEO, *Tratado...*, *cit.*, p. 107.

²³⁷ O artigo tem ainda um nº 3 que dispõe sobre a sancionabilidade penal e administrativa, nos termos a fixar por lei, das condutas que infrinjam os imperativos dos números anteriores, bem como a obrigação de ressarcimento dos danos provocados.

²³⁸ Uma síntese das posições assumidas pela doutrina espanhola neste âmbito pode ver-se em J. PÉREZ MARTOS, *La configuración jurídica del medio ambiente en el derecho español*, in *RDUyMA*, nº 159, 1998, pp. 169 segs, 181 segs.

²³⁹ F. LÓPEZ RAMÓN, *Derechos fundamentales, subjectivos y colectivos al medio ambiente*, in *REDA*, nº 95, 1997, pp. 347 segs, 357.

²⁴⁰ F. DELGADO PIQUERAS, *Regimén jurídico del derecho constitucional al medio ambiente*, in *REDC*, nº 38, 1993, pp. 49 segs, 54, 55; F. VELASCO CABALLERO, *El medio ambiente en la Constitución: derecho público subjectivo y/o principio rector?*, in *RAAP*, nº 19, 1994, pp. 77 segs, 86 segs, *max.* 91.

do amparo, consagrando-lhe uma tutela jurisdicional plena e equiparada à dos demais direitos de liberdade²⁴¹.

Esta visão é condicionada por uma concepção antropocêntrica — expressa, no caso de VELASCO CABALLERO — que gera alguns equívocos. Por um lado, refere-se que a protecção do ambiente é realizada mormente através dos direitos de personalidade, na medida em que o ambiente (humano e natural) é o sustentáculo do desenvolvimento de tais direitos — nessa vertente, o conteúdo do direito está perfeitamente determinado, a partir das linhas traçadas por tais posições jurídicas fundamentais²⁴². Mas, por outro lado, VELASCO CABALLERO afirma que, sempre que o direito ao ambiente se não reconduz a direitos de personalidade, fica destituído de qualquer conteúdo mínimo, revestindo uma “indeterminabilidade essencial”²⁴³ — a qual imputa à dificuldade de estabelecer o que seja o “círculo de vida” de cada pessoa²⁴⁴. Apesar de afirmar que uma das características do direito subjectivo é a sua referência a um objecto determinado, a “indeterminabilidade essencial” do direito ao ambiente não o preocupa, na medida em que entende que caberá sempre ao legislador — ou à jurisprudência, na ausência de pronúncia daquele — intervir na definição dos seus contornos²⁴⁵.

Já LOPERENA ROTA, na esteira de JORDANO FRAGA, desvaloriza os argumentos que afastam a natureza constitucional do direito ao ambiente²⁴⁶. A redução dos meios de protecção jurídica não afecta a essência constitucional de um direito individual de uso de um bem de titularidade comum: o meio ambiente. É um direito com um objecto — a idoneidade qualitativa dos bens naturais²⁴⁷ —, com sujeitos — os elementos da colectividade —, e que estabelece uma relação jurídica, não de propriedade mas antes de fruição. Nas palavras do Autor, é um direito simultaneamente individual e colectivo, pois a biosfera pertence *pro indiviso* a cada ser humano²⁴⁸. Nessa perspectiva, fala mesmo num “direito-dever”, na medida em que cada um é responsável pela preservação da sua “quota” de ambiente mas também da dos demais, sendo esta pretensão oponível reciprocamente entre os membros da comunidade²⁴⁹.

ii.) A doutrina que se inclina para a qualificação da norma do artigo 45 da Constituição como sustentáculo de um princípio fundamental de actuação do Estado (*principio rector*) identifica normalmente o objecto protegido com os bens ambientais naturais — água, ar, solo, fauna, flora²⁵⁰. LOPEZ MENUDO, apoiando-se no nº 2 da dis-

No mesmo sentido, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El medio ambiente...*, *cit.*, pp. 346, 347.

²⁴¹ E. JORDÁ CAPITÁN, *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Navarra, 2001, pp. 153, 155, 159 e segs.

²⁴² F. VELASCO CABALLERO, *El medio ambiente...*, *cit.*, pp. 82 e 86.

²⁴³ F. VELASCO CABALLERO, *El medio ambiente...*, *cit.*, p. 86.

²⁴⁴ F. VELASCO CABALLERO, *El medio ambiente...*, *cit.*, p. 99 (o Autor remete para o legislador, ou para a casuística jurisprudencial, a definição do âmbito do “círculo”).

²⁴⁵ F. VELASCO CABALLERO, *El medio ambiente...*, *cit.*, p. 103.

²⁴⁶ D. LOPERENA ROTA, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, 1996, pp. 48 segs; J. JORDANO FRAGA, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995, pp. 453 segs.

²⁴⁷ D. LOPERENA ROTA, *El derecho...*, *cit.*, pp. 56 e 93 segs.

²⁴⁸ D. LOPERENA ROTA, *El derecho...*, *cit.*, pp. 65, 66.

²⁴⁹ D. LOPERENA ROTA, *El derecho...*, *cit.*, pp. 66 e 75.

²⁵⁰ Neste sentido, R. MARTÍN MATEO, *Tratado...*, *cit.*, pp. 80 segs, *max.* 86; A. PÉREZ MORENO, *Re-*

posição citada, afirma que, em Espanha, apenas faz sentido uma concepção restrita de ambiente, só se compreendendo a adopção de concepções amplas — por apelo aos direitos de personalidade — em Estados cujas legislações (constitucionais e legais) não isolam o ambiente como objecto de protecção, subjectiva ou objectiva²⁵¹. Esta a razão, afirma, por seu turno, MONTORO CHINER, da desnecessidade de recurso a uma acepção ampla de ambiente pela via dos direitos de personalidade — garantidas de uma protecção meramente reflexa, totalmente dispensável em face da tutela directa promovida pelo nº 2 do artigo 45²⁵².

Esta leitura não implica a subvalorização da espécie humana em detrimento das restantes, nem se traduz em reconhecer direitos a essas espécies — animais e vegetais²⁵³. Significa tão só que, tanto os poderes públicos como os privados, cidadãos e instituições, deverão pautar a sua actuação relativamente ao meio ambiente natural por critérios de respeito da sua integridade e capacidade regenerativa, em prol da qualidade da vida, globalmente considerada. Conforme sublinha ORTEGA ÁLVAREZ, o artigo 45 da Constituição fala em “qualidade da vida”, facto que “nos situa no plano da vida biológica”, que nos transporta para o âmbito mais amplo da conservação do homem enquanto espécie, a par das restantes²⁵⁴.

Os poderes públicos, bem como os privados, têm obrigação de preservação da qualidade das componentes naturais, suportes de vida das gerações presentes e futuras — assim se explica a referência do nº 2 à solidariedade (e à ambígua noção de “qualidade de vida”). Na expressão de MONTORO CHINER, “os poderes públicos são fiduciários e garantidores da presença das futuras gerações no mundo, são responsáveis pela garantia de condições mínimas de igualdade material”²⁵⁵. A Constituição vincula o Estado e os particulares ao respeito pelos direitos das gerações futuras, acrescenta

flexiones sobre la sustantividad del derecho ambiental, in *RAP*, nºs 100/102, 1983, pp. 2767 segs, 2780; F. LÓPEZ MENUDO, El derecho a la protección del medio ambiente, in *RCEC*, nº 10, 1991, pp. 161 segs, 162, nota 2; F. LÓPEZ RAMÓN, El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales, in *La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, 1997, pp. 105 segs, 109; L. ORTEGA ÁLVAREZ, El concepto de medio ambiente, in *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, coord. de L. Ortega Álvarez, Valladolid, 1998, pp. 43 segs, 50 e 59; BERNARD-FRANK MACERA, El deber industrial de respetar el ambiente, Madrid, 1998, pp. 90, 91.

²⁵¹ F. LÓPEZ MENUDO, *El derecho...*, cit., loc. cit.. Com argumentação similar, F. DELGADO PIQUERAS, *Regimén...*, cit., p. 63, E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, *Consideraciones sobre la acción pública y el medio ambiente*, in *RDUyMA*, nº 145, 1995, pp. 141 segs, 143 segs, e L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El concepto...*, cit., p. 59.

Também para F. LÓPEZ RAMÓN, concepções amplísimas como a de Giannini só se explicam na ausência de uma norma específica de tutela ambiental, sendo de afastar em Espanha, cuja Constituição oferece sede autónoma e diferenciada para valores como o ambiente, o património cultural, a saúde — *El derecho ambiental...*, cit., p. 111.

²⁵² M. J. MONTORO CHINER, *La tutela dell’ambiente in Spagna. Profili costituzionali e amministrativi*, in *Diritto Ambientale e Costituzione*, a cura di A. Amirante, cit., pp. 47 segs, 51. Na mesma linha, R. MARTÍN MATEO (*Tratado....*, cit., p. 109) critica a posição que aproxima o direito ao ambiente dos direitos de personalidade pela sua vaguidade e excessiva amplitude.

²⁵³ Tese defendida, de forma pioneira, por C. STONE, no célebre artigo *Should trees have standing? Toward legal rights for natural objects* (originalmente publicado na *Southern California Law Review*, 1976), in *International Environmental Law*, I, coord. Paula Pevato, Trowbridge, 2001, pp. 450 segs, *passim*, mas que não é mais do que a construção de uma *actio popularis* de raiz ecocêntrica.

²⁵⁴ L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El concepto...*, cit., p. 60.

²⁵⁵ M. J. MONTORO CHINER, *El estado...*, cit., p. 3463.

a Autora, na medida em que qualquer abuso das condições económicas ou ambientais do planeta implica uma perda potencial de capacidade realizativa para aquelas gerações²⁵⁶.

Realça PÉREZ LUÑO, contudo, que “se a conservação da espécie humana, ameaçada pela degradação do ambiente, constitui um valor prioritário para qualquer sociedade, isso não implica que exista um direito fundamental ao ambiente. As técnicas de positivação dos direitos fundamentais requerem que estes se refiram a situações bem determinadas quanto ao seu objecto e titularidade. Ora bem, resulta difícil estabelecer com precisão o conjunto de faculdades constitutivas do direito ao ambiente”²⁵⁷.

O ambiente, não se afigurando como um valor absoluto e prevalecente sobre os demais valores constitucionais assume, pela via do artigo 45, o carácter de factor de ponderação nas decisões políticas, legislativas e executivas²⁵⁸. É uma competência transversal²⁵⁹, com consequente implicação nos mais variados domínios de intervenção pública. Na curiosa expressão de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, a intenção do legislador constitucional, ao incluir o artigo 45 na Lei Fundamental, foi “colocar o ambiente na equação do desenvolvimento económico” — *temperando-o* com preocupações de tutela ambiental sem o travar abruptamente²⁶⁰. A medida da intervenção pública em sectores permeáveis a preocupações de carácter ambiental — v.g., a indústria, a agricultura, a silvicultura, os grandes empreendimentos públicos susceptíveis de provocar impactos ambientais relevantes — passa a ser aferida pelo critério da utilização racional dos bens naturais²⁶¹, a objectivar a partir de critérios científicos e económicos, numa dinâmica permanente que acentua a fluidez do conceito²⁶².

A fragilidade dos bens naturais obriga, todavia, se não a considerar o ambiente um valor prevalecente, pelo menos a delinear os contornos da sua tutela a partir do princípio da prevenção. Tal passaria, de acordo com a síntese de PÉREZ MORENO, pela extensão do princípio da legalidade às relações administrativas ambientais no sentido de estabelecer a regra segundo a qual, também para os cidadãos, e sempre que estiver em causa uma ameaça de dano grave e irreversível à integridade de um bem natural, “tudo o que não é permitido é proibido”²⁶³.

O sentido do artigo 45 não é, pois, transformar o ambiente em objecto de um direito subjectivo, escreve LÓPEZ MENUDO. O preceito é claro na caracterização da ininvocabilidade individual do “direito” — dando-lhe um enfoque colectivo —, e na

²⁵⁶ M. J. MONTORO CHINER, *El estado ambiental...*, *cit.*, pp. 3460 segs.

²⁵⁷ A. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª ed., Madrid, 1991, p. 455.

²⁵⁸ M. J. MONTORO CHINER, *El estado ambiental...*, *cit.*, p. 3449; F. LÓPEZ MENUDO, *El derecho...*, *cit.*, pp. 178 segs; A. PÉREZ MORENO, *Reflexiones...*, *cit.*, pp. 2773 segs.

²⁵⁹ M. J. MONTORO CHINER, *El estado ambiental...*, *cit.*, p. 3448.

²⁶⁰ T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El medio ambiente...*, *cit.*, p. 343.

²⁶¹ P. ESCRIBANO COLLADO e J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El medio ambiente como función administrativa*, in *REDA*, nº 26, 1980, pp. 367 segs, 372.

²⁶² Cfr. R. MARTÍN MATEO, *Tratado...*, *cit.*, p. 108 (chamando a atenção para a grande abstracção do artigo 45/2, que dificulta a avaliação da sua efectividade prática).

²⁶³ A. PÉREZ MORENO, *Reflexiones...*, *cit.*, p. 2785. Ver também P. ESCRIBANO COLLADO e J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El medio ambiente...*, *cit.*, pp. 372 e 374.

sua exclusão da via de amparo, ao mesmo tempo que oferece a base de afirmação do ambiente como valor de ponderação nos processos decisórios públicos²⁶⁴. Para PÉREZ MARTOS, a negação da tese do direito ao ambiente é também uma evidência em face dos dados constitucionais: a inserção sistemática do artigo 45 (no Capítulo III, referente aos princípios de política social e económica), a exclusão da via de amparo proporcionada aos direitos do Capítulo II (*ex vi* do artigo 53/3), enfim, *last but not the least*, a inexistente explicitação de qualquer conteúdo para o alegado “direito ao ambiente”, o que o tornaria um “direito sem objecto”²⁶⁵. Esta razão tem sido determinante, aliás, para a recusa do Tribunal Constitucional espanhol em qualificar a posição jurídica a que alude o nº 1 do artigo 45 como um direito (subjectivo) fundamental — e para a propensão de realçar o nº 2, encarando a protecção do ambiente numa perspectiva predominantemente objectiva²⁶⁶.

A única consequência prática do artigo 45/1 seria, na opinião de ORTEGA ÁLVAREZ, a de legitimar intervenções processuais dos cidadãos em defesa de um interesse que recai sobre bens colectivos. Mas a acção popular, reconhecida, quer na lei processual geral, quer na lei processual administrativa, torna desnecessária tal construção artificial²⁶⁷. Ponto é que o objecto da demanda seja devidamente identificado e circunscrito, sob pena de não ser exigível; por outras palavras, através da acção popular, um cidadão, grupo de cidadãos ou qualquer associação de defesa do ambiente pode reclamar da Administração ou de privados a reposição do *statu quo ante*, ou o ressarcimento pecuniário do dano ecológico em caso de lesão individualizada de bens naturais (por exemplo, descarga de resíduos tóxicos num lago), mas tal pedido já não será possível, por exemplo, se se tratar da reconstituição da camada de ozono²⁶⁸.

Assente a natureza objectiva da protecção do ambiente — consubstanciando um fim do Estado —, e negando a natureza de direito subjectivo à posição jurídica sediada no nº 1 do artigo 45, a doutrina envereda pelas fórmulas do “direito colectivo”, do “direito à fruição”, e do “direito-dever”. No fundo, todas elas realçam sobretudo cinco pontos:

²⁶⁴ F. LÓPEZ MENUDO, *El derecho...*, *cit.*, pp. 178 segs.

²⁶⁵ J. PÉREZ MARTOS, *La configuración...*, *cit.*, pp. 191 segs. No mesmo sentido, G. REAL FERRER, *El medio ambiente en la Constitución española de 1978*, in *RJE*, 1994/4, pp. 319 segs, 326, e L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El concepto...*, *cit.*, p. 62.

²⁶⁶ Cfr. J. PÉREZ MARTOS, *La configuración...*, *cit.*, pp. 187 segs, *max.* 191. A posição do Tribunal Supremo espanhol inclina-se também neste sentido — J. L. BELTRÁN AGUIRRE, *El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in *RAP*, nº 134, 1994, pp. 281 segs, 291 segs.

²⁶⁷ L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El concepto...*, *cit.*, pp. 62, 63.

²⁶⁸ L. ORTEGA ÁLVAREZ, *El concepto...*, *cit.*, p. 65.

- a inapropriabilidade individual dos bens naturais — ou do “ambiente” como contexto vivencial;
- a possibilidade de fruição individual de bens de natureza colectiva, aliada à responsabilidade pela sua utilização;
- a vertente de solidariedade que obriga à gestão racional de bens essenciais à sobrevivência da comunidade;
- a importância dos direitos de participação procedimental na sedimentação de uma consciência cívica ambiental e na promoção da sua “gestão” colectiva²⁶⁹;
- a tutela jurisdicional do ambiente, preventiva e ressarcitória de danos ecológicos, através do mecanismo da acção popular²⁷⁰.

A palavra-chave parece ser “solidariedade”, termo que, como sublinha REAL FERRER, resulta um tanto etéreo, mas tem a vantagem de reforçar a legitimidade do Estado para a imposição de certos sacrifícios (que se traduzem normalmente em restrições a direitos fundamentais) em nome da protecção do ambiente²⁷¹. Acrescentaríamos nós, na linha do raciocínio da doutrina *supra* referida, que o apelo à solidariedade acentua também a vertente da responsabilidade colectiva pela gestão dos bens naturais, uma espécie de “horizonte ético” que deve pautar as condutas dos membros da comunidade no sentido de permitir o uso, evitando o abuso²⁷².

Em suma: a doutrina espanhola encontra-se dividida entre a qualificação simultânea do ambiente como objecto de direitos subjectivos e tarefa do Estado, e a consideração da protecção do ambiente de uma perspectiva predominantemente objectiva, que acarreta a releitura da posição jurídica ínsita no n.º 1 do artigo 45 por recurso a cânones não tradicionais (*maxime*, ao conceito de direito-dever).

Em jeito de balanço desta brevíssima análise comparatística, pode afirmar-se que nos sistemas apreciados, a fractura entre a abordagem subjectiva e objectiva da protecção ambiental só se torna decisiva na Alemanha, por força do estreitamento das vias de tutela contenciosa, exclusivamente dependentes da invocação de uma lesão individualizada na esfera do autor da acção. Tanto em Itália, como em Espanha, em virtude da consagração da figura dos interesses difusos (assessorada, eventualmente, pelo mecanismo da legitimidade popular), a dimensão subjectiva perde terreno quer no plano doutrinário, quer jurisprudencial.

²⁶⁹ Sobre este ponto, v. em especial, E. J. RUIZ VIEYTEZ, *El derecho al ambiente como derecho de participación*, Zarautz, 1990, pp. 95 segs.

²⁷⁰ M. J. MONTORO CHINER, *El estado...*, *cit.*, pp. 3339 segs; *idem*, *La tutela...*, *cit.*, pp. 51 segs; P. ESCRIBANO COLLADO e J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El medio ambiente...*, *cit.*, p. 371; F. LÓPEZ RAMÓN, *Derechos fundamentales...*, *cit.*, pp. 358 e 361; E. J. RUIZ VIEYTEZ, *El derecho...*, *cit.*, pp. 36 segs; M. BEATO ESPEJO, *El medio ambiente como bien jurídico colectivo*, 1ª parte, *in RDyMA*, n.º 148, 1996, pp. 115 segs, 116 segs.

²⁷¹ G. REAL FERRER, *El medio ambiente...*, *cit.*, p. 322.

²⁷² R. RABBI-BALDI CABANILLAS, *Notas para una fundamentación del derecho ambiental*, *in OD*, 1996/I-II, pp. 45 segs, 65, 66.

4. O direito ao ambiente no Direito Constitucional português

É tempo agora, antes de avançarmos a nossa posição relativamente a esta questão, de nos debruçarmos sobre os pressupostos normativos portugueses — em especial, constitucionais — da problemática da protecção do ambiente. Nesta sede, o artigo 66º da Constituição surge como uma referência incontornável, embora não única, desde 1976²⁷³.

Na Constituição de 1976, o “direito ao ambiente” é erigido a direito a fundamental, o que, nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “constitui uma relativa originalidade em direito constitucional comparado”²⁷⁴. O artigo 66º, na sua versão inicial, tinha quatro números²⁷⁵: o nº 1, consagrando o direito de todos os cidadãos a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, acompanhado do dever de o defender; o nº 2, no qual se estabeleciam as quatro prioridades de acção do Estado e demais poderes, públicos e privados, no âmbito da protecção do ambiente, que incluíam a prevenção da poluição, o ordenamento do território em atenção à harmónica distribuição dos recursos biológicos, a conservação da natureza através da criação e manutenção de parques e reservas naturais, e a gestão racional dos recursos naturais, com respeito pela sua capacidade regenerativa; o nº 3, sede de pedidos indemnizatórios por violação do direito ao ambiente previsto no nº 1; e finalmente, no nº 4, a Constituição enquadrava a protecção ambiental no objectivo mais abrangente da promoção da qualidade de vida. Na altura, esta última referência constituía a única ligação entre o artigo 66º e a alínea c) do artigo 9º (sob a epígrafe, que se mantém, “Tarefas fundamentais do Estado”)²⁷⁶.

Como se sabe, as revisões constitucionais (sete, até hoje), alteraram, por vezes profundamente, o texto da Lei Fundamental. O artigo 66º escapou praticamente incólume à revisão constitucional de 1982, ressalvada a renovação da redacção do nº 3, que passou a distinguir a lesão de bens naturais e a “lesão directa” na esfera pessoal (na lógica da assimilação entre direito ao ambiente e direitos de personalidade), para efeitos de indemnização²⁷⁷. Já ao nível do artigo 9º, a alteração foi significativa, na medida em que lhe foi aditada uma nova alínea [e]), a qual incumbe o Estado de

²⁷³ A tutela constitucional ambiental tem na Constituição de 1822 um “curioso” antecedente, na expressão de JORGE MIRANDA. Com efeito, o artigo 223º/V, 2ª parte, daquela Constituição, incumbia as Câmaras Municipais da missão de promoverem a plantação de árvores nos terrenos sob sua jurisdição — *Manual...*, IV, *cit.*, p. 534. Numa visão mais desapaixonada, talvez se possa ver no preceito apenas uma intenção de promoção do desenvolvimento rural. Da mesma forma que, quando a Constituição de 1933, no artigo 52º, colocava sob a protecção do Estado os “monumentos naturais”, não eram tanto fins de protecção ecológica os subjacentes a tal previsão, mas antes objectivos de tutela do património cultural — cfr. o Acórdão do STA de 15 de Janeiro de 1960, *in Col. Ac. STA*, 1960, pp. 55 segs.

²⁷⁴ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4ª ed. revista, Coimbra, 2007, p. 845.

²⁷⁵ Sobre a “metamorfose” do artigo 66º da CRP, veja-se o nosso *Constituição e Ambiente: errância e simbolismo*, in OD, 2006/IV, pp. 817 segs.

²⁷⁶ Na medida em que o artigo 9º/c) se referia à promoção da qualidade de vida do povo português.

²⁷⁷ Na primeira versão, lia-se no nº 3 do artigo 66º: “O cidadão ameaçado ou lesado no direito previsto no nº 1 pode pedir, nos termos da lei, a cessação das causas de violação e a respectiva indemnização”. Após a revisão constitucional de 1982, o texto passou a ser o seguinte: “É conferido a todos o direito de promover, nos termos da lei, a prevenção ou a cessação dos factores de degradação do ambiente, bem como, em caso de lesão directa, o direito à correspondente indemnização”.

“proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente e preservar os recursos naturais”.

Foi em 1989 que o “artigo ambiental” português sofreu a sua primeira reforma significativa: a alínea b) do nº 2 do artigo 66º foi complementada com uma referência ao “equilibrado desenvolvimento sócio-económico” essencial ao correcto ordenamento do território — o que acentua a transversalidade da temática ambiental e a consequente necessidade de integração com, nomeadamente, as opções em sede de ordenamento do território; e os números 3 e 4 desapareceram — este último, em nossa opinião, por inutilidade e redundância; aqueloutro, por rearrumação no artigo 52º/3 da Constituição²⁷⁸ (anterior artigo 49º/2²⁷⁹).

Esta inovação — que se reflecte não apenas ao nível do ambiente, mas relativamente a todo um conjunto de bens colectivos — assume um relevo fundamental na compreensão do modo de tutela, procedimental e jurisdicional, do ambiente, mas denota alguma infelicidade formal da parte do legislador constitucional. Isto porque se, por um lado, o legislador da revisão deu sede constitucional ao direito de intervir em processos nos quais está em causa um interesse colectivo e não um típico direito individual — através de um mecanismo de extensão da legitimidade processual como a “acção” popular —, por outro lado, o nº 3 do artigo 52º confunde lesão de interesses colectivos com lesão de interesses individuais, ao aludir à “correspondente indemnização” para os lesados. Tal expressão constitui um retrocesso (no que aqui releva, em sede especificamente ambiental, mas não só) relativamente à fórmula de 1982, que claramente destringia entre lesão individual (“lesão directa”, individualmente ressarcível) e lesão de bens naturais (dano ecológico, não individualmente ressarcível)²⁸⁰.

A quarta revisão constitucional voltou a mexer nos artigos 9º e 66º. Na disposição dedicada às tarefas fundamentais do Estado, o legislador decidiu incluir, na alínea d), a par dos direitos económicos, sociais e culturais, uma nova categoria, de *direitos ambientais* [esquecendo-se (?) de alterar a epígrafe do Título III em conformidade]²⁸¹. Entre as modificações mais relevantes, o artigo 66º passou a incluir uma referência à ambígua fórmula do “desenvolvimento sustentável”, no nº 2; estabeleceu a relação entre aproveitamento racional dos recursos naturais e solidariedade intergeracional [alínea d), *in fine*]; reforçou a ideia de horizontalidade da política ambiental [nas

²⁷⁸ Sobre o artigo 52º/3, v. RUI MEDEIROS, *O ambiente na Constituição*, in *RDES*, 1993, pp. 377 segs, 382 segs.

²⁷⁹ Esta disposição, que surge para dar cobertura à “acção popular correctiva” presente no artigo 822º do Código Administrativo de 1936/40, abre-se em 1989 a interesses que deveriam, porventura, ter sido reconduzidos a instrumentos diversos. Sobre este ponto, v. o nosso **D. Quixote, cidadão do mundo: da apoliticidade da legitimidade popular para defesa de interesses transindividuais**, Anotação ao Acórdão do STA de 13 de Janeiro de 2005, in *CJA*, nº 54, 2005, pp. 46 segs.

²⁸⁰ Esta confusão já vinha da Lei de Bases do Ambiente (Lei 11/87, de 7 de Abril), a qual, no artigo 5º/2/a), abria caminho a interpretações distorcidas sobre o bem jurídico cuja lesão seria susceptível de indemnização (v. também o artigo 40º/4). Tal equívoco, sustentado por leituras personalistas do “direito ao ambiente” perpetuou-se também na Lei da participação procedimental e da acção popular (Lei 83/95, de 31 de Agosto).

²⁸¹ O que, para além de reflectir uma excessiva preocupação formal com o *politicamente correcto*, tem uma utilidade reduzida, na medida em que, por um lado, o conteúdo de tais “direitos” fica por determinar e, por outro lado, o regime dos direitos económicos, sociais e culturais já se aplicava ao “direito ao ambiente”, porque inserido no Título III. Cfr. A. SOUSA PINHEIRO e M. BRITO FERNANDES, *Comentário à IV revisão constitucional*, Lisboa, 1999, p. 87.

alíneas e), f) e h)]; e alertou para a necessidade de “promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente” [alínea g)]²⁸². Enfim, pode dizer-se, em jeito de balanço das revisões do artigo 66º da CRP, que o legislador tem uma visão pouco nítida do bem jurídico *ambiente* – revelada, sobretudo, no nº 2, que *inchou* até ao limite (abarcando no ambiente inúmeros bens já objecto de protecção constitucional noutros locais), mas não menos imprecisa no que tange à tutela subjectiva, no nº 1, nomeadamente no capítulo do ressarcimento (ora considerando a possibilidade de ele ocorrer individualmente, ora abrindo a porta à efectivação de responsabilidade por lesão de bens supraindividuais, na epifenoménica fórmula de 1982).

Os dois números em que se divide o artigo 66º têm suscitado, da parte da grande maioria da doutrina nacional, uma leitura unívoca no sentido de considerar o nº 2 como uma norma determinativa de fins do Estado, estabelecendo uma incumbência de protecção do ambiente a cargo das entidades públicas, e primacialmente do Estado. Esta missão estatal desdobra-se em tarefas de carácter material e jurídico, como o atestam as várias alíneas do nº 2. Quanto ao sentido do nº 1, as posições oscilam, genericamente, entre a qualificação do direito ao ambiente, ou como direito subjectivo, ou como direito colectivo ou interesse difuso.

4.1. O direito ao ambiente na doutrina e na jurisprudência

O direito ao ambiente é um direito subjectivo fundamental: assim se pronunciou, logo em 1987, PEREIRA REIS²⁸³. Curiosamente, o Autor enumera vários argumentos contrários à aceitação de um “direito ao ambiente” (a par de um conjunto de outros, favoráveis à sua existência), afirmando, no entanto, a sua adesão incondicional à tese que reconhece a sua consagração no nº 1 do artigo 66º da CRP — fundamentalmente porque o texto da Constituição o proclama, na linha de vários instrumentos internacionais que a antecederam. Apesar da tendencial indeterminabilidade do direito, da hesitação relativamente à definição do seu objecto (bens naturais ou direitos de personalidade), da dificuldade de identificação do seu titular, da inapropriabilidade individual dos bens que compõem o ambiente, remata PEREIRA REIS²⁸⁴ que “contra factos, não há argumentos”: o reconhecimento de um direito fundamental ao ambiente é inquestionável em face do artigo 66º/1.

A faceta activa não é, contudo, a única que decorre do preceito citado, uma vez que PEREIRA REIS coloca também uma ênfase especial naquilo que chama “a obrigação jurídica de não degradar o ambiente”, a qual constitui um dever de todos os cidadãos, a par de uma incumbência do Estado. Este dever, que a legislação ordinária pode concretizar em termos genéricos ou circunscritos a determinadas componentes ambientais e em certas situações, encontra-se estreitamente conexo com a ideia de participação popular em procedimentos decisórios, verdadeiro instrumento de radicação de uma consciência ecológica²⁸⁵.

²⁸² Na senda da alínea l) do artigo 4º da LBA.

²⁸³ J. PEREIRA REIS, *Contributos para uma teoria do Direito do Ambiente*, Mem Martins, 1987, pp. 30 segs.

²⁸⁴ J. PEREIRA REIS, *Contributos...*, *cit.*, pp. 31 e 32.

²⁸⁵ J. PEREIRA REIS, *Contributos...*, *cit.*, pp. 38 segs.

GOMES CANOTILHO, analisando a estrutura da situação jurídica descrita no nº 1 do artigo 66º, começa por tentar delimitar o conceito de ambiente, o qual corresponderia ao “mundo humanamente construído e conformado”²⁸⁶ — fórmula que, de resto, encontra acolhimento do artigo 5º/2/a) da LBA. A amplitude do ponto de partida não pode, todavia, comprometer o sentido do ponto de chegada: “o conceito constitucional de ambiente e qualidade de vida insere-se, na realidade, numa compreensão sistematicamente ecológica e antropogeneticamente orientada, o que exclui a recondução do ambiente a um *ambiente natural* indiferente ao *ambiente humano*”. Ou seja, o direito ao ambiente — conclui o Autor citado —, não se centrando nas componentes ambientais naturais, não pode desligar-se da vocação para a defesa da qualidade destas²⁸⁷.

Sem negar a natureza pública do interesse na protecção e promoção da qualidade dos bens ambientais naturais²⁸⁸, que introduz uma “exigência de ponderação ecológica” nos procedimentos públicos de conformação de interesses vários, eventualmente conflituantes²⁸⁹, GOMES CANOTILHO confere uma vertente autónoma ao direito ao ambiente. A autonomia desta posição jurídica constrói-se à margem das concepções que encontram o sentido deste direito por apelo à teoria das relações de vizinhança (umbilicalmente relacionado com a titularidade do direito de propriedade), ou daquelas que o reconduzem aos direitos de personalidade²⁹⁰. Assim, e pelo menos num primeiro momento, para o Mestre de Coimbra, o direito fundamental ao ambiente configurava um direito à fruição dos bens ambientais naturais (económica, social e culturalmente contextualizados), com a qualidade indispensável a um saudável e racional aproveitamento humano²⁹¹. Constituindo um bem social unitário, o ambiente “é dotado de uma indiscutível dimensão pessoal”²⁹².

O pensamento de GOMES CANOTILHO tem vindo a evoluir, contudo, no sentido daquilo que se poderá designar por uma *despersonalização* progressiva do “direito ao ambiente”²⁹³. Sem negar a existência de “momentos subjectivos” do direito ao ambiente, o Autor hesita em reconhecer-lhe, quer a natureza de direito subjectivo defensivo, quer a natureza de direito subjectivo prestacional, em razão, fundamentalmente, da indeterminabilidade do conteúdo de tal direito, em qualquer das suas pretensas dimensões. O resultado de tal despojamento é a redução do núcleo do “direito ao ambiente” às vertentes procedimental e processual²⁹⁴.

²⁸⁶ J. J. GOMES CANOTILHO, *Procedimento administrativo e defesa do ambiente*, in *RLJ*, nºs 3794 segs (1990/91), nº 3799, p. 290.

²⁸⁷ J. J. GOMES CANOTILHO, *Procedimento...*, *cit.*, nº 3802, pp. 9, 10.

²⁸⁸ “O ambiente só pode conceber-se como *bem da colectividade* de fruição indivisível” — J. J. GOMES CANOTILHO, *Procedimento...*, *cit.*, nº 3799, p. 293.

²⁸⁹ J. J. GOMES CANOTILHO, *Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo*, in *RJUA*, nº 1, 1994, pp. 55 segs, 59. Sobre os dilemas do Estado ambiental, v., do mesmo Autor, *Juridicização da ecologia ou ecologização do Direito*, in *RJUA*, nº 4, 1995, pp. 69 segs.

²⁹⁰ J. J. GOMES CANOTILHO, *Procedimento...*, *cit.*, nº 3799, pp. 291, 292.

²⁹¹ Neste sentido também se pronuncia F. REIS CONDESSO, *Direito do Ambiente*, Coimbra, 2001, pp. 494, 495.

²⁹² J. J. GOMES CANOTILHO, *Introdução ao Direito do Ambiente*, coord., Lisboa, 1998, p. 26.

²⁹³ J. J. GOMES CANOTILHO, *O direito ao ambiente como direito subjectivo*, in *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, 2004, pp. 177 segs.

²⁹⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, *O direito ao ambiente...*, *cit.*, pp. 187 segs.

Um outro constitucionalista, RUI MEDEIROS, revela-se cauteloso na qualificação da situação jurídica sediada no nº 1 do artigo 66º. É que se, por um lado, reconhece inequívoca natureza de direito, liberdade e garantia ao direito de acção popular para intentar acções visando prevenir ou ressarcir condutas lesivas do ambiente — consagrado no artigo 52º/3, como sabemos —, RUI MEDEIROS pronuncia-se no sentido do carácter social do direito ao ambiente e da dependência da *interpositio legislatoris* para a sua concretização²⁹⁵. “O artigo 66º contém, basicamente, uma mera imposição de legislação, cabendo ao legislador, em face da realidade constitucional, promover a sua concretização”, explica o Autor, acrescentando que, em qualquer caso e independentemente desta conformação, o artigo ambiental, *maxime* o seu nº 2, torna “clara a legitimidade constitucional de limitações ecológicas à liberdade económica”²⁹⁶.

Ainda mais cautelas reveste a posição de REBELO DE SOUSA e MELO ALEXANDRINO. Estes Autores rejeitam a qualificação do direito ao ambiente como direito fundamental de natureza análoga, para efeitos de extensão do regime material *ex vi* do artigo 17º da CRP, negando assim a sua alegada vertente negativa. No entanto, afirmam convictamente a sua natureza positiva, social-prestacional, embora não concretizem esta afirmação²⁹⁷.

COLAÇO ANTUNES, por seu turno, partindo de uma concepção *gianniniana* de ambiente — que, no seu entendimento, encontra suporte, quer na Constituição, quer na LBA —, insiste na vertente colectiva do bem ambiente, que acarreta a natureza de interesse difuso fundamental. “O ambiente, escreve o Autor, não satisfaz necessidades individuais, mas necessidades colectivas. (...) O ambiente não se presta a uma função de troca e de alienação, mas a uma função de fruição colectiva”, e daí que possa afirmar-se que o artigo 66º/1 tutela uma “subjectividade plurindividual”²⁹⁸. Tal posição jurídica *maior que o sujeito individualmente considerado* — passe a expressão — convida e realça o incremento da vertente procedimental, nomeadamente da participação dos cidadãos nas decisões administrativas que envolvem a conformação de interesses de carácter ambiental e outros, com aquele eventualmente conflituantes²⁹⁹. Desta feita, a definição de direito ao ambiente a que chega o Autor citado é a seguinte: “direito fundamental de conteúdo essencialmente axiológico, subjectivamente fungível, objectivamente infungível, vocacionalmente participativo, que se afirma como um novo modo de ser e limite dos direitos fundamentais”³⁰⁰.

Na análise que efectua da norma inserida no artigo 66º/1 da CRP, JORGE MIRANDA é especialmente sensível à faceta colectiva dos bens ambientais naturais, que aproxima o direito ao ambiente mais da figura do interesse difuso do que da do direito subjectivo. Isto porque não existe “um direito a que não se verifiquem poluição ou

²⁹⁵ RUI MEDEIROS, *O ambiente...*, *cit.*, pp. 382 segs e 398.

²⁹⁶ RUI MEDEIROS, *O ambiente...*, *cit.*, p. 398.

²⁹⁷ M. REBELO DE SOUSA e J. A. MELO ALEXANDRINO, *Constituição da República portuguesa, Comentada*, Lisboa, 2000, p. 178.

²⁹⁸ L. F. COLAÇO ANTUNES, *Para uma noção jurídica de ambiente*, *in SI*, nºs 253/257, 1992, pp. 77 segs, 83 e 85.

²⁹⁹ L. F. COLAÇO ANTUNES, *O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental*, Coimbra, 1998, *max.* pp. 107 segs.

³⁰⁰ L. F. COLAÇO ANTUNES, *O procedimento...*, *cit.*, p. 106.

erosão (...) ou ao gozo de paisagens biologicamente equilibradas, reservas e parques naturais”, mas sim uma confluência entre o interesse na fruição destes bens com um determinado nível de qualidade e certas posições jurídicas subjectivas — o que fará eventualmente reverter tais interesses em verdadeiros direitos fundamentais³⁰¹. Nestes direitos, segundo o insigne constitucionalista, “avulta (...) uma estrutura negativa — embora não sem incidências positivas — visto que têm por contrapartida o respeito, a abstenção, o *non facere*; o seu objecto é a *conservação* do ambiente e consiste na pretensão de cada pessoa a não ter afectado, hoje, já, o ambiente em que vive e, para tanto, na pretensão de obter os indispensáveis meios de garantia”³⁰².

O facto de a Constituição eleger o ambiente como um bem jurídico, de tutela primacialmente pública, não pode fazer esquecer o importante inciso do nº 1: o dever de protecção do ambiente que impende sobre todos e cada cidadão. Para JORGE MIRANDA, “trata-se de um dever fundamental, e não de mero efeito externo da previsão de um direito; e dele pode a lei — considerando ainda o artigo 52º, nº 3 — extrair consequências jurídicas adequadas quer no âmbito da responsabilidade civil, quer no do ilícito da ordenação social, quer no do ilícito criminal”³⁰³.

O ambiente releva nos planos objectivo e subjectivo, sendo certo que “a base da subjectivização da tutela” não está, segundo JORGE MIRANDA, no nº 1 do artigo 66º, mas antes no nº 3 do texto da versão inicial da Constituição, hoje deslocado para o artigo 52º/3 — isto é, na possibilidade, reconhecida a todos os cidadãos, de requerem a tutela judicial, preventiva e ressarcitória, contra condutas lesivas dos bens ambientais³⁰⁴. O que confirma a consideração do ambiente como uma realidade complexa, para onde confluem situações jusfundamentais de vária ordem, cuja subjectivização radica, não num impreciso direito ao ambiente, mas sim em direitos específicos e de base autónoma, de carácter pessoal ou patrimonial.

É neste quadro lógico que se compreende a referência, feita por VIEIRA DE ANDRADE na sua obra “Os direitos fundamentais na Constituição de 1976”, ao *direito ao ambiente*. O Autor opta pela sua qualificação como um “direito de solidariedade” ou “direito circular”, “cujo conteúdo é definido necessariamente em função do interesse comum, pelo menos em tudo aquilo que ultrapassa a lesão directa de bens individuais”³⁰⁵. Sintomático da indefinição gerada pelo conceito é a inserção de tal menção num ponto (Capítulo IV - ponto 4) dedicado aos deveres fundamentais... Mais expressiva ainda é a terminologia de CASALTA NABAIS, para quem os “direitos ecológicos” (cujo paradigma é o *direito ao ambiente*) consubstanciam “direitos boomerang”: “(...) são, por um lado, direitos e, por outro lado, deveres para o respectivo titular activo, ou seja, direitos que, de algum modo, acabam por se voltar contra os próprios titulares”³⁰⁶.

³⁰¹ JORGE MIRANDA, *A Constituição e o Direito do Ambiente*, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 353 segs, 362. V. também a anotação ao artigo 52º na *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, obra realizada em co-autoria com RUI MEDEIROS, Coimbra, 2005, pp. 681 segs.

³⁰² JORGE MIRANDA, *A Constituição...*, *cit.*, p. 363.

³⁰³ JORGE MIRANDA, *A Constituição...*, *cit.*, p. 362.

³⁰⁴ JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, *cit.*, p. 534.

³⁰⁵ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, 3ª ed., Coimbra, 2004, p. 168, nota 126.

³⁰⁶ J. CASALTA NABAIS, *O dever fundamental de pagar impostos*, Coimbra, 1998, p. 53.

O partidário mais representativo da tese do direito ao ambiente como direito subjectivo fundamental é PEREIRA DA SILVA. Aceitando que a defesa do ambiente se configura como tarefa estadual, o Autor considera que o ambiente implica também uma tutela subjectiva, que se traduz no reconhecimento de uma situação jurídica com uma faceta negativa e positiva, bem ilustrativa da evolução da teoria dos direitos fundamentais. A terceira geração de direitos, da qual o direito ao ambiente é um dos exemplos mais significativos, revela precisamente essa dupla faceta dos direitos fundamentais, enquanto direitos de defesa (contra agressões perpetradas por entidades públicas e privadas) e direitos a prestações (consubstanciadas na criação de condições de qualidade de vida concordantes com a dignidade da pessoa humana)³⁰⁷.

Para PEREIRA DA SILVA, o direito ao ambiente é um direito subjectivo público, cujo radical axiológico primordial é o princípio da dignidade da pessoa humana. Constitui um direito complexo, no qual confluem posições jurídicas de natureza diferenciada — que não perturbam a sua identificação como direito subjectivo, nomeadamente com vista à possibilidade da sua invocação contra entidades públicas, em caso de lesão da esfera jurídica dos seus titulares. A natureza colectiva do bem ambiente não contradiz esta análise, uma vez que “uma coisa é a tutela objectiva do bem ambiente, outra coisa é a protecção jurídica subjectiva ambiental, decorrente da existência de um domínio individual constitucionalmente protegido de fruição ambiental, que protege o seu titular de agressões ilegais provenientes de entidades públicas (e privadas)”³⁰⁸. Tal protecção subjectiva não deve ser degradada à situação de interesse difuso, alegadamente correspondente a um nível menor de tutela; no actual estágio do Estado de Direito em que vivemos, todas as posições subjectivas de vantagem devem ser reconduzidas à ampla noção de direito subjectivo — quando muito com diferenças de grau, mas não de natureza³⁰⁹.

A natureza de direito subjectivo do direito ao ambiente consagrado no artigo 66º/1 da CRP, por um lado, e a confluência, no seu seio, de posições jurídicas de vária ordem, por outro lado, faz com que o regime material aplicável seja simultaneamente o dos direitos, liberdades e garantias e o dos direitos económicos, sociais e culturais. Na síntese de PEREIRA DA SILVA, “o direito ao ambiente, oriundo da terceira geração dos direitos humanos, apresenta em simultâneo uma vertente negativa, que garante ao seu titular a defesa contra agressões ilegais no domínio constitucionalmente garantido, e uma vertente positiva, que obriga à actuação das entidades públicas para a sua efectivação”³¹⁰.

Posição próxima é a de CUNHAL SENDIM, que assimila o direito ao ambiente a um direito de personalidade em sentido amplo, “porque a sua fundamentação axiológica assenta também na personalidade humana enquanto factor de polarização de soluções, i. e., enquanto elemento susceptível de inflectir ou induzir decisões jurídicas num sentido que, histórica ou comparativamente, podia ser diverso”³¹¹. Orientação

³⁰⁷ V. PEREIRA DA SILVA, *Verde. Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra, 2002, pp. 84 segs.

³⁰⁸ V. PEREIRA DA SILVA, *Verde. Cor de Direito...*, *cit.*, p. 95.

³⁰⁹ V. PEREIRA DA SILVA, *Verde. Cor de Direito...*, *cit.*, p. 96; *idem*, *Para um contencioso administrativo dos particulares*, Coimbra, 1989, pp. 100 segs, *max.* 116.

³¹⁰ V. PEREIRA DA SILVA, *Verde. Cor de Direito...*, *cit.*, p. 102.

³¹¹ J. CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade civil por danos ecológicos*, Coimbra, 1998, pp. 106, 107.

idêntica — se bem que matizada pelo desdobramento do bem jurídico ambiente — é a revelada por J. E. FIGUEIREDO DIAS³¹².

Também na jurisprudência cível e administrativa se nota uma clara tendência para a recondução do *direito ao ambiente* a direitos de personalidade como a saúde (traduzindo-se em direitos ao descanso e à tranquilidade) e a integridade física (significando, sobretudo, o direito a não sofrer emissões poluentes de instalações vizinhas) — aliando-lhe a vertente de interesse difuso³¹³. A invocação conjunta de preceitos do Código Civil relativos à matéria dos direitos de personalidade (artigos 70º e segs.) e do artigo 66º da CRP é frequente, sinal de que os tribunais, cíveis e administrativos, adoptam uma concepção ampla de ambiente — a qual é, de resto, admissível, à luz de uma leitura textual da norma constitucional³¹⁴.

Já o Tribunal Constitucional, nos poucos casos em que se deparou com a problemática da tutela de valores ambientais, nunca se pronunciou sobre a natureza da situação jurídica prevista no nº 1 do artigo 66º, mas sempre afirmou o carácter público do bem jurídico ambiente, apoiando-se nessa qualificação para justificar a restrição a direitos fundamentais, nomeadamente ao direito de propriedade³¹⁵.

Em suma: na doutrina notam-se algumas oscilações quanto à qualificação da situação descrita no nº 1 do artigo 66º, basicamente entre a tese que a qualifica como um direito subjectivo e aquela que o reconduz a um interesse difuso. A definição do conteúdo de tal posição jurídica é extremamente imprecisa, sobretudo quando se adopta uma noção ampla de ambiente — é a posição tendencial dos que aproximam o direito ao ambiente dos direitos de personalidade. A ideia de dever fundamental é sublinhada, ainda que não desenvolvida, por JORGE MIRANDA.

³¹² J. E. FIGUEIREDO DIAS, *Tutela ambiental e contencioso administrativo*, Coimbra, 1997, pp. 33 e 179 segs (o desdobramento a que nos reportamos prende-se, por um lado, com a opção do Autor pela concepção restrita de ambiente, que justifica a utilização do mecanismo da “acção” popular como forma de extensão da legitimidade processual na defesa de interesses relativos a bens colectivos e, por outro lado, pela qualificação do direito ao ambiente como direito subjectivo, veste sob a qual se albergam pretensões individualizadas e autónomas face a outras posições jurídicas, judicialmente exigíveis).

³¹³ Cfr. J. PEREIRA REIS, *A jurisprudência portuguesa no domínio da protecção do ambiente*, in *Temas de Direito do Ambiente*, Lisboa, 1989, pp. 119 segs, 131 segs.

Na jurisprudência recente, vejam-se, entre muitos, os Acórdãos do STA: de 25 de Junho de 1992 (in *ApDR*, de 16 de Abril de 1996, pp. 4269 segs); de 23 de Outubro de 2002, proc. 1102/02; de 29 de Abril de 2003, proc. 047545; os Acórdãos do STJ: de 2 de Julho de 1996, proc. 96A483; de 1 de Março de 2001, proc. 01A058; de 26 de Novembro de 2002, proc. 02A2742.

³¹⁴ Confirmam-se os casos recensados por Pedro PAIS VASCONCELOS, *Direitos de personalidade*, Coimbra, 2006, pp. 71, 72.

³¹⁵ Cfr. os Acórdãos 639/99 (in *DR*, II, de 23 de Março de 2000, pp. 5514 segs); 57/01 (in *DR*, II, de 12 de Abril de 2001, pp. 6566 segs); e 544/01 (in *DR*, II, de 1 de Fevereiro de 2001, pp. 2116 segs).

Refira-se, todavia, que nem sempre o ambiente *ganhou* o confronto. Um exemplo paradigmático é o do Acórdão 866/96 (in *DR*, I-A, de 18 de Dezembro de 1996, pp. 4514 segs), no qual o Tribunal Constitucional se pronunciou no sentido da inconstitucionalidade da criação de regimes especiais de caça sem o acordo expresso prévio dos particulares, fazendo assim prevalecer o direito de propriedade sobre a protecção ambiental (solução que mereceu forte crítica de J. M. SÉRVULO CORREIA, *Zonas de caça associativa e consentimento dos proprietários*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martínez*, I, Coimbra, 2000, pp. 753 segs, max. 764 segs).

A jurisprudência, cível e administrativa, alinha pela tese do direito ao ambiente como direito de personalidade, estabelecendo ligações entre tal direito e situações que se enquadram em tipos clássicos de direitos, tais como a vida, a integridade física e o desenvolvimento da personalidade (cfr. os artigos 24º, 25º e 26º/1 da CRP). Na jurisprudência constitucional, o tema não foi, até hoje, abordado *ex professo*.

4.2. O nosso sentido para o *direito ao ambiente*

A análise das posições adoptadas pelos autores, nacionais e estrangeiros, revela-nos:

- que a tarefa de protecção do ambiente é hoje um dado adquirido no contexto das missões de interesse público cometidas ao Estado e demais entidades públicas;
- que a noção de ambiente não é pacífica, embora se note uma clara tendência para a redução do seu conteúdo operativo aos bens ambientais naturais;
- que, em parte por força da amplitude das noções de ambiente veiculadas pelas Constituições e pela legislação ordinária, e em parte em razão do forte magnetismo exercido pelos instrumentos internacionais, o ambiente é tomado como objecto de direitos subjectivos;
- que há uma preocupação com o reforço da componente procedimental e processual, especialmente do ponto de vista da legitimação da intervenção dos interessados na defesa de bens supra-individuais (ambiente tomado da acepção restrita);
- que a tutela se centra na prevenção, mas não dispensa a responsabilização por condutas lesivas do ambiente (dimensão autónoma relativamente à ressarcibilidade de danos na esfera pessoal).

Num tema que se presta, como poucos, “a um tipo de discurso permeável a excursões metajurídicas”³¹⁶, a uma “militância” que turva a percepção objectiva da realidade³¹⁷, a fórmulas grandiosas no seu simbolismo mas frágeis nas suas consequências (jurídicas), a explicação do sentido que encontramos para o designado *direito ao ambiente* terá forçosamente que começar pela clarificação de alguns equívocos, nomeadamente para averiguar se o *direito ao ambiente*, apesar das aparências, é um direito fundamental (4.2.1.). Depois de negar a natureza pretensiva da situação jurídica *sub judice* e de confirmar a responsabilidade primeira do Estado pela prossecução da tarefa de protecção do ambiente (4.2.2.), estaremos em condições de avançar para a segunda etapa, de reconstrução do conceito, *despindo-o* da carga simbólica que carrega para desvendar a sua verdadeira essência: a de dever fundamental (4.2.3.).

³¹⁶ F. LÓPEZ MENUDO, *El derecho...*, cit., p. 161.

³¹⁷ F. BOUYSSOU, *L’environnement: nouveau droit de l’homme ou droit liberticide?*, in *Pouvoir et liberté, Études en hommage à J. Mourgeon*, Bruxelles, 1998, pp. 535 segs, 545.

4.2.1. O direito ao ambiente é um direito fundamental?

A Constituição portuguesa elege a dignidade da pessoa humana como pilar da estrutura e chave para a compreensão do sistema de direitos fundamentais (artigo 1º)³¹⁸. O elenco da Constituição é dos mais amplos, ao nível comparado, pois não só o catálogo de direitos consagrados é extenso, como existe também uma cláusula aberta que permite a recondução de situações jurídicas nascidas na lei ordinária e em instrumentos internacionais à categoria de direitos fundamentais (artigo 16º/1)³¹⁹. A Lei Fundamental, na arrumação dos direitos a que procede na Parte I, utiliza um critério de distinção que tem a ver com a faceta predominantemente negativa ou predominantemente positiva das situações jurídicas (leia-se: com a sua identificação primacial, ou com direitos a abstenções do Estado, ou com direitos a prestações)³²⁰. Assim, temos, por um lado, direitos, liberdades e garantias (Título II) e, por outro lado, direitos económicos, sociais e culturais (Título III), sem embargo da cláusula flexibilizadora constante do artigo 17º da CRP (que permite a extensão do regime dos direitos, liberdades e garantias aos chamados direitos fundamentais de natureza análoga).

O *direito ao ambiente* surge integrado no Título III; portanto, a atender ao elemento sistemático, revestiria, em primeira linha, uma vertente prestacional. A ser assim, e ainda que tal decorrência pudesse constituir um mero reforço dos efeitos da cláusula do Estado Social — resultante da conjugação entre os artigos 1º, 9º e 81º, esp. alíneas a) e b), da CRP —, ao Estado caberia, por força do nº 1 do artigo 66º, garantir aquilo que, na Alemanha, se designou por um “mínimo existencial ecológico” (pese a elevadíssima abstracção do conceito) ou, noutra formulação, um nível de qualidade vivencial compatível com a dignidade da pessoa humana (fórmula não menos vaga e imprecisa do que a primeira)³²¹.

³¹⁸ “(...) em última análise, é a dignidade da pessoa humana que confere unidade de sentido explicativo ao chamado sistema constitucional de direitos fundamentais e orienta as margens de abertura e actualização do respectivo catálogo” — J. REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, pp. 52, 53.

³¹⁹ Sublinhando a inutilidade da cláusula aberta em face do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ISABEL MOREIRA, *Por uma leitura fechada e integrada da cláusula aberta dos direitos fundamentais*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, V, Coimbra, 2003, pp. 113 segs.

³²⁰ A inclusão do advérbio de modo *predominantemente* tem a sua razão de ser na constatação de que, tanto os direitos tradicionalmente entendidos como negativos têm uma faceta positiva (que consiste na obrigação de criação, por parte do Estado, das estruturas, jurídicas e materiais, de defesa do espaço de liberdade do cidadão, oponível a entidades públicas e privadas), como os direitos considerados positivos adquirem uma vertente negativa (por força da sua consolidação no ordenamento jurídico, a qual, em razão do princípio da confiança, impede a sua eliminação arbitrária). Cfr. R. ALEXY, *Teoria... cit.*, pp. 427 segs; C. HESSE, *Significado de los derechos fundamentales*, in BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional* (trad. de *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1994), Madrid, 1996, pp. 83 segs, 90, 91; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2003, pp. 400 segs; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais...*, *cit.*, pp. 145 a 149.

³²¹ Nas palavras de E. CASTRO CALDAS, “(...) a qualidade de vida, pelo menos global, não passou ainda de expressão de idealismo utópico, não correspondendo, em qualquer lugar da Terra, a padrão alcançado de valor ou, digamos, de *qualidade* indiscutível” — *Qualidade de vida*, in *Polis*, 5, Lisboa/S. Paulo, 1987, cc. 2 segs, 3,4.

O nosso Supremo Tribunal Administrativo, em *obiter dictum*, aderindo a uma posição de Gomes Canotilho, admitiu que “o direito ao ambiente considera-se como direito subjectivo público inerente ao espaço existencial do cidadão, independentemente, porém, da sua justiciabilidade e exequibilidade imediata”³²². Problemática é, precisamente esta exequibilidade, não em razão da sua imediatez, mas desde logo devido à sua (im)possibilidade conteudística.

4.2.1.1. Crítica às teses da tutela mediata do ambiente

Se — sublinhe-se o condicional — a Constituição portuguesa não contemplasse uma disposição específica dedicada à tutela ambiental (é o caso da Itália e foi a situação da Alemanha, até 1994, como vimos), faria eventualmente sentido reconduzir este “mínimo existencial ecológico” a direitos de personalidade como a integridade física, o desenvolvimento da personalidade, ou mesmo a vida. Isto porque, não havendo “norma de captação” e enquadramento típico da situação jurídica, a sua tutela haveria de ser mediatizada através de outras posições subjectivas, de carácter tradicionalmente defensivo, mas que aqui se traduziriam, simultaneamente, na proibição de perturbação do espaço vivencial do cidadão e na criação de condições de manutenção desse espaço.

Mas, desde logo, uma questão desponta: se a tutela de tais situações, através de um entendimento amplo dos direitos de personalidade — ou de uma equiparação dos pressupostos de gozo de tais direitos a situações pretensivas que o cidadão pode exigir do Estado, numa leitura também utilizada pela doutrina alemã — é possível e plenamente concebível, porquê defender a existência (e consistência) de um novo direito? Por outras palavras, se há uma cláusula típica de cobertura de tal situação jurídica, quais as razões que justificam o recurso a um alegado direito ao ambiente?

No ordenamento nacional, nenhuma. Em Portugal, cuja Constituição contempla, a par do *direito ao ambiente*, direitos como o direito à vida (artigo 24º), à integridade física (artigo 25º), ao desenvolvimento da personalidade (artigo 26º/1) ou mesmo à saúde — para quem não o reconduza ao direito à integridade física na feição positiva³²³ —, entendidos todos estes direitos também como normas de imputação ao Estado da obrigação de criação de condições da sua fruibilidade plena, a protecção não precisa de ser mediatizada. Antes pelo contrário, conviria encontrar um conteúdo útil para o artigo 66º/1 que não passasse pela sua densificação a partir de outras posições jurídicas.

Já num ordenamento como o italiano (ou o alemão, até 1994), a tutela mediata se compreenderia melhor, uma vez que, em face da crescente necessidade de protecção dos valores ambientais, induzida, quer pelos factos, quer pelo Direito Internacional, cumpriria encontrar uma qualquer sede de protecção daqueles valores. Porém, a tutela mediata, subjectivada — a partir de direitos clássicos — é sempre à medida da lesão pessoal e não da necessidade de defesa da integridade dos bens naturais. O que redundaria na conclusão de que, na ausência de disposição específica,

³²² Acórdão do STA de 25 de Junho de 1992, *cit.*, p. 4278.

³²³ Foi a posição que defendemos no nosso *Saúde pública vs liberdade individual. Casos da vida de um médico de saúde pública*, Lisboa, 1999, p. 17, nota 29.

o máximo que se pode obter é, ou a tutela de um “etéreo”³²⁴ “mínimo existencial ecológico”³²⁵ — para o qual o concurso da fórmula do *direito ao ambiente* é dispensável —, ou a salvaguarda de um interesse difuso à fruição de um bem de natureza colectiva através da extensão da legitimidade processual — solução decerto diversa da propiciada pelo clássico “direito”. O mesmo é dizer que, também nestes ordenamentos, o “direito ao ambiente” não alcança autonomia substantiva.

Ou seja, quer em situações como a espanhola, a portuguesa e a alemã (desde 1994), quer mesmo na hipótese italiana, o *direito ao ambiente* só faz sentido se se reportar a uma realidade diversa, alheia, da esfera de direitos pessoais de cada indivíduo. A explicação desta insistência na fórmula do *direito ao ambiente* só se vislumbra, em última análise, por força do contágio das legislações nacionais pelos vários instrumentos de Direito Internacional a que aludimos em 1. — nos quais a consagração do *direito ao ambiente* surge envolvida no grande entusiasmo, historicamente situado, em torno do direito ao desenvolvimento —, numa manifestação formal de adesão a ideais de grande carga simbólica mas de reduzido efeito prático.

Poderia argumentar-se, no limite, e pensando em ordenamentos onde a tutela subjectiva impera — como o alemão —, que a subjectivização é essencial para proporcionar ao cidadão, através da defesa de uma posição individual (um direito de personalidade ou de propriedade), a intervenção na tutela do interesse público de

³²⁴ Utilizando a expressão reportando-se ao “mínimo social” — ao qual o “mínimo existencial ecológico” se reconduz —, J. REIS NOVAIS, *Os princípios...*, *cit.*, p. 307.

³²⁵ A propósito do “mínimo existencial ecológico”, cumpre chamar à colação a figura que o inspira, do “mínimo existencial (económico)”, recentemente objecto de uma releitura pelo Tribunal Constitucional português — Acórdão 509/2002, *DR I*, de 12 de Fevereiro de 2003, pp. 905 segs (sobre a revogação do rendimento mínimo garantido pelo diploma que institui o rendimento social de inserção). Aqui se aflora a questão de saber se a nossa Constituição consagra, por apelo ao princípio da dignidade da pessoa humana, um direito a um mínimo de existência e, na afirmativa, qual o seu conteúdo. Como realçam quatro Juízes Conselheiros nas suas Declarações de Voto, o Tribunal não conseguiu demonstrar cabalmente a existência de tal direito — louvando-se quase exclusivamente na jurisprudência constitucional alemã —, ficando por provar “quais as utilidades ou feixes de utilidades e a sua expressão positiva, mormente de natureza quântica, que devam integrar o núcleo do direito a um mínimo de existência” (Cons. Benjamin Rodrigues). É que, se é certo que o Estado tem a seu cargo a promoção das condições mínimas de existência da população, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, “construir, a partir daí, logo ao *nível constitucional*, um *direito*, no sentido estrito e dogmático do conceito (sublinho o ponto), com identidade e consistência bastantes, ainda que mínimas, para dele se extrair a conclusão a que o Tribunal chegou (...), vai um largo e arrojado, mas problemático, passo” (Cons. Cardoso da Costa).

Mesmo VIEIRA DE ANDRADE, em comentário ao aresto (O «direito ao mínimo de existência condigna» como direito fundamental a prestações estaduais positivas - uma decisão singular do Tribunal Constitucional, *in JC*, n° 1, 2004, pp. 21 segs), apesar de se inclinar no sentido do reconhecimento de um direito fundamental a “um mínimo para uma existência condigna” como direito a prestações do Estado cujo espaço de conformação caberia ao legislador, reconhece que não há “um *conteúdo fixo* do direito a um mínimo para uma existência condigna”. Para além da dificuldade de determinação universal do conteúdo de tal direito — ou seja, além da questão da determinabilidade subjectiva —, a aferição do “mínimo do mínimo” objectivo é extremamente problemática (cfr. as reflexões de J. REIS NOVAIS, *Os princípios...*, *cit.*, pp. 319, 320). Por estas razões, julgamos que a consubstanciação de um “direito” ao mínimo de existência só através da comprovação da omissão de deveres de protecção do bem *vida* se consegue alcançar (esse foi, aliás, o caminho trilhado pelo Tribunal Constitucional até ao acórdão 509/2002) — e aí, ou sob a forma de direito a prestações no âmbito da segurança social ou, no limite, do direito à vida.

preservação dos valores ambientais. De facto, na Alemanha, salvo pontuais e restritivas excepções, não existe o mecanismo de extensão de legitimidade processual consubstanciado na figura da acção popular, facto que veda aos particulares o acesso à justiça para defesa de valores supra-individuais. Ora, quando esses valores se convolam — quer por força da evolução das realidades sócio-económicas quer, e na sequência desta, da legislação estadual — em interesses públicos cuja prossecução incumbe, em primeira linha, ao Estado, a sua tutela jurisdicional apenas se abre aos particulares através da acção popular. Na ausência desta, só ficcionando um direito subjectivo ao ambiente conseguem os particulares legitimar o acesso a juízo.

Repare-se, no entanto, que esta tutela subjectiva de direitos de carácter pessoal ou patrimonial, operada a partir da *Schütznormtheorie* — da norma de protecção de um interesse público que protege reflexamente interesses particulares — perde a conexão com a norma de tutela objectiva em que se apoia. Na verdade, se o raciocínio é: - o ordenamento consagra a protecção dos bens ambientais naturais nas várias leis sectoriais — sobre a qualidade da água, do ar, do solo, sobre conservação das espécies; - logo, há interesse público na sua preservação e promoção; - então, quando se transita para a subjectivização da tutela deste interesse, haveria que encontrar um conteúdo preciso, *de idêntica natureza*, para o alegado direito ao ambiente resultante dessa construção. Ou seja, o ponto de chegada traduzido no “mínimo existencial ecológico” não só não reveste contornos definidos, como redundaria num abstracto de teor pessoal ou patrimonial (apesar do qualificativo “ecológico”) diverso do ponto de partida, centrado na tarefa pública de garantia da integridade dos bens naturais.

Estas dificuldades — não ignoradas, como se viu, pela doutrina alemã — resultam fundamentalmente da controvérsia quanto à definição do bem jurídico salvaguardado pela norma constitucional especificamente dedicada à protecção do ambiente. Mesmo hoje, com a introdução do artigo 20A no texto da Lei Fundamental de Bona — preceito, ao cabo e ao resto, meramente ratificativo de uma prática com mais de vinte anos, que confirma a preservação e promoção da qualidade dos bens ambientais como uma tarefa estadual —, não cessou a necessidade de apelar a uma subjectivização da tutela, uma vez que o mecanismo da acção popular continua a não existir (e a legitimidade de associações é prevista em termos muito restritos e apenas em alguns *Länder*). O que significa que, na Alemanha, vai continuar a assistir-se ao controlo jurisdicional da actividade pública de salvaguarda dos bens ambientais naturais *só e na medida* em que tal salvaguarda possa volver-se numa defesa de posições subjectivas de carácter pessoal ou patrimonial. A amputação (e perversão) da tutela ambiental *proprio sensu* é evidente.

Voltando à nossa realidade, em Portugal, a necessidade de tutela do alegado direito ao ambiente *por vias travessas* — as dos direitos de personalidade — não só se não coloca, como *se não deve* colocar, sob pena de esvaziamento do sentido útil do nº 1 do artigo 66º. É que, se o *direito ao ambiente* for consumido por outras situações jurídicas com assento na Lei Fundamental, a utilidade da disposição fica esvaziada. Mas mais: a (ilusória) “válvula de escape” que tal solução constitui, num ordenamento como o alemão, é despicienda no contexto de um sistema de tutela ambiental que admite a intervenção de particulares em defesa de bens de natureza colectiva, através do mecanismo da acção popular, procedimental e jurisdicional.

4.2.1.2. O ambiente como objecto de tutela imediata:

Não reconduzindo a tutela do ambiente à protecção de direitos fundamentais pessoais ou patrimoniais, há que indagar do sentido útil do nº 1 do artigo 66º. Três hipóteses, em tese, se afiguram possíveis:

a) O direito ao ambiente como direito do cidadão a exigir do Estado a promoção de um nível de qualidade dos elementos ambientais naturais que lhe assegure um contexto vivencial saudável (terá sido a posição de GOMES CANOTILHO, numa primeira fase);

b) O direito ao ambiente como complexo de situações jurídicas de diversa natureza (procedimental e substantivo; pessoal e patrimonial; negativa e positiva), mas cuja significação (jurídica) estrita se reduz a um interesse na fruição de bens de natureza colectiva e a um dever fundamental (assim pensa JORGE MIRANDA e, em certa medida, GOMES CANOTILHO, numa segunda fase de evolução do seu pensamento);

c) O direito ao ambiente como importação linguística do Direito Internacional, carregado de simbolismo e de intenções pedagógicas, mas sem conteúdo jurídico em face da impossibilidade de apropriação — e da consequente inexigibilidade de uma prestação determinável — de bens de natureza colectiva, reduzido a um interesse de facto (é a posição que defendemos³²⁶).

a) O ambiente como objecto de direitos subjectivos

Relativamente à primeira hipótese teórica, e salvo o devido respeito pelos seus defensores, não podemos deixar de lhe opor algumas objecções:

Primo, a exigência individual de um nível de qualidade das componentes ambientais naturais reveste um grau de indeterminabilidade máximo, imprecisão que não é colmatada pelo legislador — o qual, no que respeita ao conteúdo do alegado direito ao ambiente, nada avançou, nem na LBA (que se limita a repetir o texto constitucional), nem em legislação sectorial. Um direito não deixa de o ser por a Constituição lhe não definir o conteúdo, é certo — pode ser a lei ordinária a fazê-lo, em subordinação às balizas constitucionais; mas perde inquestionavelmente tal qualidade se for de todo impossível conferir-lhe, *de per se*, qualquer conteúdo de aproveitamento individual³²⁷;

Secundo, se o direito ao ambiente *proprio sensu* — ou seja, uma vez descartadas todas as alternativas de absorção por outros *topoi* jusfundamentais — resultasse na obrigação, para o Estado, de assegurar ao cidadão as condições vivenciais ecológicas condizentes com o imperativo de respeito pela dignidade de pessoa humana, não seria necessária a sua inserção no nº 1 do artigo 66º. É que, a ser assim, tal incumbência já decorreria, quer dos princípios do Estado Social e da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da CRP), quer de um entendimento dinâmico da protecção do direito à integridade física e psíquica (artigo 25º da CRP), conjugado com o dever de

³²⁶ E que constitui uma evolução relativamente ao que já escrevemos no nosso *As operações materiais e o Direito do Ambiente*, 1ª ed., Lisboa, 1999, pp. 16 segs.

³²⁷ No sentido desta argumentação parece incluir-se, actualmente, J. J. GOMES CANOTILHO (*O direito ao ambiente...*, *cit.*, pp. 188, 189).

promoção da saúde pública (artigo 64º da CRP) e de assistência social (artigo 63º/3 da CRP);

Tertio, a concepção subjectivante da protecção do ambiente assenta — ou pelo menos redundante — num postulado axiológico que julgamos estar em contradição, quer com a natureza do bem jurídico protegido pelo artigo 66º da CRP quer, e consequencialmente, pelo imperativo de salvaguarda do interesse das gerações futuras [ínsito na alínea d) do nº 2 do artigo 66º]. O que queremos dizer é que a ideia de tutela subjectiva aponta para um quadro de utilização egoísta dos bens ambientais exactamente oposto àquele que o preceito constitucional deseja, dentro da lógica de aproveitamento racional de bens colectivos, numa vertente de solidariedade com os presentes e os futuros habitantes da Terra.

Com efeito, se pensarmos que a força das leis de protecção ambiental depende fundamentalmente da convicção dos seus destinatários de que a alteração das condutas a favor do ambiente pode ser a resposta — ainda que daí a muitos anos ou séculos — para uma equação de vida ou morte dos seus sucessores, facilmente nos apercebemos de que uma ética de responsabilidade ambiental não se constrói a partir de um direito individual.

b) O ambiente como objecto de posições jurídicas complexas

A segunda hipótese teórica que indicámos é mais sedutora e realista, porque prescinde da ideia de construção de uma posição jurídica autónoma de carácter subjectivo — o direito ao ambiente é, para JORGE MIRANDA, um interesse na fruição de bens naturais e um dever de utilização racional dos mesmos —, preferindo acentuar a complexidade conjuntural do direito ao ambiente em função das posições jurídicas convergentes que o constituírem, de acordo com os contornos de cada caso concreto. O direito ao ambiente seria, assim, e se bem interpretamos a opinião do Autor, uma fórmula de síntese — a qual, de acordo com a situação concreta, pode fazer sobressair direitos de diversa natureza.

A inapropriabilidade do bem jurídico ambiente leva JORGE MIRANDA a classificar o interesse de fruição individual como um interesse difuso, afastando a ideia de direito subjectivo. O conceito de interesse difuso resulta justamente da importação de uma criação jurisprudencial italiana — os *interessi diffusi* à fruição de bens da colectividade —, forjada para explicar o alargamento da legitimidade processual a titulares de posições jurídicas substantivas diversas, quer do direito subjectivo, quer do interesse legítimo.

Ora, em nossa opinião, a concepção de interesse difuso, se não é incorrecta, está saturada de ambiguidades, pelo que deve ser interpretada com muitas cautelas: em primeiro lugar, porque o interesse de uso de um bem colectivo não é difuso, mas sim individualizado; em segundo lugar, porque o interesse difuso é uma fórmula processual que pretende aliar duas realidades antónimas: a individualização de um interesse e a comunitarização de um bem de utilidades indivisíveis; em terceiro lugar, e sobretudo, porque o interesse difuso, apesar das suas boas intenções, partindo de um propósito puramente processual, redundante numa construção invertida de uma posição jurídica substantiva para a qual há que encontrar alguma correspondência material³²⁸.

³²⁸ Neste sentido parece inclinar-se J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, III, Coimbra, 2002, p. 112.

Por outras palavras, o *pecado* da noção de interesse difuso é o de veicular, a pretexto da legitimação de uma intervenção procedimental ou processual destituída da base de sustentação tradicional — o interesse directo e pessoal —, a manipulação doutrinal no sentido da sua substancialização³²⁹. A posição jurídica que justifica o recurso à figura do interesse difuso é a de *um puro e simples interesse de facto*, pois se de um direito subjectivo se tratasse entraria em cena a legitimidade tradicional, que corresponde, no plano material, a um interesse individualizado e individualizável³³⁰.

Mas a razão por que dissentimos da posição de JORGE MIRANDA não se prende com a utilização da fórmula do interesse difuso (que o Autor toma na acepção processual); tem antes a ver com o facto de o Mestre de Lisboa pretender ainda salvar a fórmula do *direito ao ambiente* — mesmo que, em última análise, a partir da negação da sua autonomia enquanto direito individual e da sua subsumção à categoria de interesse difuso ou colectivo. Consciente da impossibilidade de densificar o conteúdo de tal direito, JORGE MIRANDA encontra sentido para a locução *direito ao ambiente* a partir de vários tipos, correspondentes a outros tantos direitos, em que ela se pode traduzir. É esta, aliás, a via por que envereda GOMES CANOTILHO ao caracterizar a dimensão processual e procedimental do direito ao ambiente³³¹. Mas tal raciocínio, salvo o devido respeito, acaba por sublinhar a inconsistência da noção.

De relevar é o facto de JORGE MIRANDA — bem como, muito recentemente, TIAGO ANTUNES³³² — sublinhar o lado passivo da situação inscrita no segundo segmento do n.º 1 do artigo 66.º, ou seja, o facto de a protecção do ambiente constituir um dever fundamental. A este ponto voltaremos *infra*.

c) O ambiente como objecto de interesses de facto

Quanto a nós, pensamos que a primeira parte do n.º 1 do artigo não passa de um enunciado simbólico inspirado em textos de Direito Internacional. Ora, logo no plano jusinternacional o *direito ao ambiente* surge envolto em dúvidas e controvérsias.

³²⁹ Para uma clarificação da natureza processual da noção, M. TEIXEIRA DE SOUSA, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, Lisboa, 2003, *max.* pp. 37 a 58.

³³⁰ Vale aqui a intuição de V. PEREIRA DA SILVA, ao reduzir as classificações a dois pólos: direito subjectivo ou interesse de facto — *Para um contencioso...*, *cit.*, pp. 100 segs, *max.* 116; *idem*, *O contencioso administrativo no divã da psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo contencioso administrativo*, Coimbra, 2005, pp. 246 segs. Também J. C. VIEIRA DE ANDRADE reconhece que “a fronteira a estabelecer com nitidez deve ser a que delimita, de um lado, as *posições jurídicas substantivas* («direitos e interesses legalmente protegidos» ou «direitos» num sentido amplo) e, do outro lado, os *interesses simples ou de facto* — *A justiça administrativa (Lições)*, 7ª ed., Coimbra, 2005, p. 75.

V., no entanto, as extensas teorizações sobre a figura do interesse difuso elaboradas por L. F. COLAÇO ANTUNES, *A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo: para uma legitimação procedimental*, Coimbra, 1989, *max.* pp. 19 a 73.

³³¹ J. J. GOMES CANOTILHO, *O direito ao ambiente...*, *cit.*, p. 187.

³³² TIAGO ANTUNES, *Ambiente: um direito, mas também um dever*, in *Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, II, Coimbra, 2005, pp. 645 segs, *passim*. Esta posição, muito difundida na doutrina brasileira — v., por último, F. L. FONTOURA DE MEDEIROS, *Meio Ambiente. Direito e dever fundamental*, Porto Alegre, 2004, *max.* pp. 109 segs — começou por merecer a nossa adesão na primeira edição do nosso *As operações materiais administrativas e o Direito do Ambiente* (1ª ed., 1999), pp. 16 segs, mas tornou-se insustentável à luz das recentes conclusões da nossa investigação.

Como tivemos oportunidade de observar em 1.2., mesmo autores de autoridade inquestionável nas matérias do Direito Internacional do Ambiente, produzem afirmações cautelosas sobre o sentido do *direito ao ambiente*, quando não refutam por completo a sua existência. Recordemos somente dois exemplos: KISS, confrontado com a imprecisão e indeterminabilidade do conteúdo de tal situação jurídica, acaba por reconhecer a sua faceta predominantemente procedimental³³³, traduzida em direitos de participação e à informação no contexto de processos decisoriais com incidência ambiental. Já HANDL, mais contundente, aponta para a vaguidade intrínseca do conceito, o qual padece de concretizações densificantes nos instrumentos internacionais³³⁴.

No plano interno, o panorama dificilmente poderia ser diverso; o debate em torno da noção, quer ao nível comparado, quer ao nível dos autores nacionais — re-censeado nos pontos anteriores —, isso comprova. Neste momento, cabe explicar os motivos da nossa discordância relativamente à fórmula, retomando argumentos já apreciados e aditando outros. Começaremos por demonstrar a inadequação da concepção personalista à face da noção restrita de ambiente que a Constituição indicia (*i.*), para depois provarmos a impossibilidade de subjectivização da tutela ambiental, não só por força da redução do objecto que a nossa leitura propicia, como e sobretudo, em virtude da impotência estrutural da fórmula para albergar prestações individuais, qualquer que seja a sua natureza (*ii.*).

i.) O artigo 66º/1 da CRP, na parte em que se refere ao “direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado”, para além de constituir um exemplo de um certo “lirismo constitucional” sem resultados jurídicos, pretende sobretudo alertar para a concepção antropocêntrica de que parte a Lei Fundamental, ao acolher a protecção do ambiente entre as tarefas fundamentais do Estado. A Constituição quis deixar claro que os protagonistas da protecção do ambiente são os seres humanos e que é nos seus interesses que o legislador pensará, em regra³³⁵, em primeira linha, ao intervir na matéria. Isto por motivos óbvios: uma ofensa à integridade dos bens naturais só pelo homem pode ser denunciada, porque “o ambiente não tem voz e depende totalmente de representantes para ser ouvido”³³⁶.

Pode dizer-se que, com o nº 1 do artigo 66º — mas também com as alíneas b), d) e e) do nº 2 —, o legislador constitucional estabeleceu o princípio de que os objectivos de protecção da natureza, de conservação das espécies, de promoção da qualidade das componentes ambientais naturais estão prioritariamente subordinados aos interesses de fruibilidade humana. Não há direitos da natureza, das árvores ou dos animais; existe, isso sim, um objecto de interesse público, para cuja prossecução todos devem concorrer, e cujo aproveitamento se deve realizar numa lógica de solidariedade colectiva, pautado por padrões de racionalidade.

³³³ A. KISS, *Le droit...*, *cit.*, p. 448.

³³⁴ G. HANDL, *Human rights...*, *cit.*, pp. 123 segs.

³³⁵ A ressalva destina-se, por exemplo, a excepcionar legislação sobre reservas naturais, a qual tem em vista exclusivamente a salvaguarda da capacidade de regeneração das espécies nelas existentes.

³³⁶ K. VON MOLTKE, *The relationship between policy, science, technology, economics and law in the implementation of the precautionary principle*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 97 segs, 97.

Tal análise não inviabiliza, salvo melhor opinião, a consideração do objecto de tutela proporcionada pelo artigo 66º como equivalendo aos bens ambientais naturais. Note-se que, não só o texto do preceito permite esta leitura — desde logo na sua versão primitiva, e hoje sobretudo as alíneas a), c) d) e g) do nº 2 —, como a sua inserção sistemática o confirma. A concepção ampla de ambiente — de ressonância *gianniniana* — não tem razão de ser numa Constituição como a nossa que, à semelhança da espanhola, reparte a tutela de bens colectivos por disposições autónomas: a qualidade dos bens e serviços disponíveis no mercado, no artigo 60º; a saúde pública, no artigo 64º; a qualidade de gestão urbanística e o correcto ordenamento do território, no artigo 65º/4; o património cultural no artigo 78º. A noção de ambiente — ressalvada a ambivalência que já se entranhou na expressão — deve ser entendida de forma estrita, para alcançar alguma operatividade³³⁷.

Certo, é a própria Constituição, no artigo 66º/2, a integrar objectivos como o ordenamento do território ou a protecção do património cultural na noção de ambiente³³⁸ — mas é também a mesma Constituição e o mesmo preceito que apontam para um *fecho* daquela noção, sobretudo quando sujeitos a uma interpretação sistemática³³⁹. É verdade que o artigo 5º/2/a) da LBA aponta para um objecto amplíssimo — tão amplo que chega a ser irreconhecível... —, ao estabelecer que “o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos factores económicos, sociais e culturais com efeito directo ou indirecto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida do homem”³⁴⁰; todavia, o mesmo diploma admite leituras mais centradas nas componentes ambientais naturais (que elenca no artigo 6º: ar, luz, água, solo e subsolo, flora e fauna), nos artigos 4º/d), e) f), m) e n), e 5º/2/f), cuja capacidade regenerativa visa acautelar *de per se*. Enfim, a lei penal, a par de tipos incriminatórios da prática de condutas lesivas da integridade física através da deterioração de bens naturais (artigos 280º e 282º do Código Penal), contempla também tipos específicos de crimes ecológicos nos artigos 278º, 279º e 281º do Código Penal. O que confirma que o ambiente pode ter uma significação autónoma e mais restrita, desligada da concepção abrangente, tão permeável a aproximações entre o alegado *direito ao ambiente* e os direitos de personalidade.

O ponto que queremos deixar claro é o seguinte: a concepção antropocêntrica — na qual o ser humano se perfila como centro da política de ambiente, e em que a preservação dos bens ambientais naturais se realiza, em regra, em vista, não da prossecução de objectivos puramente ecológicos, mas e sobretudo da implementação de condições de sobrevivência saudável da espécie humana, no presente e no

³³⁷ Neste sentido, D. FREITAS DO AMARAL, *Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções*, in *RJUA*, nº 1, 1994, pp. 11 segs, 19; C. AMADO GOMES, *O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente*, in *RJUA*, nºs 11/12, 1999, pp. 43 segs, *max.* 58 segs (também publicado nos *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 7 segs); *idem*, *Ambiente (Direito do)*, in *DJAP*, 2º Suplemento, Lisboa, 2001, pp. 9 segs (também publicado nos *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 73 segs).

³³⁸ Ainda assim, segundo J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa, Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993, p. 347), a Constituição consagra uma visão unitária de ambiente.

³³⁹ Cfr. as críticas à miscelânea de objectivos constante do artigo 66º/2 expendidas por A. SOUSA PINHEIRO e M. J. BRITO FERNANDES, *Comentário...*, *cit.*, p. 198.

³⁴⁰ Nas palavras de D. FREITAS DO AMARAL, esta definição é “demasiado ampla”, “demasiado vaga e confusa” e “tem uma visão da ecologia demasiado antropocêntrica” — *Ordenamento...*, *cit.*, p. 19.

futuro³⁴¹ — não inviabiliza a consideração restrita do bem jurídico *ambiente*. A nossa Constituição alia um antropocentrismo funcional a um ecocentrismo objectivo.

A “dignidade da pessoa humana” está actualmente valorizada pela realidade ambiental, que criou um terceiro pólo na relação indivíduo-comunidade. O homem é um ser cultural e natural, com obrigações perante os seus semelhantes que incluem o respeito pela integridade dos bens naturais. A dignidade humana pressupõe, num Estado com preocupações ecológicas, o respeito pela natureza³⁴². Por isso se fala de “antropocentrismo alargado” (*extended stewardship ideology*).

Como explica CUNHAL SENDIM, “esta perspectiva não se confunde com a justificada por recurso a uma visão unilateral economicocêntrica. Nesta última, a protecção do ambiente restringia-se à tutela da *capacidade de aproveitamento humano (Nutzungsfähigkeit)* dos bens naturais: o ambiente é protegido na medida em que permite satisfazer as *preferências individuais* dos consumidores. Já numa visão antropocêntrica alargada, a tutela *jus-ambiental* vem a abranger a *capacidade funcional ecológica* do património natural independentemente da sua utilidade directa. Fundamenta-se, por isso, na consideração do *interesse público* na integridade e estabilidade ecológica da Natureza e pode, desse modo, justificar o sacrifício de interesses humanos no aproveitamento imediato dos bens naturais”³⁴³. Esta perspectiva não implica, em nossa opinião, uma subalternização da protecção ambiental em face das necessidades de satisfação das sociedades modernas, mas sim uma constatação prática do imperativo de mediação de uma tutela ambiental *eficaz* — porque activamente aceite pela comunidade — através do filtro das solicitações humanas.

ii.) Perante a redução do objecto *ambiente* ao seu núcleo essencial — os bens ambientais naturais —, torna-se ainda mais clara a impossibilidade de encontrar na locução “direito ao ambiente”, plasmada no n.º 1 do artigo 66.º da CRP, um qualquer conteúdo jurídico, para além do sentido simbólico que transporta do plano internacional. Como já se disse, não é o facto de a Constituição não definir o conteúdo do direito que inviabiliza a sua conceptualização, na medida em que tal preenchimento poderia ser feito pela lei ordinária. Problemática é a questão da determinação do *quantum* de fruição ambiental necessário à densificação normativa de uma prestação individual.

O conceito de direito (subjectivo) pressupõe a individualização de um substrato, jurídico ou material, integrante da esfera jurídica de um sujeito, de carácter defensivo ou prestacional. Nas palavras de VIEIRA DE ANDRADE, “o reconhecimento ou a atribuição de um direito subjectivo fundamental aparece hoje ligado à protecção intencional e efectiva da disponibilidade de um bem ou de um espaço de autodeterminação individual, que se traduzirá sempre no poder de exigir ou de pretender comportamentos (positivos ou negativos) ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”³⁴⁴. Ou, na síntese de SÉRVULO CORREIA, um direito subjectivo fundamen-

³⁴¹ Conforme sublinha D. SHELTON, antropocentrismo não equivale a utilitarismo — *Human rights...*, *cit.*, p. 110.

³⁴² Neste sentido, K. BOSSELMANN, *Ökologische...*, *cit.*, pp. 87 segs.

³⁴³ JOSÉ CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade...*, *cit.*, p. 102.

³⁴⁴ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, *cit.*, p. 119.

tal corresponderá a uma “posição de vantagem resultante da afectação constitucional de meios jurídicos ao fim de preservação e da valorização da dignidade da pessoa humana individualmente considerada”³⁴⁵. O mesmo é dizer que, sem conteúdo – ou sem determinabilidade do conteúdo –, não há direito.

Ora, a indeterminabilidade do conteúdo do direito ao ambiente não é conjuntural, mas *estrutural*, ao contrário do que sucede, por exemplo, com direitos sociais como a habitação, a saúde, a assistência social. Nestes casos, a determinação do conteúdo do direito – melhor: a criação do direito, a que corresponde, na sequência de mediação legislativa, um determinado conteúdo – está dependente da reunião de condições financeiras de implementação, como se fora um direito sujeito a condição suspensiva (do financeiramente possível). A inexigibilidade das prestações inerentes a estes direitos é, por isso, temporária; a sua indeterminabilidade é provisória e externamente condicionada³⁴⁶.

Pelo contrário, o “direito ao ambiente” não corresponde a qualquer pretensão exigível do Estado, em virtude da sua imprecisão essencial: não é possível, em termos universais (ainda que reportadas a uma mesma realidade sócio-económica, no plano meramente interno), determinar o nível, quantitativo e qualitativo, das componentes ambientais (naturais, sublinhe-se) de que cada indivíduo necessita para viver. A inexigibilidade do “direito ao ambiente” é permanente e intrinsecamente condicionada.

E nem se sugira, como faz GOMES CANOTILHO (ainda que tentativamente), a construção de um “direito ao ambiente” a partir da consagração de um dever do Estado no sentido da protecção do meio ambiente. A indeterminabilidade da prestação, entendida como *um abstracto ecologicamente reconhecível*, vale para qualquer caso. A protecção subjectiva (no exemplo avançado pelo Autor, “situações extremas de perigo em virtude de radiações nucleares”³⁴⁷) é realizada na perspectiva dos direitos individuais ameaçados (vida, integridade física, propriedade), não na vertente de salvaguarda de bens de natureza colectiva. A existência de um dever do Estado relativamente à preservação da qualidade dos bens ambientais naturais não convola estes em objecto de direitos subjectivos; o que pode, se tanto, é sustentar uma via de protecção mediata (e forçosamente amputada) de tais bens através dos direitos fundamentais individuais em sistemas jurídicos dotados de uma protecção jurisdicional exclusivamente subjectivista (como o alemão).

Saliente-se que a nossa posição não é tão inócua como pode parecer – por outras palavras, não se trata de um mero exercício de pretensão rigor científico. Para além de constatar uma impossibilidade jurídica (porque física), a rejeição da locução *direito ao ambiente* tem consequências práticas de relevo, não só no plano da definição de uma política ambiental centrada na tutela da realidade natural, como no âmbito da determinação da responsabilidade por dano ecológico. Este reflecte-se na amputação de um valor comunitário e a sua reparação pecuniária – caso a restauração natural seja de todo impossível – deve reverter a favor de um fundo de

³⁴⁵ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais. Sumários*, polic., Lisboa, 2002, p. 73.

³⁴⁶ Neste sentido, J. REIS NOVAIS, *Os princípios...*, *cit.*, p. 293.

³⁴⁷ J. J. GOMES CANOTILHO, *O direito ao ambiente...*, *cit.*, p. 188.

utilização comunitária³⁴⁸. Ou seja, a construção teórica assente na violação do direito ao ambiente desvia a reparação devida de um dano ecológico³⁴⁹, em sistemas de contencioso misto, para a esfera individual de quem denuncia tal situação — salvo se a lei atribuir tais verbas a específicos fundos da comunidade. A nossa Lei 83/95, de 31 de Agosto, ao não criar ou prever a criação de qualquer fundo dessa natureza (cfr. o artigo 22º, *max.* o nº 2), possibilita esta deficiente compreensão, e reforça, ainda que pelos piores motivos, a correcção da nossa posição³⁵⁰.

Insista-se, uma vez mais, neste ponto: uma coisa são os direitos individuais, de teor plural, que a Lei Fundamental consagra — os quais, se entendidos à luz de uma concepção ampla de ambiente, coincidem com o alegado *direito ao ambiente*, simultaneamente absorvendo-o e anulando-o. Outra coisa são os interesses dos cidadãos à fruição das qualidades de um conjunto de bens, constituído pelos elementos naturais (ar, água, solo, fauna, flora), suporte de sobrevivência da espécie humana no planeta. “O reconhecimento de um direito ao ambiente, quando não se traduz num mero recurso retórico ou do emprego trivial da terminologia ecologista pelo jurista, não implica o surgimento de nenhum direito novo ou específico, mas apenas um ponto de referência, de suporte para situações, faculdades ou interesses diversos — escreve PÉREZ LUÑO. Daí que se reconheça o direito ao ambiente através das suas manifestações (contaminação, saúde, paisagem, radiações), mas não em si mesmo”³⁵¹.

A Constituição, ao dedicar normas específicas a direitos tais como a vida, a integridade física, a propriedade, distinguiu claramente estes bens jurídicos da noção de ambiente — como, de resto, também o fez relativamente a outros bens, estes de natureza colectiva, como a saúde pública, o património cultural, o ordenamento do território. Isso não significa que a deterioração de um bem natural — por exemplo, a excessiva concentração de dióxido de carbono numa área residencial, em virtude da realização de trabalhos de construção que envolvem o trânsito permanente de veículos pesados — não possa redundar em lesões de bens jurídicos individuais, como a integridade física³⁵². Todavia, em situações desse tipo, o cidadão lesado invocará o seu direito pessoal — e não qualquer “direito ao ambiente” —, contra o agente da

³⁴⁸ À semelhança do que sucede no Brasil, no âmbito da Lei 7.347, de 24 de Julho de 1985 (artigo 13). Cfr. C. AMADO GOMES, *O direito ao ambiente no Brasil...*, *cit.*, pp. 170, 171. Chamando a atenção para “as maiores dificuldades” criadas pela Lei 83/95 em sede de indemnização (que se traduziriam, afinal, apenas em compensações individuais), J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *cit.*, p. 114.

³⁴⁹ Segundo J. CUNHAL SENDIM (*Responsabilidade...*, *cit.*, p. 130), o dano ecológico caracteriza-se, tendencialmente, como uma “perturbação do património natural — enquanto conjunto dos recursos bióticos (seres vivos) e abióticos e da sua interacção — que afecte a capacidade funcional ecológica e a capacidade de aproveitamento humano de tais bens tutelada pelo sistema jurídico-ambiental”. Para a distinção entre dano ecológico e dano ambiental, v. também pp. 133 segs.

³⁵⁰ Esta lacuna prender-se-á, porventura, com a dificuldade de sensibilização do corpo social para a defesa de interesses transindividuais. Como enfatiza J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil...*, *cit.*, p. 114, “[a] Lei nº 83/95, acentuou sempre mais o perfil individualista, dada a incapacidade da mentalidade burguesa de sentir o interesse colectivo sem lhe antepor os interesses individuais. É sempre mais da satisfação destes que a lei se ocupa”.

³⁵¹ A. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos...*, *cit.*, pp. 455, 456.

³⁵² Cfr. J. UNTERMAIER, *Droit de l’homme...*, *cit.*, p. 339 (utilizando um exemplo similar para demonstrar que o que está em causa é o direito à saúde).

violação, para pôr termo à actividade lesiva e eventualmente obter ressarcimento por danos sofridos directamente na sua esfera jurídica³⁵³.

Resulta, assim, de uma leitura sistemática da Constituição a conclusão de que o objecto de tutela visado pelo artigo 66º são os bens ambientais naturais — sem que isso implique o descentramento da tutela ambiental em face do ser humano. Relativamente àqueles, não pode, por força da natureza das coisas, existir qualquer pretensão de apropriação individual, nem tão pouco proceder-se à fixação de um *quantum* de fruição pessoal — daí a existência de um mero interesse de facto. Tal desiderato é suficiente para justificar a intervenção, procedimental e jurisdicional, em defesa da integridade e qualidade daqueles, através da acção popular, mas faltam-lhe densidade e determinabilidade capazes de consolidar a figura de um direito (ao ambiente, claro, pois não está — repete-se — em causa a natureza de direito das posições jurídicas procedimentais e processuais)³⁵⁴.

Enfim, a locução “direito ao ambiente”, presente no artigo 66º/1 da CRP, é fruto de pura retórica constitucional. Resulta numa fórmula vazia de significado jurídico, embora plena de simbolismo, muito por força da contaminação dos textos internacionais, apostados na sensibilização das populações dos Estados da comunidade internacional para a nova causa mundial pós anos 70 do século XX: a defesa do ambiente. O artigo 66º/1, 1ª parte, da CRP, contribui para a parcela de sonho que qualquer Constituição alberga³⁵⁵.

4.2.2. A protecção do ambiente é uma tarefa do Estado

Como bem colectivo, a tutela do ambiente cabe, em primeira linha, ao poder público. A protecção da integridade dos bens ambientais naturais é uma missão de natureza pública, dada a indispensabilidade da manutenção de um mínimo de qualidade de fruição daqueles para assegurar a existência física dos membros da comunidade. Há um interesse público no desenvolvimento de actuações, jurídicas e materiais, de tutela ambiental, quer por imperativo constitucional, quer por força da integração de Portugal na União Europeia, a qual conta, no seio das suas políticas,

³⁵³ V. também C. AMADO GOMES, *A ecologização da justiça administrativa: brevíssima nota sobre a alínea l) do nº 1 do artigo 4º do ETAF*, in *RJUA*, nº 20, 2003, pp. 25 segs, 36 segs (também publicado nos *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 249 segs).

³⁵⁴ Não podemos, assim e salvo o devido respeito, concordar com J. E. FIGUEIREDO DIAS, quando escreve que “parece que acaba por valer a pena a previsão do direito subjectivo individual ao ambiente, uma vez que se permite aos cidadãos actuar em nome individual, exigindo a protecção ambiental em nome próprio” — *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Coimbra, 2002, p. 30. A capacidade de intervenção, procedimental e jurisdicional, em defesa do ambiente, não é suficiente para provar a existência de um direito, antes acentua a vertente comunitária do bem, dado que a sua salvaguarda pode ser actuada por qualquer pessoa, uma vez provada a lesão ou ameaça de lesão de bens naturais.

³⁵⁵ Falando numa irrenunciável dimensão utópica do “direito ao ambiente”, A. PÉREZ LUÑO, *Estado constitucional y derechos de la tercera generación*, in *AFD*, vol. XIV, 1997, pp. 545 segs, 546.

com a política de ambiente [artigos 3/1/l) e 174 segs do Tratado de Roma]³⁵⁶. A lealdade comunitária — princípio consagrado no artigo 10 do Tratado de Roma — a que o nosso país está vinculado de acordo com o artigo 7º/6 da CRP, obriga ao respeito de determinados objectivos comuns, quando não de forma activa, pelo menos de molde a não frustrar a sua consecução. Ou seja, ao suporte jurídico constante dos artigos 9º/d) e 66º/2 da CRP, junta-se o apelo comunitário à realização conjunta dos fins de protecção ambiental — nos quais se insere a preocupação de “utilização prudente e racional dos recursos naturais”, no terceiro travessão do nº 1 do artigo 174 — no espaço da Comunidade.

Num intuito de conferir coerência sistemática à matéria das tarefas do Estado no domínio do ambiente, KLOEPFER distingue entre obrigações de abstenção, obrigações de prestação e obrigações de garantia de direitos de participação procedimental. DELL’ANNO opta por uma distinção bipartida, entre funções de *indirizzo* político (protecção dos bens ambientais, luta contra a poluição, gestão racional dos recursos) e de ordenação (por seu turno, subdividida em três categorias: funções de autoridade, funções técnicas, funções de gestão dos serviços públicos ambientais)³⁵⁷. Já PRIEUR considera que o facto de o ambiente ter ascendido, no contexto do ordenamento francês, à categoria de bem de interesse geral e, por isso, o aproveitamento das suas utilidades dever ser objecto de regulação normativa, acarreta três tipos de consequências: a necessidade de controlo da legalidade da actuação dos sujeitos cujas actividades incidem, directa ou indirectamente, sobre bens ambientais; a criação e manutenção de uma estrutura administrativa de protecção e gestão dos bens ambientais (*service public de l’environnement*); e a existência de autoridades policiais especialmente dedicadas à prevenção de danos e sancionamento de infracções ocorridos no âmbito da “ordem pública ecológica”³⁵⁸.

Estabelecendo como pressuposto do esquema que de seguida se propõe a qualificação do Direito do Ambiente como o *conjunto de normas que regulam as intervenções humanas sobre os bens ecológicos, de forma a promover a sua preservação, a impedir destruições irreversíveis para a subsistência equilibrada dos ecossistemas e a sancionar as condutas que os lesem na sua integridade e capacidade regenerativa*³⁵⁹, e cruzando um quadro funcional clássico com o texto constitucional, as tarefas do Estado³⁶⁰ neste domínio, num plano simplificado e meramente ilustrativo, dividiram-se em:

³⁵⁶ Note-se que, ao contrário de outras, a política de ambiente não é qualificada como política comum. O que se traduz, fundamentalmente, em que o instrumento de actuação da Comunidade será a directiva e não o regulamento, porque o grau de liberdade deixado aos Estados-membros quer-se maior. Tal não significa, naturalmente, a menor vinculatividade quanto aos fins, mas apenas uma mais ampla liberdade quanto aos meios de realização dos objectivos.

³⁵⁷ P. DELL’ANNO, *Manuale...*, cit., pp. 87 segs.

³⁵⁸ M. PRIEUR, *Droit de l’environnement*, cit., pp. 54 segs.

³⁵⁹ Para mais desenvolvimentos sobre esta formulação, v. C. AMADO GOMES, *Ambiente (Direito do)*, cit., pp. 21 segs.

³⁶⁰ Às quais, não só se sobrepõem as competências das instituições comunitárias em matéria de ambiente, como se justapõem as competências dos órgãos regionais e locais no que concerne ao seu âmbito territorial.

1. Política:

- 1.1. No âmbito interno (prevenção, integração);
- 1.2. No âmbito internacional (prevenção, cooperação)

2. Legislativa:

- 2.1. normas organizativas:
 - 2.1.1. estruturais (organismos centrais e regionais de protecção do ambiente);
 - 2.1.2. competenciais (autorização, fiscalização, fomento);
- 2.2. normas substantivas (prevenção, sancionamento, responsabilização, fomento);
- 2.3. normas adjectivas (reguladoras da legitimidade de intervenção em procedimentos administrativos e em processos judiciais)

3. Executiva:

- 3.1. De polícia:
 - 3.1.1. Autorizativa;
 - 3.1.2. Repressiva;
 - 3.1.3. Sancionatória
- 3.2. De fomento:
 - 3.2.1. Incentivos fiscais;
 - 3.2.2. Subvenções
- 3.3. Formativa:
 - 3.3.1. Através de campanhas de sensibilização;
 - 3.3.2. Através da introdução de disciplinas de educação ambiental nos *curriculae*
- 3.4. Informativa:
 - 3.4.1. De carácter geral;
 - 3.4.2. No âmbito de procedimentos administrativos

4. Jurisdicional

O interesse na tutela ambiental é partilhado por todos, pessoas colectivas e singulares, entidades públicas e privadas; a sua prossecução deve realizar-se na lógica da solidariedade, ou seja, usando os bens naturais mas não abusando da sua capacidade regenerativa, tentando não pôr em causa a sua fruibilidade presente e futura. Ao Estado cabe a primazia no cumprimento da missão de protecção ambiental, desde logo através da definição de critérios de actuação no que concerne aos aproveitamentos múltiplos dos vários tipos de bens ambientais – política ambiental –, depois na adequação concreta desses critérios à conformação das situações jurídicas, tanto

quando elas envolvam entidades públicas, como quando incidam sobre pessoas privadas³⁶¹. Mas a natureza colectiva do bem, que pressupõe a sua gestão racional, impõe também aos privados um dever de colaboração activa na prossecução de tal missão. Mais do que a intenção pedagógica de “envolvimento e a participação dos cidadãos”, a que alude o nº 2 do artigo 66º, existe um dever fundamental de protecção do ambiente.

4.2.3. A protecção do ambiente é (também) um dever fundamental

A maior *sedução* da doutrina pela 1ª parte do nº 1 do artigo 66º, e o consequente esquecimento ou menor atenção à 2ª parte, só pode explicar-se em razão de uma certa “alergia” à figura do dever fundamental. É certo que, numa Constituição como a nossa, que faz da dignidade da pessoa humana o epicentro do sistema de direitos fundamentais (cfr. o artigo 1º)³⁶² e que, em nome da mais plena realização dessa dignidade — *maxime*, através do desenvolvimento da personalidade, direito expressamente introduzido com a revisão constitucional de 1997 e implicitamente já decorrente daquele princípio —, impõe como ponto de partida de intervenção legislativa [corporizada em lei formal, em sede de direitos, liberdades e garantias — artigo 165º/1/b) da CRP] o princípio da liberdade, o reconhecimento de deveres fundamentais tende sempre a surgir como uma forma de limitar essa liberdade. Mas não é menos verdade que a Constituição aponta para a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária” como espaço de realização e concretização dessa dignidade (artigo 1º), e que tal desígnio é incidível da aceitação de um conjunto de deveres dos indivíduos para com a colectividade.

A antipatia face aos deveres fundamentais, conforme explica CASALTA NABAIS, tem razões essencialmente históricas³⁶³. Em primeiro lugar, a ruptura com o paradigma do *status passivus* em que o indivíduo se encontrava investido, até ao final do período absolutista e ao advento do liberalismo, no dealbar do século XIX. Depois, a reacção ao fim dos regimes autoritários e totalitários que se instalaram na Europa até meados do século XX e cuja superação se fez muito através da reabilitação de

³⁶¹ É nesta perspectiva que se pode falar de uma “dimensão ecológica” dos direitos fundamentais, ou seja, enquanto noção objectiva que se introduz na ponderação conformativa do conteúdo de certos direitos, como a propriedade ou a investigação científica — cfr. K. BOSSELMANN, *Ökologische...*, *cit.*, pp. 80 segs.

³⁶² Na síntese de J. M. SÉRVULO CORREIA, “a dignidade da pessoa humana é pois o valor supremo, ao qual a colectividade se subordina, e não apenas um entre outros bens jurídicos de cuja protecção constitucional depende a vida em comunidade. Em suma, antes de ser um bem da colectividade, é um bem de cada indivíduo” — *Direitos Fundamentais...*, *cit.*, p. 82. V. também, sobre a textura aberta do conceito, J. J. GOMES CANOTILHO e JÓNATAS MACHADO, «Reality shows» e liberdade de programação, Coimbra, 2003, pp. 44 segs. Ainda, sobre a atenção que a jurisprudência constitucional tem dedicado ao princípio, BENEDITA MACCROIRIE, *O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in *Estudos em comemoração do décimo ano da licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, 2004, pp. 151 segs. Por último, J. REIS NOVAIS, *Os princípios...*, *cit.*, pp. 51 segs.

³⁶³ J. CASALTA NABAIS, *O dever...*, *cit.*, pp. 15 segs

um estatuto de liberdade do indivíduo perante os poderes públicos³⁶⁴. Por fim e na sequência das mudanças de regime, a construção de textos constitucionais alicerçados na figura do direito fundamental³⁶⁵, reduzindo ao mínimo ou aflorando a noção de dever de forma muito discreta e normalmente contextualizada, ou a partir da ideia de Estado Social³⁶⁶, ou com base no princípio da dignidade da pessoa humana³⁶⁷ (acentuando, ora a responsabilidade, ora a liberdade, com resultados idênticos). O discurso “politicamente correcto” tende, pois, a enfatizar o direito e a obscurecer o dever³⁶⁸.

O estigma da figura do dever – situação jurídica que naturalmente acompanha a transição do modelo de Estado de liberal para social³⁶⁹ – em muito se deve à distorção provocada pelos regimes totalitários de direita (fascismo³⁷⁰, nazismo³⁷¹) e de esquerda (comunismo), os quais despiram a ideia de dever da dimensão da responsabilidade e a investiram no colete da submissão: o indivíduo retoma, como no período do Absolutismo, o estatuto de objecto do poder e vê o propósito da sua existência totalmente funcionalizado ao interesse do Estado, da Nação, do povo. Com a reconquista da democracia na Europa do pós-guerra, contudo, a visão distorcida do dever perde terreno para a sua (re)integração no âmbito do sistema constitucional e contextualização no sentido de uma liberdade responsável³⁷².

A nossa Constituição acolhe vários deveres fundamentais, desde o de sufrágio ao de educação dos filhos, passando pelo de defesa da pátria e de recenseamento

³⁶⁴ Cfr. R. STÖBER, *Grundpflichten und Grundgesetz*, Berlin, 1979, p.16.

³⁶⁵ Ressalvam-se as Constituições dos Estados socialistas, amplamente povilhadas de deveres fundamentais, na lógica de subordinação da felicidade do indivíduo ao progresso da colectividade (cfr. S. VARELA DIAZ, *La idea de deber constitucional*, in *REDC*, nº 4, 1982, pp. 69 segs, 73 segs). Sublinhando a previsão de disposições consagrando o dever fundamental de protecção do ambiente em várias Constituições socialistas, F. LÓPEZ RAMÓN, *Derechos fundamentales... cit.*, p. 349, nota 2.

³⁶⁶ Veja-se a síntese de posições doutrinárias com esta orientação em F. DÜHR, *Prinzip und System der Grundpflichten*, Münster/Hamburg/London, 2002, pp. 16 segs.

³⁶⁷ Neste sentido, R. STÖBER, *Grundpflichten...*, *cit.*, pp. 21, 22; O. LUCHTERHANDT, *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland*, Berlin, 1988, pp. 444 segs; F. DÜHR, *Prinzip...*, *cit.*, pp. 224 segs (o princípio da liberdade, intrinsecamente ligado à dignidade humana, acentua a vertente de responsabilidade de cada um para com o seu semelhante, fundamentando a imposição de deveres fundamentais).

³⁶⁸ J. CASALTA NABAIS, *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, I, Coimbra, 2003, pp. 737 segs, 737.

³⁶⁹ Recorde-se que, logo nas Constituições revolucionárias francesas se consagraram alguns deveres fundamentais (a Constituição jacobina de 1795 intitulava-se mesmo *Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão*), mas essa previsão tinha uma dimensão mais pedagógica do que jurídica, no contexto de uma estrutura política que privilegiava a liberdade individual. Os deveres eram encarados como virtudes, não como obrigações – cfr. J. ISENSEE, *Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers*, in *DÖV*, 1982/15, pp. 609 segs, 610; K. STERN, *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, III/2, München, 1994, pp. 985 segs.

³⁷⁰ Cfr. as referências bibliográficas de autores italianos de ideologia fascista (Petroni, Ferri, Giurati) em C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milão, 1968, pp. 13, 14, nota 19.

³⁷¹ Falando em “perversão do conceito de dever fundamental” no período do nacional-socialismo, v. THORSTEN SCHMIDT, *Grundpflichten*, Baden-Baden, 1999, pp. 54, 55, 69.

³⁷² Demonstrando a neutralidade político-ideológica do conceito de dever fundamental, P. BADURA, *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, in *DVBl*, 1982/18, pp. 861 segs, 869.

eleitoral, até aos deveres de defesa da saúde pública, do ambiente e do património cultural³⁷³. Começaremos por tecer algumas considerações gerais sobre a figura do dever fundamental (*i.*), para então individualizarmos algumas notas sobre o dever fundamental de protecção do ambiente (*ii.*), que servirão de base ao desenvolvimento a levar a cabo no Capítulo seguinte.

i.) Devemos realçar, desde logo, que a existência de deveres fundamentais não reflecte a mera aposição de limites a direitos, nem uma habilitação constitucional de emissão de restrições legislativas a posições jusfundamentais de vantagem. Na verdade, os deveres fundamentais propriamente ditos revestem uma densidade e significação próprias, que radica na ordenação de valores sociais plasmada na Constituição e na intenção contextualizante do indivíduo num Estado Social de Direito³⁷⁴.

Com efeito, uma coisa é a necessidade de exigir de alguns cidadãos a toleração de determinados sacrifícios (v.g., a função social da propriedade, que justifica, caso o interesse colectivo o demande, a expropriação total ou parcial de um bem, sujeita a justa indemnização, por força do princípio da equitativa repartição dos encargos públicos) – que se configura como uma restrição de direitos em nome de valores constitucionalmente protegidos, com respeito pelos parâmetros da proporcionalidade; outra coisa é a prescrição legal de obrigações de conduta, positiva ou negativa, oponíveis à generalidade dos cidadãos (ou a certas categorias) – estamos então perante verdadeiros e próprios deveres fundamentais.

A prescrição de deveres fundamentais pode revestir várias gradações, desde o patamar mínimo, de contribuição para o erário público (pagando impostos em função do nível de rendimentos)³⁷⁵, passando pela imposição de determinadas sujeições (por exemplo, servidões de interesse público em imóvel classificado), até à realização de condutas positivas (caso do dever de votar). O acréscimo de fins do Estado intervencionista faz forçosamente acompanhar o catálogo de tarefas públicas de um conjunto de deveres fundamentais a desenvolver pelos privados, sob pena de criação de um quadro de desequilíbrio paternalista, em que o Estado tudo deve a todos, e ao indivíduo nada obriga para com ninguém³⁷⁶.

Um Estado que despreza a figura do dever fundamental promove a desintegração social – pois isenta os cidadãos do esforço de concretização comum de qualquer projecto político³⁷⁷. “Se os deveres dos cidadãos no tempo do Estado liberal – escreve PAUNER CHULVI – se justificam na base da assunção por estes da condição de membros da comunidade e de acordo com um princípio da igualdade formal, as

³⁷³ Cfr. os artigos 49º/2, 276º/1, 113º/2 e 4, 64º/1, 66º/1 e 78º/1, todos da CRP, respectivamente.

³⁷⁴ Cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht...*, *cit.*, pp. 1053 segs, *max.* 1057.

³⁷⁵ Para J. DE LUCAS, a evolução de um sistema em que o único dever do cidadão para com o Estado, para além da obediência à lei, se traduz no pagamento de impostos, para um outro em que o Estado demanda dos seus cidadãos o cumprimento de determinados deveres de *facere*, como forma de integração comunitária, marca a diferença entre a solidariedade passiva e activa – **La polémica sobre los deberes de solidaridad**, *in RCEC*, nº 19, 1994, pp. 9 segs, 13. Sem embargo da justeza desta constatação, há que reconhecer que o dever de pagar impostos se revela essencial à sobrevivência de um modelo de Estado como o actual Estado Social – R. STÖBER, **Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension**, *in NVwZ*, 1982/9, pp. 473 segs, 475; J. CASALTA NABAIS, **A face oculta...**, *cit.*, pp. 748 segs.

³⁷⁶ Cfr. J. DE LUCAS, **La polémica...**, *cit.*, p. 13.

³⁷⁷ J. ISENSEE, **Die verdrängten...**, *cit.*, p. 618.

obrigações relacionadas com o modelo de Estado social ganham sentido em função da promoção da igualdade real e da realização da dignidade humana³⁷⁸.

O Estado Social “não pode abandonar a exigência de solidariedade à ideia de uma virtude moral, mas deve antes considerá-la como um princípio integrante da justiça, tal como o são a igualdade e a liberdade”³⁷⁹. Assim, o Estado promove o desenvolvimento e realização da igualdade real entre os cidadãos, objectivo que vincula os poderes públicos – começando, naturalmente, pelo legislador – ao estabelecimento de discriminações positivas a favor de certos grupos sociais mais desfavorecidos, à criação e manutenção de um sistema de segurança social universalista³⁸⁰, à atribuição de um rendimento mínimo aos desempregados; e convida os cidadãos, numa lógica de solidariedade, a empreender relações de entreaajuda na necessidade e a assumir atitudes de colaboração activa em domínios que pressupõem a responsabilidade colectiva. A solidariedade é a técnica de implementação da igualdade real – ajudar os mais desfavorecidos, quer em circunstâncias de normalidade, quer de catástrofe – e o fundamento de uma cidadania responsável³⁸¹.

O cidadão do Estado Social não é um Robinson Crusoe abandonado na sua ilha, é alguém que aproveita as vantagens da vida em comunidade e tem, por isso, que suportar as responsabilidades da sociabilidade – é BACHOF quem recorre a esta imagem³⁸². Quanto maior for o nível de bem-estar proporcionado pelo Estado, maior é a necessidade de estabelecer nexos de solidariedade entre os indivíduos relativamente à realização de objectivos de interesse comum, consoante, naturalmente, as suas possibilidades. Estar investido em deveres não é um *status subjectionis*, mas antes um reflexo da responsabilidade social que grava cada indivíduo – ou seja, é também um *status activus*³⁸³. Contribuir para a prossecução do interesse comunitário como se próprio fosse, é uma máxima de solidariedade que resume bem a atitude do cidadão inserido num Estado votado à concretização da justiça social³⁸⁴. No Estado Social, existe uma *solidariedade de destino*³⁸⁵: ser solidário é ser activamente comprometido com a realização do bem-estar colectivo.

Fazendo nossas as palavras de CASALTA NABAIS, “há que ter em conta a concepção de homem que subjaz às actuais constituições, segundo a qual ele não é um mero indivíduo isolado ou solitário, mas sim uma pessoa solidária em termos sociais, constituindo precisamente esta referência a vinculações sociais do indivíduo — que

³⁷⁸ C. PAUNER CHULVI, *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, Madrid, 2001, p. 48. V. também P. BADURA, *Grundpflichten...*, *cit.*, pp. 868 segs, e A. SERRANO TRIANA, *Sentido y actualidad del Derecho Administrativo*, Madrid, 1989, p. 185.

³⁷⁹ J. DE LUCAS, *La polémica...*, *cit.*, p. 28.

³⁸⁰ Por oposição à concepção laborista que vigorava no Estado Novo – A. SILVA LEAL, *O direito à segurança social*, in *Estudos sobre a Constituição*, II, Lisboa, 1978, pp. 335 segs, 349 segs.

³⁸¹ Vincando a diferença entre solidariedade e igualdade, J. DE LUCAS, *La polémica...*, *cit.*, pp. 22 segs.

³⁸² O. BACHOF, *Aussprache (Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension)*, in *VVDStRL* 41 (1983), pp. 98, 99.

³⁸³ Neste sentido, R. STOBBER, *Grundpflichten...*, *cit.*, p. 477.

³⁸⁴ Fazendo equivaler as noções de solidariedade e integração, na medida em que a solidariedade promove a participação activa na vida pública e a integração pressupõe um processo dialéctico entre as vantagens da inserção social e as responsabilidades daí decorrentes, G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milão, 1967, pp. 50 segs.

³⁸⁵ Cfr. A. CASTANHEIRA NEVES, *Pessoa, Direito e responsabilidade*, in *RPCC*, nº 6, 1996, pp. 9 segs, 43.

faz deste um ser ao mesmo tempo livre e responsável — a base do entendimento da ordem constitucional assente no princípio da repartição ou da liberdade como uma ordem simultânea e necessariamente de liberdade e de responsabilidade, ou seja, uma ordem de liberdade limitada pela responsabilidade”³⁸⁶.

A responsabilidade é simultaneamente pressuposto da liberdade e medida da solidariedade: o desenvolvimento das liberdades, num Estado de Direito, não dispensa, antes reclama, um acento tónico no exercício socialmente adequado dessas liberdades³⁸⁷. A existência de deveres fundamentais corresponde ao *preço a pagar* pelas vantagens da vivência comunitária, é uma contrapartida de responsabilidade em face dos benefícios resultantes da organização das liberdades individuais no seio da comunidade³⁸⁸. O dever fundamental, a par do direito, contribui para a definição do estatuto constitucional de cada cidadão³⁸⁹, incorpora a sua “imagem antropológica”³⁹⁰.

Contudo, porque, por um lado, um *princípio de verosidade social*, embora coerente com a lógica do Estado Social³⁹¹, chocaria frontalmente com o princípio da liberdade — termo cimeiro do programa de qualquer Estado de Direito³⁹² —, âncora do nosso sistema de direitos fundamentais³⁹³; e, por outro lado, em razão do facto de o dever se traduzir na imposição de obrigações ao cidadão, as quais redundam num condicionamento da liberdade, não existe na CRP uma cláusula aberta de deveres assimilável à norma ínsita no artigo 16º/1³⁹⁴. Os deveres fundamentais devem surgir “pontualmente” na Lei Fundamental, correspondendo a um interesse social relevante no contexto do projecto de comunidade de Direito que ela acolhe³⁹⁵.

Note-se, todavia, que o bem jurídico objecto de constrangimento por força do dever pode não coincidir com o bem jurídico subjacente ao direito que eventualmente lhe esteja associado: por exemplo, ao direito de voto é correlativo o dever (cívico³⁹⁶) de votar, e ambos visam promover a participação do cidadão na vida pú-

³⁸⁶ J. CASALTA NABAIS, *O dever...*, cit., p. 31.

³⁸⁷ Cfr. P. BADURA, *Grundpflichten...*, cit., pp. 862, 863; J. ISENSEE, *Die verdrängten...*, cit., p. 615.

³⁸⁸ Segundo C. GUSY, “Verantwortung ist kein spezifisches Korrelat der Freiheit. Vielmehr ist sie Grundlage jedes menschlichen Zusammenlebens, welches die Konsistenz des Verhaltens der einzelnen Mitglieder voraussetzt” — *Grundpflichten und Grundgesetz*, in *JZ*, 1982/19, pp. 657 segs, 661. V. também O. BACHOF, *Aussprache*, cit., loc. cit., e J. DE LUCAS, *La polémica...*, cit., pp. 32, 33.

³⁸⁹ P. BADURA, *Grundpflichten...*, cit., p. 863.

³⁹⁰ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., p. 167.

³⁹¹ Cfr. K. STERN, *Das Staatsrecht...*, cit., pp. 1031 segs.

³⁹² P. BADURA, *Grundpflichten...*, cit., p. 862.

³⁹³ Neste sentido, JORGE MIRANDA, *Manual...*, cit., IV, pp. 178, 179; C. PAUNER CHULVI, *El deber...*, cit., p. 41; O. BACHOF, *Aussprache*, cit., p. 126, e P. BADURA, *Grundpflichten...*, cit., pp. 870, 871 (esclarecendo que a aceitação de um dever de solidariedade social decorrente do princípio do Estado Social não se sobrepõe ao princípio da reserva de lei restritiva, ou seja, não deve assumir-se como uma cláusula geral de imposição de deveres fundamentais).

³⁹⁴ Não deve esquecer-se, no entanto, que a multiplicação de direitos propulsãoada pelo artigo 16º/1 não é gratuita, isto é, a criação de novos direitos a favor de uns pode envolver a restrição de direitos de outros. Sobre a densificação dos pressupostos de qualificação de um direito fundamental, v. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, cit., pp. 54 segs; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, cit., pp. 133 segs.

³⁹⁵ K. STERN, *Das Staatsrecht...*, cit., p. 1064.

³⁹⁶ Sobre a não sancionabilidade do incumprimento do dever de votar, v. JORGE MIRANDA, *O direito eleitoral na Constituição*, II, Lisboa, 1978, pp. 461 segs, 472 e, do mesmo autor, *Manual...*, IV, cit., p. 177.

blica; mas já o dever de defesa da pátria³⁹⁷ implica tendencialmente a restrição/suspensão de um conjunto de liberdades (de circulação, de exercício da profissão, de consciência) diverso do bem jurídico que o justifica — a salvaguarda da integridade do território nacional³⁹⁸.

Daí que possa afirmar-se que o dever fundamental configura um *substracto* com significação autónoma, que não é um mero reflexo de um direito — o qual, aliás, pode nem existir³⁹⁹. Veja-se o que sucede relativamente aos bens de natureza colectiva, como a saúde pública, o ambiente, o património cultural: a indeterminabilidade essencial das faculdades de apropriação individual deste tipo de bens — ainda que só a título de uso — leva a que os deveres fundamentais que impendem sobre os cidadãos no sentido da sua defesa não tenham qualquer correspondência em direitos, devido, precisamente, à impossibilidade de densificação do conteúdo destes. O dever não pressupõe nem implica o direito; legitima, sim, a existência de competências administrativas no sentido da sua conformação (balizada pela lei) e da supervisão do seu cumprimento⁴⁰⁰.

ii.) O artigo 66º/1, 2ª parte da CRP, onde se inscreve expressamente um dever fundamental de protecção do ambiente, coloca o cidadão a par do Estado e dos demais membros da comunidade na prossecução da tarefa pública de promoção da qualidade dos bens ambientais naturais. A consagração do dever fundamental de protecção do ambiente dá corpo à previsão de um interesse comunitário o qual, não só legitima a imposição de restrições a direitos fundamentais — embora essa habilitação decorra primacialmente da articulação entre os artigos 18º/2 e 3, 9º/e) e 66º/2 da CRP — como, e sobretudo, fundamenta a exigibilidade de condutas, activas e omissivas, especificamente concretizadoras daquele objectivo.

O dever fundamental de protecção do ambiente desdobra-se, assim, em comportamentos de vária ordem em função dos titulares, facto que não afecta a universalidade e igualdade subjacentes à sua instituição⁴⁰¹. Todos os cidadãos estão investidos no dever genérico de protecção do ambiente e todos estão vinculados a comportamentos concretizadores deste dever, na medida da diferença das suas situações específicas. A diversidade de conteúdo deste dever leva a que prefiramos o verbo “proteger” ao verbo “defender” que a Constituição utiliza⁴⁰² — o segundo parece traduzir-se em comportamentos meramente reactivos, enquanto o primeiro abarca, quer uma dimensão de promoção, quer uma dimensão de prevenção de danos ambientais.

³⁹⁷ Especificamente sobre o dever de defesa da pátria, J. DE LUCAS, *La polémica...*, *cit.*, pp. 53 segs.

³⁹⁸ Cfr. C. CARBONE, *I doveri...*, *cit.*, pp. 55 segs.

³⁹⁹ Distinguindo *deveres fundamentais autónomos* de *deveres fundamentais associados a direitos*, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, *cit.*, pp. 161 segs. V. também JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, *cit.*, p. 177; R. STOBBER, *Grundpflichten...*, *cit.*, p. 474; K. STERN, *Das Staatsrecht...*, *cit.*, p. 1061.

⁴⁰⁰ Neste sentido, S. VARELA DÍAZ, *La idea...*, *cit.*, p. 84; C. PAUNER CHULVI, *El deber constitucional...*, *cit.*, pp. 35, 38 e 39.

⁴⁰¹ Cfr. C. CARBONE, *I doveri...*, *cit.*, pp. 353 segs; JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, *cit.*, p. 179; THORSTEN SCHMIDT, *Grundpflichten*, *cit.*, pp. 107 segs; R. STOBBER, *Grundpflichten...*, *cit.*, p. 473.

⁴⁰² TIAGO ANTUNES, por seu turno, prefere o verbo “respeitar” (que nos parece demasiado passivo) — *Ambiente...*, *cit.*, p. 647.

Se é possível definir obrigações de comportamento precisas — de *facere*, *non facere* e de *pati* —, que traduzem específicos deveres de realização do objectivo público de protecção do ambiente, revela-se, em contrapartida, impossível individualizar prestações de aproveitamento de bens ecológicos. É verdade que o grau de imprecisão é, à partida, o mesmo, se confrontarmos a 1ª e a 2ª partes do artigo 66º/1 — a Constituição não define o conteúdo, nem dos direitos, nem dos deveres ambientais. Dir-se-ia que o principal argumento de negação da tese da existência de um direito ao ambiente — o da indeterminabilidade do seu conteúdo — também se verificaria no capítulo do dever de protecção do ambiente.

Porém, o que tolhe, em nossa opinião, a sustentação da figura do direito ao ambiente não é a falta de concretização constitucional do seu conteúdo, mas sim a impossibilidade da sua determinação legislativa, por força da própria natureza das coisas. Insistimos nesta ideia: o conteúdo do alegado “direito ao ambiente” é indefinível; o dever de proteger a integridade dos elementos naturais é reconduzível a um amplo conjunto de imposições normativas, de diverso grau e diversa complexidade, consoante a situação concreta do cidadão⁴⁰³. Aliás, conforme notam VIEIRA DE ANDRADE e CASALTA NABAIS, os preceitos determinativos de deveres fundamentais não são, em regra, directamente aplicáveis⁴⁰⁴, necessitando de previsão legislativa expressa como fundamento da sua exigibilidade⁴⁰⁵. Ponto é que as condutas sejam determináveis e, correspondentemente, exigíveis por parte do Estado.

Não surpreendem, assim, nem a alusão a deveres fundamentais específicos de protecção do ambiente em razão da actividade desenvolvida (*maxime*, de carácter industrial)⁴⁰⁶, nem a referência de alguma doutrina a deveres fundamentais ecológi-

⁴⁰³ Notando a dificuldade de construção de um quadro unitário de vinculações no âmbito do dever de protecção do ambiente, em razão, quer das diversas formulações nas constituições dos *Länder*, quer da variedade de elementos que compõem o meio ambiente, THORSTEN SCHMIDT, *Grundpflichten*, *cit.*, pp. 262 segs.

⁴⁰⁴ Facto que, ao contrário do que afirma C. GUSY, lhes não retira o fundamento constitucional de validade, remetendo tão só para o legislador ordinário a concretização dos seus conteúdos — *Grundpflichten...*, *cit.*, *max.* pp. 661 segs.

⁴⁰⁵ J. CASALTA NABAIS, *O dever...*, *cit.*, pp. 148 segs; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, *cit.*, p. 170.

⁴⁰⁶ Reportamo-nos à obra de BERNARD-FRANK MACERA, *El deber industrial de respetar el ambiente*, *cit.*. A construção deste Autor, ainda que assentando numa concepção restrita de ambiente semelhante àquela que propomos (v. pp. 90, 91), reduz o tratamento do âmbito subjectivo do dever fundamental de defesa do ambiente aos empresários industriais (cfr. pp. 42 segs, *max.* 50).

cos em geral⁴⁰⁷. Com efeito, escreve GOMES CANOTILHO, “depois de uma certa euforia em torno do *individualismo dos direitos fundamentais* que, no nosso campo temático, se traduzia na insistência em prol da densificação de um direito fundamental ao ambiente, fala-se hoje de um *comunitarismo ambiental* ou de uma *comunidade com responsabilidade ambiental* assente na participação activa do cidadão na defesa e protecção do ambiente. Daqui até à insinuação de deveres fundamentais ecológicos vai um passo⁴⁰⁸. Um exemplo desse “passo” consta da *Charte constitutionnelle de l’Environnement*, aprovada por lei constitucional em Maio de 2005 para incorporar o bloco de constitucionalidade francês, que enuncia deveres como os de preservação e promoção da qualidade ambiental (art. 2), de prevenção de danos e/ou minimização de danos para o ambiente (art. 3), e de ressarcimento de danos ambientais (art. 4), a par do reconhecimento da educação ambiental como elemento fundamental de formação de uma cidadania ambiental (art. 8). Outro exemplo, embora menos desenvolvido, sedia-se na 2ª parte do nº 1 do artigo 66º da CRP.

A acentuação de uma responsabilidade ecológica decorre, em primeira linha, de um imperativo de salvaguarda de bens essenciais à sobrevivência humana, que o desenvolvimento tecnológico tem devorado. A fórmula resulta, assim, particularmente feliz no contexto da consciencialização da população para a triste realidade da vertiginosa degradação ambiental, que só através do esforço colectivo pode ser atenuada. O seu sentido axiológico é, portanto, inegável⁴⁰⁹. Mas, sem embargo da importância da ideia da existência de deveres ecológicos para a sedimentação dos valores ligados à preservação ambiental, gostaríamos de acentuar que a nossa preferência pela figura do dever fundamental de protecção do ambiente decorre, em primeiro lugar, dos obstáculos técnicos revelados pela concepção do *direito ao*

⁴⁰⁷ M. FÜHR, *Ökologische Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, in *N+R*, 1998/1, pp. 6 segs; THORSTEN SCHMIDT, *Grundpflichten*, *cit.*, p. 262 (o Autor considera que não é possível retirar da *GG*, nomeadamente do artigo 20A, o fundamento da existência de um dever fundamental de defesa do ambiente a cargo dos cidadãos, mas apenas a consagração de uma tarefa do Estado. No entanto, no caso de algumas constituições dos *Länder*, a integração do dever de protecção dos bens ambientais no catálogo de deveres fundamentais dos cidadãos é incontestável).

Ao contrário de Portugal, na Alemanha, a aceitação de deveres fundamentais torna-se especialmente dificultada pela quase total ausência de referências constitucionais a tal categoria (a *Grundgesetz* consagra apenas três deveres fundamentais: o de educação dos filhos pelos pais; o de manutenção da paz; e o de prestação de serviço militar – artigos 6/I, 26/II e 12a/I, respectivamente). Já foi, por isso, afirmado que a *GG* é mãe para os direitos fundamentais e madrasta para os deveres (R. STÖBER, *Grundpflichten...*, *cit.*, p. 474).

A questão dos deveres fundamentais ecológicos depara-se, assim, com a premissa essencial da determinação do seu fundamento. M. FÜHR radica a existência de tais deveres, não num princípio geral de organização da liberdade dos indivíduos em comunidade (que gera tão só uma obrigação de respeito), mas antes na irrenunciável aliança que liga o Estado e os cidadãos no desenvolvimento da tarefa de protecção ambiental, hoje expressamente determinada no artigo 20A – susceptível de específicas concretizações traduzidas em comportamentos activos –, cuja cooperação é indispensável à plena consecução dos objectivos, sobretudo na perspectiva da solidariedade intergeracional – *Ökologische...*, *cit.*, pp. 9 segs.

⁴⁰⁸ J. J. GOMES CANOTILHO, *Estado Constitucional e democracia sustentada*, in *CEDOUA*, 2001/2, pp. 9 segs, 13.

⁴⁰⁹ TIAGO ANTUNES chega mesmo a afirmar que, “(...) a tutela do ambiente (sobretudo em termos de poluição atmosférica) deve visar atingir todo o globo. E tal só é possível por via dos deveres, nunca por via dos direitos” – *Ambiente...*, *cit.*, p. 659.

ambiente – indeterminação e indeterminabilidade da medida de fruição individual de cada componente ambiental –, obstáculos esses ultrapassáveis pela via do dever fundamental.

Em conclusão, de acordo com esta nossa perspectiva, não há razão para apelar à qualificação de direitos-deveres⁴¹⁰, direitos circulares⁴¹¹, direitos *boomerang*⁴¹² ou direitos de solidariedade⁴¹³, no que toca ao alegado direito ao ambiente. É nossa convicção de que, pelo menos no que respeita aos casos de aproveitamento de bens de natureza colectiva, o substrato que os textos legais, internacionais e internos, constitucionais e ordinários, identificam não se reconduz a qualquer direito, mas sim a um dever de realização solidária de um objectivo comum, através do cumprimento de imposições normativas de grau e complexidade vários.

A ideia de qualificar tais posições jurídicas como direitos tem a ver, por um lado, com a *invenção* de uma nova causa mobilizadora dos actores da comunidade internacional, traduzida na protecção do ambiente e, por outro lado, com a ligação estabelecida entre ambiente, desenvolvimento e qualidade de vida, a qual gerou uma comoção política geral e plena de boas intenções em torno da situação dos países menos desenvolvidos, resultante no reconhecimento — politicamente correcto mas destituído de consequências jurídicas⁴¹⁴ — de direitos das populações a melhores condições de vida⁴¹⁵.

Será, assim, de concluir que a *terceira geração* de direitos fundamentais não existe⁴¹⁶? Não vamos talvez tão longe, na medida em que há um conjunto de novos direitos que se impõe paulatinamente nos ordenamentos, fruto da evolução incessante das realidades sociais, científicas, culturais — pensamos em direitos como a “autodeterminação informática” ou a “protecção do património genético”⁴¹⁷. Resta

⁴¹⁰ Neste sentido, S. VARELA DÍAZ, *La idea...*, *cit.*, p. 85; MARIA DA GLÓRIA DIAS GARCIA, *Parecer sobre o loteamento urbanístico da Aldeia do Meco*, in *O caso Meco. Pareceres jurídicos e peças processuais*, II, MAOT, 2002, pp. 159 segs, 225, 226 (a Autora afirma que “o direito ao ambiente tem uma configuração particular, que foge à clássica caracterização dos direitos sociais, dirigidos à obtenção de uma acção do Estado, porquanto se trata de um direito/dever, i.e., direito a reivindicar uma acção específica do Estado e dever de cada cidadão agir em certo sentido”); C. AMADO GOMES, *As operações materiais...*, 1ª ed., *cit.*, pp. 16 segs.

⁴¹¹ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, *cit.*, p. 168, nota 126.

⁴¹² J. CASALTA NABAIS, *O dever...*, *cit.*, p. 53.

⁴¹³ KAREL VASAK, *Le droit...*, *cit.*, p. 344; PÉREZ LUÑO, *Estado constitucional...*, *cit.*, p. 564; C. LÓPEZ BRAVO, *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*, Sevilha, 1999, pp. 143, 144.

⁴¹⁴ Parafraseando R. VANDER ELST, “Il ne faut pas vouloir classer parmi les droits de l’homme tout ce que l’on désire et tous les idéaux que l’on voudrait voir réaliser, alors qu’ils sont juridiquement hors de notre portée” — *La laïcisation, les trois générations et les trois niveaux des droits de l’homme*, in *RTDH*, nº 10, 1992, pp. 132 segs, 145.

⁴¹⁵ Afirmando que o “direito ao desenvolvimento” é um “direito-síntese” no qual se filiam os “direitos de terceira geração” (como o direito à paz, à qualidade de vida, à protecção do ambiente, à saúde), E. RIEDEL, *Menschenrechte der dritten Dimension*, in *EGZ*, 1989/1, 2, pp. 9 segs, 13. Para uma crítica a esta visão, M. FLORY, *A propos des doutes sur le droit au développement*, in *Les hommes et l’environnement, Études en hommage à A. Kiss*, Paris, 1998, pp. 165 segs.

⁴¹⁶ Leiam-se as reflexões de J. DE LUCAS (*La polémica...*, *cit.*, pp. 35 segs, *max.* 41 segs) que, sem negar a vertente simbólica da ideia de “direitos” de solidariedade, questiona a sua coerência.

⁴¹⁷ Mais exemplos podem ver-se em J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direitos Fundamentais...*, *cit.*, p. 41.

saber se existe um critério unificador⁴¹⁸ que justifique a sua arrumação nesta — ou nalguma outra — categoria (tal averiguação está, porém, fora do objecto desta investigação)⁴¹⁹. Certos estamos, contudo, de que os bens colectivos (v. *infra*, 2.1.), cuja insusceptibilidade de apropriação individual é contrabalançada pela possibilidade de fruição das suas utilidades, impõem uma nova ética de responsabilização individual na realização de objectivos comuns.

5. Síntese

A expressão “direito ao ambiente”, popularizada nos anos 70 do século XX muito por força da associação entre protecção do ambiente, qualidade de vida e desenvolvimento das populações dos Estados recém-nascidos dos movimentos colonizadores, revela-se falha de sentido jurídico. Por um lado, a variabilidade geográfica condiciona fortemente a sua eficácia e, por outro lado, a indeterminabilidade das prestações individuais que pretensamente integram o conteúdo do “direito” condenam este a uma existência puramente simbólica e pedagógica.

Esta percepção é válida, não apenas no plano internacional, como também no plano interno. Apesar da adesão do legislador nacional à fórmula do *direito ao ambiente*, ora apoiada, ora rejeitada pela jurisprudência, as críticas doutrinárias sublinham a dificuldade de preencher o conceito, em tudo o que extravasa a sua subsumção em direitos de personalidade ou mesmo patrimoniais. A via da subjectivização da tutela ambiental através do direito, não só se revela inútil — em face da sobreposição com posições jurídicas clássicas —, como deficitária — porque é sempre feita à medida da necessidade individual e não à medida da necessidade de reparação da lesão ecológica —, e mesmo como prejudicial — induzindo a confusão entre dano pessoal e dano ecológico e gerando potenciais aproveitamentos indevidos.

Uma grande parte da doutrina, sensível a estes argumentos, propõe a abordagem objectiva da tutela ambiental através da figura processual do interesse difuso, que permite ao cidadão intervir em prol da defesa de bens de natureza colectiva. Paralelamente, alguns autores chamam a atenção para uma outra dimensão subjectiva, mais consentânea com a vertente solidarista que deve revestir a tutela de bens colectivos, a qual se traduz no reconhecimento de um dever de protecção do ambiente.

Em Portugal, a norma do artigo 66º/1 da CRP tem sido objecto de uma leitura assente numa pré-compreensão “politicamente correcta” da fórmula do *direito ao ambiente*, induzindo grande parte da doutrina a olvidar a perspectiva do dever de protecção do ambiente. O alegado *direito ao ambiente* traduz um mero fenómeno de mimetismo relativamente a alguns textos de Direito Internacional do Ambiente

⁴¹⁸ Cfr. a crítica de P. ALSTON à identificação entre direitos de terceira geração e direitos de solidariedade — *A third generation...*, *cit.*, pp. 318, 319.

⁴¹⁹ Chamando a atenção para a heterogeneidade dos chamados “direitos de terceira geração”, que transforma a sua catalogação num árduo “work in progress”, A. PÉREZ LUÑO, *Las generaciones de derechos humanos*, in *RCEC*, nº 10, 1991, pp. 203 segs, 210. Na mesma linha (duvidando da necessidade de classificação de todos os novos direitos como direitos fundamentais), v. também A. PORRAS NADALES, *Derechos e intereses. Problemas de tercera third generation...*, *cit.*, *max.* pp. 320 segs. *generación*, in *RCEC*, nº 10, 1991, pp. 219 segs, e P. ALSTON, A

— *maxime*, do princípio 1 da Declaração de Estocolmo —, não almejando reunir as condições de determinabilidade, quantitativa e qualitativa, típicas de um direito. Despojado da sua intenção personalista — já devidamente coberta por específicas disposições constitucionais (artigos 24º, 25º, 26º da CRP) e esvaziada através de um entendimento restrito do bem jurídico ambiente (apoiado numa leitura sistemática da normatividade ambiental) —, desmembrado na sua complexidade procedimental aparente — os direitos procedimentais e processuais também têm sede própria, ganhando conotação diversa consoante os bens jurídicos em causa (artigos 20º/4, 52º/3, 268º/1, 2 e 4 da CRP) —, ao *direito ao ambiente* só resta assumir a sua face-ta de fruto de uma retórica constitucional bem intencionada e anular-se perante a única dimensão subjectiva operativa: a de dever de protecção do ambiente (artigo 66º/1, 2ª parte).

O exercício responsável da cidadania inerente ao enquadramento do indivíduo no Estado Social assume especial relevância na promoção e conservação de bens de fruição colectiva como o ambiente. O cidadão é simultaneamente credor e devedor da tutela ambiental, devendo colaborar activamente com os poderes públicos na preservação de um conjunto de bens essencial para a sobrevivência e desenvolvimento equilibrado dos membros da comunidade. O dever fundamental de protecção do ambiente tem um conteúdo variável, não só em função do concreto bem ambiental natural a que se reporte, como relativamente ao concreto “devedor” da prestação, como se verá no Capítulo seguinte.

Capítulo II

O dever fundamental de protecção do ambiente

0. Preliminares

A figura do dever fundamental, já o vimos, assenta na lógica de solidariedade responsável inerente ao Estado Social. A solidariedade pode ser genericamente prevista [v.g., nas Constituições portuguesa (artigo 1º) e italiana (artigo 2, sob a fórmula de deveres de solidariedade)], ou adquirir contornos mais específicos, concretizando obrigações do cidadão relativamente à família, à comunidade, ao Estado, cujo cumprimento se revela essencial para o desenvolvimento do projecto de sociedade em que se insere⁴²⁰. “Tratando-se de uma fórmula genérica, alusiva, evocativa, a solidariedade densifica-se através de objectivações: ora se refere a relações económicas, ora a sociais ou familiares. O seu significado permanece, contudo, impreciso”, afirma ALPA⁴²¹. É um conceito indeterminado e transversal a vários ramos de Direito⁴²², embora aqui só nos interesse aludir à sua penetração no Direito Público.

Solidarium, solidum, soldum, todos estes étimos romanísticos da palavra solidariedade traduzem noções de inteireza, unidade. Desde muito cedo conotada com as virtudes da caridade e da piedade⁴²³, a solidariedade tentou uma aproximação ao domínio jurídico com a divisa dos revolucionários franceses de 1789, na pele da terceira componente do tríptico: a fraternidade (*fraternité*). Nesta sua aparição, “tão sugestiva como evanescente”⁴²⁴, a fraternidade significava a solidariedade em

⁴²⁰ Desenvolvidamente sobre a noção de solidariedade, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y derechos...*, cit., pp. 294 segs; A. SERRANO TRIANA, *Sentido...*, cit., pp. 65 segs; J. F. CASTRO FARIAS, *A origem do direito de solidariedade*, Rio de Janeiro, 1998, pp. 180 segs.

⁴²¹ G. ALPA, *Solidarietà*, in *NGCC*, 1994, Parte seconda, pp. 365 segs, 366.

⁴²² A. SERRANO TRIANA, *Sentido...*, cit., p. 161.

⁴²³ J. DE LUCAS, *La polémica...*, cit., pp. 10, 11 (a passagem da noção de solidariedade no seio de grupos primários como a família para a solidariedade social no sentido mais alargado denota a complementaridade da vertente de *virtude* com uma nova vertente, de *responsabilidade social*).

⁴²⁴ S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *D&S*, 1996/1, pp. 1 segs, 5.

torno de um ideal humanista comum⁴²⁵, constituindo sobretudo um “suplemento de alma” para uma colectividade que queria fazer renascer a Nação a partir da “volonté commune”⁴²⁶. Arrimado sobretudo na liberdade individual, o liberalismo político não favoreceu o desenvolvimento da solidariedade enquanto conceito jurídico, acantonando as suas manifestações nos domínios da assistência aos mais necessitados e da intervenção pública em casos de catástrofe⁴²⁷ – concretizações que apelam à noção de sofrimento atenuado pela partilha solidária, mas que não esgotam as potencialidades da figura.

Quebrado o *jejum* de individualismo com o advento do Estado Social, a solidariedade carrega-se de sentido. Num primeiro momento, desponta numa “solução assistencial, assente numa solidariedade mutualista (...) traduzida numa repartição sustentada pela intenção de criar riqueza em comum em matéria de infraestruturas, de bens e serviços considerados indispensáveis e necessários ao bom funcionamento e bom desenvolvimento da sociedade”⁴²⁸. Num segundo momento, a solidariedade evolui para uma dimensão altruísta, por força da convergência de dois factores: por um lado, a crise, financeira e sociológica, do modelo de Estado “segurador universal” – que convoca a sociedade civil para complementar a actuação pública⁴²⁹; por outro lado, a emergência de valores que reclamam uma contextualização comunitária.

Com efeito, a tomada de consciência, a partir de realidades como o ambiente, mas também o património cultural, o urbanismo, ou a saúde pública, de um fenómeno de *publicização* do uso de certos bens introduz um novo patamar de solidariedade, que remete o Estado para um plano organizacional e faz avultar o papel de cada indivíduo no contexto da sua vivência comunitária. Perante estas novas realidades – *rectius*: novas percepções da realidade –, “o legislador constitucional toma como ponto de partida para a formulação de direitos e deveres, não exclusivamente o indivíduo abstracto enquanto titular de direitos fundamentais, mas antes o indivíduo *socialmente situado*”⁴³⁰.

⁴²⁵ J.-MARIE PONTIER, *De la solidarité nationale*, in *RDPSP*, 1983/4, pp. 899 segs, 912. Não deixa de ser contraditório, contudo, observar (como faz PONTIER) que os mesmos revolucionários que apelaram à *fraternité* foram os mesmo que aboliram as corporações e impediram a criação de associações de trabalhadores, como que forçando, totalitariamente, a concentração de todo o esforço comunitário na refundação da Nação.

⁴²⁶ Cfr. M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, Paris, 1993, esp. pp. 594 segs.

⁴²⁷ Cfr. JORGE MIRANDA, *Solidariedade e autonomia regional*, in *OD*, 1996/I-II, pp. 9 segs, 9, 10; J. F. CASTRO FARIAS, *A origem...*, *cit.*, pp. 187 segs.

⁴²⁸ J. CASALTA NABAIS, *Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania*, in *BFDUC*, 1999, pp. 145 segs, 150.

⁴²⁹ Sobretudo através do voluntariado social, que o Estado não deve levar a cabo “não só ou não tanto porque lhe falte capacidade técnica, humana ou financeira, mas sobretudo porque lhe falta aquele ou aqueles elementos de humanidade que só a sociedade civil e cada um dos seus membros, individual ou colectivamente, está em condições de proporcionar” – J. CASALTA NABAIS, *Algumas considerações...*, *cit.*, pp. 153, 154 (v. também pp. 165 e 166 segs).

⁴³⁰ E. DENNINGER, *La reforma constitucional en Alemania: entre etica y seguridad jurídica*, in *REP*, nº 84, 1994, pp. 69 segs, 75.

1. O fundamento do dever de protecção do ambiente

A penetração de uma ética de colaboração social na Constituição, especialmente nítida no campo do ambiente, reforça o valor da solidariedade no sistema de (direitos e) deveres fundamentais e acentua a vivência conjunta de determinados valores essenciais à comunidade, quer em termos de sobrevivência física dos elementos desta, quer ao nível do enraizamento e promoção de elementos de identidade, suporte de sobrevivência moral. Nas palavras de LUCAS, “a solidariedade requer a assunção de uma perspectiva especial, que poderíamos denominar de lógica de acção colectiva. O mesmo é dizer, de tomar também como próprios os interesses do grupo, do público, de todos, e de essa titularidade comum acarretar o dever de contribuir positivamente para a sua eficaz garantia, na medida em que se trata de uma responsabilidade de todos e de cada um, como quando se pensa no património cultural ou no meio ambiente”⁴³¹.

Descontada a riqueza histórico-filosófica que o conceito encerra, os seus contornos jurídicos não permitem senão uma tentativa de densificação a partir das suas várias concretizações — como sublinha ALPA⁴³². No Estado Social, a solidariedade, enquanto expressão de um desígnio transindividual, pode ser puramente formal (por exemplo, pagando impostos) ou intensamente material (por exemplo, criando uma fundação de solidariedade social); é susceptível de revelar, tanto uma dimensão horizontal, como vertical (consoante a relação entre os sujeitos assente na igualdade ou na supremacia de um deles, *maxime* sob a forma de solidariedade inter-regional)⁴³³; emerge, quer em situações de necessidade (catástrofes), quer na prática quotidiana (deveres de protecção de bens colectivos).

Enfim, a solidariedade, no seu sentido ético mais profundo, transparece, quer no simples reconhecimento da dignidade do outro⁴³⁴ (tanto mais exigível quanto mais diferente se revelar⁴³⁵), quer na colaboração activa para a prossecução dos interesses do outro como se próprios fossem⁴³⁶. Sentimento e valor jurídico, “a solidariedade deve ser reconhecida como um princípio fundador da convivência em democracia”, afirma GALEOTTI⁴³⁷. O seu radical humanista está bem presente na nossa Constituição (artigo 1º), que alia a consolidação de uma sociedade solidária ao reconhecimento e realização da dignidade da cada pessoa.

⁴³¹ J. DE LUCAS, *La polémica...*, *cit.*, p. 23.

⁴³² G. ALPA, *Solidarietà*, *cit.*, *loc. cit.*

⁴³³ Cfr. JORGE MIRANDA, *Solidariedade...*, *cit.*, p. 11.

⁴³⁴ J.-MARIE PONTIER, *De la solidarité...*, *cit.*, p. 902. Refira-se que, por influência do movimento ecologista, há até Constituições que consagram um dever de solidariedade para com os animais, enquanto companheiros do Homem na aventura da vida — cfr. H. HOFMANN, *Vielfalt, Sicherheit und Solidarität statt Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit?*, in *Sicherheit, Vielfalt, Solidarität. Ein neues Paradigma des Verfassungsrechts?*, org. de J. Bizer e H.-Joachim Koch, Baden-Baden, 1998, pp. 101 segs, 111.

⁴³⁵ Como escreve P. CASTRO RANGEL, o princípio da solidariedade assenta na premissa “de que aqueles que de nós se diferenciam, efectivamente e apesar disso (ou até por causa disso) contam para nós” — *Diversidade, solidariedade e segurança*, in *ROA*, 2002/III, pp. 829 segs, 839.

⁴³⁶ Insistindo neste ponto, afirmando não conceber a solidariedade como princípio jurídico a não ser com esta formulação, J. DE LUCAS, *La polémica...*, *cit.*, p. 23.

⁴³⁷ S. GALEOTTI, *Il valore...*, *cit.*, p. 6.

O dever fundamental de protecção do ambiente, porque incide sobre uma realidade transindividual, encontra também, como qualquer outro dever, o seu fundamento na solidariedade comunitária que onera o indivíduo no Estado Social – recorde-se o apelo à “indispensável solidariedade colectiva” para uma gestão racional dos bens ambientais feito pelo artigo 45/2 da Constituição espanhola. No caso do ambiente, porém, a Lei Fundamental vem aditar à vertente solidarista genérica uma concretização específica do dever de solidariedade, na alínea d) do artigo 66º/2 – a solidariedade intergeracional. Há, pois, que apurar o seu concreto significado.

1.1. O imperativo moral de solidariedade intergeracional

A revisão constitucional de 1997 introduziu na Lei Fundamental uma nova dimensão da solidariedade, em sede especificamente ambiental: a solidariedade intergeracional ou, na expressão textual do artigo 66º/2/d) da CRP, o princípio da solidariedade entre gerações. A noção é importada do Direito Internacional, em cujo âmbito teve a sua primeira aparição, mais concretamente nos princípios 1 e 2 da Declaração de Estocolmo, de 1972. Tem, desde então, sido presença assídua em vários instrumentos de Direito Internacional do Ambiente⁴³⁸, confundindo-se de algum modo com outra máxima de contornos fugidios, a saber, o princípio do desenvolvimento sustentável.

Com efeito, se a preocupação dos defensores do princípio da solidariedade intergeracional (*intergenerational equity*) é assegurar o aproveitamento racional dos recursos ambientais, de forma a que as gerações futuras também possam deles tirar proveito, então a coincidência entre ambas as noções é grande⁴³⁹. Mais problemática é a indefinição, quer de um, quer de outro princípio, no âmbito internacional⁴⁴⁰. Vejamos, em primeiro lugar, em que se baseia a noção de solidariedade intergeracional (*i.*), para de seguida fazer dela uma apreciação crítica (*ii.*).

i.) No que concerne à ideia de solidariedade entre gerações, ela traduz-se, segundo BROWN WEISS, em três ideias: conservação das opções das gerações vindouras, conservação da qualidade dos recursos naturais e conservação do acesso a estes⁴⁴¹. As gerações futuras teriam direito a aproveitar os mesmos bens naturais (ressalvada a sua regenerabilidade) com o mesmo nível de qualidade e facilidade de acesso que as

⁴³⁸ Cfr., entre outros, o princípio 3º da Declaração do Rio, o artigo 3, §1º, da Declaração das Nações Unidas sobre as alterações climáticas, o artigo 2º da Convenção das Nações Unidas para a protecção da biodiversidade, o capítulo 8º, pontos 7 e 31 da Agenda 21.

⁴³⁹ Neste sentido, vejam-se as abordagens de J. ATTARD, *Le fondement solidariste du concept «environnement - patrimoine commun»*, in *RJE*, 2003/2, pp. 161 segs, *max.* p. 173, e de M. A. FITZMAURICE, *International...*, *cit.*, pp. 188, 189.

⁴⁴⁰ No que respeita à deriva significativa do princípio do desenvolvimento sustentável, v. *supra*, 1.1..

⁴⁴¹ E. BROWN WEISS, *In fairness...*, *cit.*, pp. 34 segs; da mesma Autora, *Our rights and obligations to future generations for the environment*, in *Agora: What obligations...*, *cit.*, pp. 198 segs, 202. Informa A. KISS que, em França, foi em 1993 criado um Conselho para as gerações futuras, entidade independente com competência para se pronunciar, sob consulta ou por iniciativa própria, sobre todas as questões susceptíveis de gerar impacto nas condições vivenciais das gerações futuras. A prática desta instituição tem-se revelado decepcionante, o mesmo é dizer inexistente – *L'irréversibilité et le droit des générations futures*, in *RJE* - 1998, nº especial, pp. 49 segs, 56.

presentes, pois estas, numa lógica de gestão racional de bens colectivos, não podem abusar do seu direito de uso. A garantia destes direitos apoiar-se-ia num Provedor para as gerações futuras, numa Comissão Planetária com competência para receber e analisar queixas e numa Comissão para o Futuro do planeta, destinada a avaliar os efeitos das intervenções ambientais numa perspectiva de futuro. O aspecto financeiro não foi descurado por BROWN WEISS: o sistema contaria com fundos de manutenção do planeta e fundos de compensação dos prejuízos sofridos pelas gerações futuras⁴⁴².

O sistema descrito pressupõe um entendimento profundo ao nível da comunidade internacional no sentido da implementação de estruturas de cooperação essenciais à sua efectivação, o que, no presente estágio de défice de protecção dos bens naturais relativamente à sua utilização (desde logo pela geração presente), não se augura realizável a breve trecho. Essa a principal razão que levou à qualificação do sistema como “altamente irrealista”⁴⁴³. A própria Autora reconhece, aliás, que esta construção oscila entre um “beneficient preverbal sense of morality” e uma teoria da responsabilidade baseada no bem-estar da condição humana e na qualidade do sistema ecológico de que todos fazemos parte⁴⁴⁴. Ou, diríamos nós com alguma crueza, entre o discurso ecologicamente correcto e a realidade politicamente incorrecta.

Certo, a ideia de uma “ética de transmissão”⁴⁴⁵ da herança *ambiente*, herança que se frui e se transmite nas melhores condições possíveis à geração futura (*in trust for future generations*), é apelativa e mobilizadora. Ela está na base da consideração dos oceanos como “herança indivisa da Humanidade”, lançada em 1832 por Andreas Bell⁴⁴⁶. A expressão “prática” mais recente da noção de “intergenerational equity” foi revelada por Pardo, no seu famoso discurso na 1ª Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1967, no qual declarou serem o mar e os seus recursos “common heritage of mankind”⁴⁴⁷.

Para além do Tratado sobre a exploração da Lua e outros corpos celestes, de 1979, o conceito de “património comum da humanidade”⁴⁴⁸ já suportou a criação da enigmática figura da “Área”, no âmbito da Convenção de Montego Bay (artigos 133 segs), de 1982, e foi aplicado em pelo menos uma decisão jurisdicional em que

⁴⁴² Cfr. o Capítulo V da obra de E. BROWN WEISS, *In fairness...*, *cit.*, pp. 119 a 168 (“Implementation strategies”).

⁴⁴³ A. BOYLE, *apud* M. A. FITZMAURICE, *International...*, *cit.*, p. 192.

⁴⁴⁴ E. BROWN WEISS, *In fairness...*, *cit.*, p. 103; *idem*, *Our rights...*, *cit.*, p. 207.

⁴⁴⁵ G. FIEVET, *Réflexions...*, *cit.*, p. 155.

⁴⁴⁶ Expressão retomada posteriormente por De La Pradelle, em 1930, na Conferência da Haia para a Codificação do Direito Internacional, e por Wan Waithayakon, em 1958, no âmbito da I Conferência da ONU sobre o Direito do Mar.

⁴⁴⁷ Cfr. M. A. FITZMAURICE, *International...*, *cit.*, pp. 150, 151.

⁴⁴⁸ Sobre a noção de património comum da Humanidade, entre tantos, vejam-se, A. KISS, *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, in *RCADI*, 1982/II, pp. 103 segs; PAULO OTERO, *A Autoridade internacional dos fundos marinhos*, Lisboa, 1988, pp. 40 segs; J. CHARPENTIER, *L'Humanité: un patrimoine, mais pas de personnalité juridique*, in *Les hommes et l'environnement. Études en hommage à A. Kiss*, Paris, 1998, pp. 17 segs; J. MANUEL PUREZA, *O património comum da humanidade: rumo a um direito internacional da solidariedade?*, Lisboa, 1998, pp. 173 segs; M. A. FITZMAURICE, *International...*, *cit.*, pp. 150 segs (destrinçando o conceito de figuras afins como o “common concern of mankind” e o “common interest of mankind”, pp. 161 segs).

estava em causa a gestão racional de bens ambientais. Todavia, as boas intenções de aproveitamento conjunto e solidário dos recursos da Área esfumaram-se com o Acordo de Nova Iorque, que esvaziou, na prática, as potencialidades da figura⁴⁴⁹. E a decisão do *Supreme Court* das Filipinas⁴⁵⁰, que apreciou a legitimidade dos menores petionantes para defender a preservação da floresta virgem do país também à luz da invocação dos direitos das gerações futuras a fruir desses bens⁴⁵¹, não criou até agora, segundo BIRNIE e BOYLE, qualquer precedente⁴⁵². Ou seja, nem no plano substantivo, nem no plano adjectivo, a noção de património comum da humanidade, “directamente tributária das ideias de desenvolvimento sustentado e de responsabilidade intergeracional”⁴⁵³, parece vingar⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ Reportamo-nos à alteração do regime de aproveitamento e exploração dos recursos na Área, previsto na Secção 3 da Parte XI da Convenção e nas Secções 6, 7 e 8 do Acordo de Nova Iorque de 1994 (publicado no *DR I*, de 14 de Outubro de 1997). Este Acordo, sem constituir uma alteração formal às disposições da Convenção, modificou substancialmente o sentido das regras sobre a gestão dos recursos da Área, diminuindo o alcance da instituição de um património comum da humanidade — Cfr. M. TERESA IGLESIAS, *La zona internacional de os fondos marinos como patrimonio común de la humanidad: una aspiración truncada*, in *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Madrid, 1998, pp. 177 segs; UGO VILLANI, *Il regime di sfruttamento dei fondi marini*, in *Prospettive del Diritto del Mare all'alba del XXI secolo*, 1999, pp. 149 segs; F. PAOLILLO, *El regimen de explotación de los fondos marinos*, in *Prospettive del Diritto del Mare all'alba del XXI secolo*, 1999, pp. 173 segs; N. NAVARRO BATISTA, *Fondos marinos y patrimonio común de la humanidad*, Salamanca, 2000, max. 53 segs.

A crescer a estas alterações, tomou-se consciência de que os recursos mineiros terrestres ainda estão subaproveitados, não sendo necessário (nem comercialmente rentável) recorrer à (dispendiosa) exploração dos fundos marinhos — neste sentido, M. A. FITZMAURICE, *International...*, *cit.*, p. 156.

⁴⁵⁰ Referimo-nos ao caso *Minors Oposa v. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources*, julgado pelo *Supreme Court* das Filipinas em 1993 (comentado por A. REST, *Implementing the principles of intergenerational equity and responsibility*, in *EPL*, 1994/6, pp. 314 segs, max. 318 segs).

⁴⁵¹ A. REST chama a atenção para duas fragilidades desta decisão: por um lado, a dificuldade de conceber um *direito ao ambiente* — das gerações presentes, quanto mais das futuras —, em virtude da sua amplitude e vaguidade e, por outro lado, o problema da densificação jurídica da ideia de responsabilidade intergeracional para além do estabelecimento de deveres de cooperação — reflexo de um princípio de solidariedade — na protecção do ambiente dos Estados desenvolvidos relativamente aos Estados menos favorecidos (deveres esses que dão corpo a uma responsabilidade *intra*geracional, na prática muito negligenciada) — *Implementing...*, *cit.*, pp. 316, 317. No mesmo sentido, sublinhando que o verdadeiro desafio é implementar a solidariedade *intra*geracional, L. GÜNDLING, *Our responsibility to future generations*, in *Agora: What obligations...*, *cit.*, pp. 207 segs, 211, e A. MALHOTRA, *A commentary on the state of future generations as a subject of international law*, in *Future generations and international law*, coord. E. Agius e S. Busutill, Londres, 1998, pp. 39 segs, 47, 48.

⁴⁵² P. BIRNIE e A. BOYLE, *International Law...*, *cit.*, p. 91 (concretamente, o “precedente” não foi aproveitado, num caso posterior de idênticos contornos, pelo *Supreme Court* do Bangladesh).

⁴⁵³ F. LETTERA, *Lo Stato ambientale e le generazioni future*, in *RGA*, 1992/2, pp. 235 segs, *passim*.

⁴⁵⁴ A razão para este fracasso dever-se-á, segundo M. A. FITZMAURICE (*International...*, *cit.*, pp. 158, 159), à inexistência de um único conceito de “património comum da Humanidade” — cuja natureza, jurídica ou filosófica é, aliás, duvidosa. Nas palavras da Autora, “the protection of the environment is a very diversified subject and the establishment of only one mechanism to cover the implementation of the concept of the common heritage of mankind in all fields such as biological diversity or climate change appears to be impossible in practice”.

ii.) Esta teoria apresenta-se, é um facto, prenhe de simbolismo, mas revela consideráveis resistências práticas perante tentativas de operacionalização⁴⁵⁵. A solidariedade intergeracional fica desde logo limitada pelo princípio da representatividade democrática, uma vez que os interesses ponderáveis no processo de decisão política correspondem aos interesses dos (actuais) titulares da capacidade eleitoral activa⁴⁵⁶. Depois, a possibilidade de responsabilização subjectiva dos governantes pelas escolhas políticas que tiverem afectado a possibilidade de aproveitamento de certos bens ambientais essenciais à comunidade não resiste à voracidade temporal (tem o limite das suas vidas), e a solução da responsabilização objectiva acabaria por ser contraditória, pois penalizaria duplamente os contribuintes/vítimas actuais. Enfim, a avaliação póstuma das vantagens e desvantagens de um determinado critério de utilização de um bem ambiental, em face da vertigem da evolução científica e tecnológica, pode revelar-se inadequada e mesmo injusta.

Parece mais realista conceber a solidariedade entre gerações como um imperativo moral — que impende sobre a geração que “tem na sua disponibilidade a história”⁴⁵⁷ e por isso assume responsabilidades perante os vindouros —, mas não jurídico⁴⁵⁸. Seguindo a visão pragmática de KLOEPFER, REHBINDER e SCHMIDT-ASSMANN, pode observar-se, por um lado, que o futuro não dá votos nem tem *lobbies*⁴⁵⁹ e, por outro lado, que a inocuidade hoje comprovada de um produto, técnica ou comportamento, pode transformar-se na mais perigosa ameaça à sobrevivência humana no espaço de uma década. Ou seja, a solidariedade intergeracional é uma fórmula destituída de relevo prático, quer em termos jurídicos, quer políticos, quer mesmo científicos, pois a responsabilidade (subjectiva) deve, pelo menos em regra, ter a medida do conhecimento.

⁴⁵⁵ Neste sentido, A. SOUSA PINHEIRO e M. BRITO FERNANDES, *Comentário... cit.*, p. 198.

⁴⁵⁶ O argumento tradicionalmente utilizado para contrariar a tese dos direitos das gerações futuras é o de que os direitos só existem em função de titulares identificáveis. Perante a contingência da existência de indivíduos no futuro, melhor seria falar em *obrigações*, do Estado e dos membros da comunidade em geral, para com as gerações futuras — B. NORTON, *Environmental ethics and the rights of future generations*, in *STP*, 1981/7, pp. 319 segs, 337 segs. Parece-nos que o problema do reconhecimento de direitos a indivíduos ainda não nascidos é assimilável à aceitação de direitos dos nascituros, ou seja, é uma opção juridicamente possível, embora sempre sujeita à condição do nascimento. A questão não é tanto de saber se se trata de direitos das gerações futuras ou de obrigações das gerações presentes, mas sim de avaliar a operacionalidade jurídica dos conceitos — cfr. P. BIRNIE e A. BOYLE, *International Law...*, *cit.*, p. 91.

⁴⁵⁷ J. CASALTA NABAIS, *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*, in *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra, 1998, pp. 965 segs, 985, nota 42.

⁴⁵⁸ Neste sentido, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y derechos...*, *cit.*, p. 318; A. D'AMATO, *Do we owe a duty to future generations to preserve the global environment?*, in *Agora: What obligations...*, *cit.*, pp. 190 segs, 197, 198; M. SACHS, *Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat*, in *DVBl*, 1995/17, pp. 873 segs, 878; A. KISS, *The rights and interests of future generations and the precautionary principle*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 19 segs, 20 (curiosamente, o Autor, em texto posterior, reconhece ao direito das gerações futuras um estatuto de principio geral de direito — *L'irréversibilité...*, *cit.*, p. 52); J. CAMERON, W. WADE-GERY e J. ABOUCHAR, *Precautionary principle and future generations*, in *Future generations and environmental law*, org. E. Agius e S. Busutti, Londres, 1998, pp. 93 segs, 112, 113; P. BIRNIE e A. BOYLE, *International Law...*, *cit.*, p. 90.

⁴⁵⁹ M. KLOEPFER, M. REHBINDER, E. SCHMIDT-ASSMANN, *Umweltgesetzbuch*, 2ª ed., Berlin, 1991, p. 143.

Enfim, não é gratuitamente que RAWLS⁴⁶⁰, em geral, e BROWN WEISS⁴⁶¹, no domínio especificamente ambiental, defendem a noção de “intergenerational equity”, numa lógica de justiça distributiva entre gerações, segundo a qual nenhuma geração tem o direito de reduzir as oportunidades das gerações vindouras⁴⁶². “Não faças aos outros o que não gostarias que te fizessem a ti”, é uma máxima de uso comum que tem nesta sede um eco particular, sublinha OST. A responsabilidade da geração presente em face das futuras, não se desvelando embora no sentido clássico, representa sobretudo uma “missão de futuro” que determina uma ética de utilização racional dos bens ambientais de modo a não comprometer o destino da Humanidade que se segue⁴⁶³.

No entanto, aferir as bases de um comportamento responsável com tamanha prospectividade significaria, em última análise, adivinhar as necessidades e prioridades das gerações futuras, o que, em face da evolução tecnológica constante, não se afigura fácil. Como realça PAZ FERREIRA, “a garantia de que a cooperação intergeracional seria totalmente neutra pressuporia, de facto, uma condição de realização impossível que é a existência de um sistema de revelação dos interesses e preferências das gerações futuras. Na ausência de tal sistema, na interpretação daquilo que poderão ser esses interesses, não se vê outra solução que não seja a de aceitar como boa a valoração que a actual geração deles possa fazer”⁴⁶⁴.

Em conclusão: a teoria da solidariedade intergeracional, apesar de “emotivamente sugestiva”⁴⁶⁵ e “nobre nas suas intenções”⁴⁶⁶, não consegue ultrapassar o limiar da obrigação moral, em virtude dos obstáculos práticos [ausência de representatividade política (dos interesses) das gerações futuras], jurídicos (inexistência de mecanismos de imputação de responsabilidade das gerações futuras relativamente às anteriores), científicos (impossibilidade de atestar, com absoluta certeza, a ino-

⁴⁶⁰ JOHN RAWLS, *A theory of justice*, Oxford, 1972, pp. 293 segs (o Autor, debruçando-se sobre a *time preference*, reconhece que as gerações futuras não estão politicamente presentes – o que não invalida a obrigação, dos governos contemporâneos, de tomar em consideração os seus interesses, embora a enfraqueça). Para uma análise da teoria de Rawls do ponto de vista estritamente ambiental, E. AGIUS, *Obligations of justice towards future generations: a revolution in social and legal thought*, in *Future generations and international law*, coord. E. Agius e S. Busutill, Londres, 1998, pp. 3 segs, 5 segs. Na perspectiva económica, uma síntese das principais críticas movidas a Rawls pode ver-se em E. PAZ FERREIRA, *Da dívida pública e das garantias dos credores do Estado*, Coimbra, 1995, pp. 82 segs.

⁴⁶¹ E. BROWN WEISS, In *fairness...*, *cit.*, *passim*; *Our rights...*, *cit.*; *Intergenerational equity and rights of future generations*, in *The modern world of human rights, Essays in honour of T. Burghental*, San José, 1996, pp. 601 segs.

⁴⁶² Cfr. K. I. VIBHUTE, *Environment, present and future generations: inter-generational equity, justice and responsibility*, in *IJIL*, 1998/1, pp. 65 segs, 70 segs.

⁴⁶³ F. OST, *Un environnement...*, *cit.*, pp. 44 segs.

⁴⁶⁴ E. PAZ FERREIRA, *Da dívida...*, *cit.*, p. 91. Sobre este ponto, v. também G. SUPANICH, *The legal basis of intergenerational responsibility: an alternative view - the sense of intergenerational identity*, in *YIEL*, 1992, pp. 94 segs, 98; D. VANDERZWAAG, *The concept...*, *cit.*, pp. 49, 50; M. YOUNG, *Inter-generational equity, the precautionary principle and ecologically sustainable development*, in *N&R*, 1995/1, pp. 16 segs, 17.

⁴⁶⁵ T. SCOVAZZI, *Il diritto dell'individuo ad agire per la tutela dell'ambiente: descrizioni e impressioni*, in *JUS*, vol. 46, 1999, pp. 495 segs, 507.

⁴⁶⁶ M. A. FITZMAURICE, *International...*, *cit.*, p. 201.

cuidade e irreversibilidade de certas intervenções ambientais), sociais (dificuldades: - de travar a introdução de inovações tecnológicas que constituem uma melhoria aos olhos da geração presente; - de explicar a necessidade de alteração ou mesmo eliminação de hábitos presentes em nome de hipotéticos interesses das gerações futuras) que reveste.

O que resta, então? Em nossa opinião, a fórmula bem intencionada da alínea d) do nº 2 do artigo 66º da CRP tem duas virtualidades: por um lado, acentua a dimensão antropocêntrica funcional da protecção ambiental, ressaltando a necessidade de aproveitamento racional de bens cuja progressiva escassez pode fazer perigar as condições de vida da espécie humana no planeta, já no curto prazo⁴⁶⁷. Por outro lado, reforça a concepção restrita de ambiente que julgamos estar subjacente – embora não de forma linear – ao artigo 66º da CRP. Dito de outro modo, o princípio da solidariedade (entre gerações sucessivas) realça a importância do dever de cada pessoa gerir racionalmente os bens ambientais que estão disponíveis para seu uso individual, em atenção à possibilidade de uso comunitário (dentro da geração contemporânea), em condições de idêntica qualidade, desses mesmos bens⁴⁶⁸.

1.2. O princípio da solidariedade na gestão racional de bens ambientais

O aproveitamento dos bens naturais, devido à fragilidade e escassez de pelo menos alguns deles, deve ser feito com respeito pela ideia de gestão racional ou solidária. A comunhão do interesse de preservação da natureza e das suas componentes deve conduzir a encarar tal tarefa com um espírito altruísta, o qual é reforçado através da noção de que cada pessoa é simultaneamente credora e devedora nesse âmbito. Ao promover a qualidade ambiental ou ao evitar a prática de actividades lesivas da integridade dos bens naturais, cada membro da comunidade está, a um só tempo, a cuidar de uma parte indivisa e indeterminável de um bem que usa e a salvaguardar a qualidade ambiental da comunidade em que se insere (directamente) e do planeta (indirectamente). Gerir o que é de todos como se próprio fosse, estabelecendo uma cadeia de solidariedade directamente radicada na natureza colectiva do bem ambiental em causa – é disso que se trata.

A medida operativa da solidariedade é, porém, limitada por horizontes temporais que, em regra, não irão além de duas ou três gerações, um tanto por força dos mecanismos da democracia representativa, outro tanto pela finitude da vida humana e pela consciência da finitude da sua continuidade (em regra, um pai vê nascer filhos e netos, só pontualmente convivendo com bisnetos, sem embargo do aumento da esperança média de vida). A transtemporalidade da realidade ambiental aliada à susceptibilidade de esgotamento das suas componentes convida o Homem a ultrapassar os seus limites físicos em prol das gerações vindouras – sendo certo que o apelo

⁴⁶⁷ Em sentido próximo, J. CASALTA NABAIS, *Algumas reflexões...*, *cit.*, pp. 984, 985.

⁴⁶⁸ Já no plano internacional, o imperativo de solidariedade intergeracional traduz-se sobretudo na obrigação de *cooperação*, sob várias formas, na tarefa global de protecção do ambiente – cfr. L. GÜNDLING, *Our responsibility...*, *cit.*, p. 212.

emocional da continuidade sanguínea tem horizontes relativamente curtos⁴⁶⁹.

Tal operação mental encontra, todavia, uma barreira psicológica fortíssima: a das condições de bem-estar presente, cuja alteração perturba os que dele aproveitam e, por isso, provoca alguma resistência por parte do poder político, receoso de perder a sua base de apoio popular. Acresce a esta constatação o facto de as questões relacionadas com a esgotabilidade de certos recursos naturais dividirem os cientistas – cujas actividades de investigação são, muitas vezes, suportadas por grandes empresas, não absolutamente imparciais quanto ao teor dos resultados em relação aos seus interesses económicos –, gerando uma controvérsia que não ajuda a convencer a opinião pública (e os Estados) da indispensabilidade de certas alterações de comportamento.

Assim, a solidariedade que justifica a imposição de deveres de protecção do ambiente acaba por só se diferenciar da solidariedade que o Estado requer aos cidadãos noutros campos em função do objecto (bens colectivos) – o que não é pouco, pois desde logo obriga a uma dinâmica e constância de actuação diversa da verificada relativamente aos restantes deveres fundamentais. Descartando a operacionalidade jurídica da fórmula da solidariedade entre gerações e restringindo o comportamento solidário aos limites temporais da vida de cada pessoa e (da perspectiva das) suas reproduções, a comunhão de interesses gerada pela natureza colectiva dos bens ambientais, essenciais à sobrevivência humana, traduz-se num imperativo de gestão racional daqueles bens (recorde-se, novamente, a fórmula mais realista da Constituição espanhola). Gestão essa – a implementar, em primeira linha, pelo Estado-político e legislador – realizada segundo um conjunto de critérios, científicos e sociológicos, técnicos e económicos, e que deverá tentar traduzir um equilíbrio entre as necessidades de aproveitamento presente dos recursos e a salvaguarda de um aproveitamento futuro, em idênticas condições, por gerações já deslocadas fora do horizonte emocional das actuais.

Não interessa traçar um quadro exaustivo das modalidades de solidariedade com conotação ambiental. À semelhança do que sucede em geral, o imperativo de solidariedade na gestão dos bens naturais reflecte-se sobre os membros da comunidade (local, regional, nacional, internacional, mundial, dependendo do específico bem cujo aproveitamento está em causa), ou sobre as comunidades (autarquias, regiões autónomas, Estado, União Europeia, dependendo do tipo de relações de cooperação estabelecidas); pode envolver a atribuição de prestações de carácter pecuniário (subvenções, apoios de vária ordem) ou a realização de actos materiais (plantar árvores, limpar praias). Importa, isso sim, realçar que a alínea d) do n.º 2 do artigo 66.º da CRP, mais do que introduzir uma especial forma de solidariedade no contexto ambiental, acaba por se traduzir numa concretização deste princípio geral de comportamento, ganhando uma densidade *tridimensional*, que se traduz:

⁴⁶⁹ “The strength of our feelings of ethical obligations seems to diminish with distance” – S. BREYER, *Breaking the vicious circle. Toward effective risk regulation*, s/local, 1993, p. 36

- em primeiro lugar, na importância da educação para a criação de um espírito de responsabilidade partilhada na gestão dos bens ambientais, quer ao nível material, quer ao nível procedimental e processual⁴⁷⁰. O enraizamento do imperativo de solidariedade no aproveitamento dos bens naturais nas consciências individuais deve ser fruto de um processo de apreensão de uma necessidade de respeito por uma realidade: que não é individual, mas sim colectiva; que não se compagina com egoísmos, mas requer uma atitude continuada e activamente altruísta; que não é temporal, mas transtemporal; que não é localizada, mas transfronteiras; enfim, que não é infinita, mas tendencialmente finita;

- em segundo lugar, na relevância da participação pública (e da informação) na formação de decisões ambientalmente orientadas. Nesta sede, o fenómeno associativo assume um papel decisivo, com vista à sedimentação da ideia de solidariedade como suporte essencial da utilização colectiva dos bens ambientais. As associações de defesa do ambiente congregam pessoas oriundas das mais variadas áreas sociais, com especializações profissionais diversas, imbuídas de diferentes graus de consciência ambiental, e dessa multiplicidade podem resultar trocas de experiências e de conhecimentos extremamente salutares para a divulgação e enraizamento da missão colectiva de protecção do ambiente. O intercâmbio de informação, a sua descodificação para um nível de acessibilidade de conhecimento pelo cidadão comum, o incentivo à participação através das estruturas associativas (na lógica de que a instituição tem mais visibilidade e peso do que o cidadão isolado), todos estes factores propulsionam a consciencialização da imprescindibilidade da protecção do ambiente como objectivo colectivo;

- em terceiro lugar, no *desdobramento* de cada cidadão em face do ambiente, revelando-o, simultaneamente, como *credor* de uma conduta responsável por parte dos restantes actores sociais e económicos, pessoas individuais ou colectivas, na gestão racional dos bens naturais, e como *devedor* de comportamentos igualmente pautados pelos padrões que dos outros reclama. Em defesa da integridade dos bens ambientais, fruíveis por toda a colectividade, qualquer pessoa pode intervir, *maxime* judicialmente, pugnando pela protecção de um interesse que é próprio e comunitário ao mesmo tempo.

Em suma, o imperativo de solidariedade, entendido como máxima de gestão racional dos bens ambientais enquanto bens colectivos, é o fundamento do dever de protecção do ambiente estabelecido no artigo 66º/1 da CRP. É uma solidariedade que não se destaca daquela que é solicitada de cada cidadão (e do próprio Estado) de um Estado Social, na medida em que se traduz numa obrigação de colaboração activa para a salvaguarda de um bem da colectividade. Nas palavras de ALPA, “a solidariedade constitui, simultaneamente, um limite à acção individual ditado por razões sociais e uma obrigação (assumida pelo legislador mas imposta também a cada pessoa) de contribuir para a realização do bem comum”, sendo especialmente

⁴⁷⁰ Para J. S. MONTORO CARRASCO, a importância da educação ambiental é tal que supera a solidariedade como fundamento dos deveres ecológicos – *Solidariedad y derecho al medio ambiente*, in *BFD*, nº 12, 1997, pp. 593, 613 segs.

relevante em domínios como os do património cultural e do ambiente, nos quais a difusão da susceptibilidade de fruição das qualidades dos bens naturais por todos os membros da comunidade acentua a necessidade da sua gestão com respeito pelo interesse colectivo, devendo pautar-se por critérios de racionalidade⁴⁷¹.

2. O(s) objecto(s) e os sujeitos do dever de protecção do ambiente

A redução do objecto da obrigação de proteger o ambiente aos bens ambientais naturais (ar, luz, água, solo vivo e subsolo, flora e fauna, conforme o disposto no artigo 6º da LBA), afastando os equívocos provocados pela noção ampla de ambiente – vaguidade; confusão (por sobreposição) com direitos de personalidade, de propriedade, de iniciativa económica; desvalorização da vertente ecológica –, coloca-nos perante algumas questões que importa abordar. Designadamente, impõe-se esclarecer a sua qualificação como bens colectivos, acentuando a cisão entre interesse de uso e direito de propriedade, verificada nos bens naturais cujo suporte físico é apropriável. Só então estaremos em condições de indicar o(s) objecto(s) e os sujeitos do dever de protecção do ambiente.

Cumpramos assinalar que, embora todos os elementos referenciados no artigo 6º da LBA sejam bens ambientais naturais, tal não significa que mereçam idêntica protecção. É preciso não olvidar que a Natureza é, desde tempos imemoriais, alimento da sobrevivência humana e fonte de utilidades afectas ao desenvolvimento de plúrrimas actividades humanas. Daí que, quer a Constituição [alínea d) do artigo 66º/2], quer a LBA (artigos 7º a 16º), apontem para a utilização racional, para a preservação das condições de regeneração, para a salvaguarda da estabilidade ecológica, para a evitação de danos graves – ou seja, limitem o uso dos bens ambientais de forma directamente proporcional à sua importância enquanto factores de equilíbrio global e inversamente ao seu potencial de esgotamento e regeneração.

Por outras palavras, se é certo que todos os elementos referenciados no artigo 6º da LBA são bens ambientais naturais (cada flor; cada pássaro; cada metro cúbico de ar), não menos verdade é que o princípio da necessidade na vertente da indispensabilidade – traduzido na adopção de específicos instrumentos de protecção – graduará o nível de protecção a definir pelo legislador e a operacionalizar pela Administração em função das características concretas de cada um deles (ou conjunto deles). O que não impede a caracterização de *todos* os elementos da Natureza, abrangidos ou não por específicas medidas de protecção, por força da sua dimensão imaterial, como bens colectivos.

2.1. Os bens ambientais naturais como bens colectivos

A qualificação jurídica dos bens naturais impõe, antes de mais nada, o desdobramento, em abstracto, dos tipos de utilidades que proporcionam. Assim, de um lado temos a viabilidade de aproveitamento, económico ou de lazer, de um bem natural;

⁴⁷¹ G. ALPA, *Solidarietà*, cit., p. 372.

de outro lado, a susceptibilidade de uso das suas qualidades imateriais. A primeira hipótese possibilita a individualização de uma utilidade, pecuniária ou de outra natureza: por exemplo, venda de mel produzido em cortiços de uma quinta; prática de montanhismo. A segunda hipótese dilui as faculdades de aproveitamento das qualidades do bem por um conjunto mais ou menos indeterminável de pessoas, tornando impossível a fixação da medida de uso individual: ar que se respira, luz que sobre cada um incide ou, mais difuso ainda, o efeito do (sobre)aquecimento da atmosfera sobre as condições de vida de cada ser humano⁴⁷².

O artigo 52º/3/a) da CRP identifica o ambiente como uma realidade susceptível de gerar interesses múltiplos em torno da sua preservação. A qualificação dos bens ambientais como bens colectivos é uma tentativa de explicar juridicamente a possibilidade de aproveitamento das qualidades imateriais daqueles bens. Refira-se, num breve parêntese, que o artigo 381º do Código Civil de 1867 desenhava a figura das “coisas comuns”, caracterizando-as como “as coisas naturais ou artificiais, não individualmente apropriadas, das quais só é permitido tirar proveito aos indivíduos compreendidos em certa circunscrição administrativa ou que fazem parte de certa corporação pública”.

O actual Código Civil não faz qualquer alusão a esta categoria ou semelhante (cfr. os artigos 203º segs) – e tão-pouco a LBA. Assim, o esforço construtivo que se segue pretende ser uma tentativa de qualificação da situação jurídica de aproveitamento das utilidades dos bens ambientais naturais, especialmente no que concerne à sua dimensão imaterial (*i.*). Teceremos ainda breves considerações sobre a natureza jurídica de tal aproveitamento, fortemente condicionada pela bidimensionalidade que os bens naturais revelam (*ii.*).

i.) Antes de mais, julgamos ser necessário destrinçar o suporte físico dos bens ambientais naturais das suas qualidades extrínsecas, no sentido de frisar o carácter desmediatizado do uso que delas é feito. Na realidade, as qualidades de um bem ambiental podem ser sentidas directamente – a pureza do ar que se respira –, ou indirectamente – a existência dos oceanos e das florestas tropicais, e o seu contributo para o equilíbrio dos ecossistemas regionais e planetário –, não deixando, em virtude dessa dualidade, de haver uso.

⁴⁷² Pensamos ser neste sentido que M. RÉMOND-GOUILLOU afirma que “l’environnement se superpose aux diverses formes d’appropriation que connaît notre droit, privé ou public” – **Ressources naturelles et choses sans maître**, in *D.Ch.*, 1985, pp. 27 segs, 28. Em muitos casos, há uma sobreposição da dimensão imaterial à dimensão material do bem natural.

Não podemos ocultar que a integração do animal neste esquema explicativo nos levanta dúvidas. Se os animais selvagens integram a fauna e devem ser considerados bens ambientais naturais [artigos 6º/f) e 16º da LBA, e 1319º do Código Civil⁴⁷³], é difícil, em contrapartida, sustentar a dimensão imaterial de um animal de companhia, no que concerne à possibilidade da fruição das suas qualidades pela colectividade, bem como ao seu contributo para o equilíbrio do ecossistema. O estatuto do animal doméstico (de companhia ou de criação) não deve ser o de uma simples coisa móvel (um “semovente”, na formulação de MENEZES CORDEIRO⁴⁷⁴) na plena disponibilidade do seu dono⁴⁷⁵. Isto na medida em que “o respeito pela vida é uma decorrência ética do respeito pelo seu semelhante (...) O ser humano sabe que o animal pode sofrer, sabe fazê-lo sofrer; pode evitar fazê-lo. A sabedoria dá-lhe responsabilidade”⁴⁷⁶: desde logo, para prever proibições legais de maus tratos e de abandono⁴⁷⁷ reveladoras da construção de uma ética de relacionamento entre o homem e o animal.

Enfim, a natureza jurídica do animal doméstico andarà entre um estatuto diferenciado de coisa e um estatuto de bem natural, uma vez que nem se trata de um objecto inanimado (ao qual quadraria a qualificação como “coisa”), nem pode ser encarado como um bem natural cujas qualidades são susceptíveis de fruição colectiva (porque fortemente *socializado*). Tratar-se-à antes de um bem natural atípico⁴⁷⁸.

⁴⁷³ Apesar de esta disposição indiciar que os animais selvagens integram a categoria de *res nullius*, tal conclusão esmorece perante o segmento final, que remete a sua “ocupação” para legislação especial. Sem embargo de a protecção constitucional e legal do ambiente não implicar forçosamente a subtracção de todos os animais selvagens à categoria de coisas livremente apropriáveis (porque sem dono), a valorização dos recursos ambientais exige a submissão da sua captura a regras de gestão racional [cfr. o artigo 66º/2/d) da CRP]. Nas palavras de J. M. SÉRVULO CORREIA, “aquilo que era até há algumas décadas fundamentalmente olhado pelo ordenamento jurídico como mero objecto da actividade cinegética, passou a ser encarado como um valor ambiental em si próprio, protegido pela Constituição e abrangido pelos princípios do Direito do Ambiente em matéria de protecção da fauna e dos seus habitats. A própria actividade cinegética deixa de ser encarada apenas como um modo lúdico de esforço desportivo e de ocupação de *res nullius* para ser enquadrada sob regras de exploração ordenada de recursos naturais inspiradas pelos princípios da sustentabilidade e da conservação da diversidade biológica e genética” – *Zonas de caça...*, *cit.*, p. 776 (v. também, com o mesma conclusão, embora assente em premissas sensivelmente diversas, o Voto de Vencido da Conselheira M^a Fernanda Palma ao Acórdão do Tribunal Constitucional 866/96, *cit.*).

⁴⁷⁴ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, Tomo II, 2ª ed., Coimbra, 2002, p. 142, chamando, precisamente, a atenção para a dificuldade de qualificar o animal como uma simples coisa móvel, num momento histórico em que razões éticas e sócio-culturais aconselham a uma revisão do seu estatuto (pp. 212 segs e 214, 215).

⁴⁷⁵ Embora, quer o artigo 205º/1, quer os artigos 1318º/1 e 1323º/1 do Código Civil – ao equipararem animais a *outras* coisas móveis –, permitam a integração do animal no universo das coisas móveis.

⁴⁷⁶ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, *cit.*, p. 214.

⁴⁷⁷ Cfr. os DL 13/93, de 13 de Abril (que aprova para ratificação a Convenção Europeia para a protecção do animais de companhia) e DL 276/01, de 17 de Outubro (com a redacção que lhe foi dada pelo DL 315/03, de 17 de Dezembro), o qual regulamenta o primeiro (cfr. esp. os artigos 6º e 7º), além da Lei 92/95, de 12 de Setembro (Lei da Protecção dos Animais, com as alterações introduzidas pela Lei 19/2002, de 31 de Julho) – a qual, lamentavelmente, não foi objecto do necessário desenvolvimento no sentido de lhe conferir efectividade, nomeadamente no plano das sanções (a estabelecer em lei especial, a que alude o artigo 9º).

⁴⁷⁸ Sobre o estatuto jurídico do animal, v. SUZANNE ANTOINE, *L’animal et le droit des biens*, *in D.Ch.*, 2003, nº 39, pp. 2651 segs; A. PEREIRA DA COSTA, *Dos animais (O Direito e os Direitos)*, Coimbra, 1998, pp. 17 segs (afirmando que os animais são coisas móveis – p. 19); A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, *cit.*, pp. 219 segs. Numa perspectiva filosófica, FERNANDO ARAÚJO, *A hora dos direitos dos animais*, Coimbra, 2003, *max.* 283 segs.

A natureza deve ser vista como um bem imaterial unitário, com várias componentes – afirma AVANZI. Mas a imaterialidade do todo não obsta à materialidade das partes. O que importa é conceber a fruição como independente da coisa, como um valor que a transcende⁴⁷⁹. A ideia de bens colectivos assenta, desta feita, na *vertente imaterial* dos bens ambientais, a qual dispensa o contacto directo com o suporte físico desses bens (ou, pelo menos, dos que o tiverem) ou, o mesmo é dizer, o vínculo da propriedade⁴⁸⁰.

Esta cisão entre propriedade e uso não é estranha ao Direito. Recorde-se que, nos termos do artigo 1305º do Código Civil, a propriedade compreende as faculdades de uso, fruição e disposição, e de acordo com o artigo 1484º/1 do mesmo Código, “o direito de uso consiste na faculdade de se servir de certa coisa alheia (...)”. A utilização dos bens naturais, na sua dimensão imaterial, reconduz-se à figura do uso colectivo e não da propriedade ou do usufruto: não é uma propriedade colectiva, em virtude da inapropriabilidade dessas qualidades imateriais; não é um usufruto, porque as qualidades imateriais de tais bens não são susceptíveis de comércio.

Escusado será dizer que o uso colectivo é uma realidade que fica à margem da regulação inscrita no Código Civil, na medida em que se lhe não aplicam, nem as regras relativas à constituição (o uso colectivo das qualidades imateriais dos bens naturais é essencial à sobrevivência humana, podendo afirmar-se que a sua existência, independente de qualquer prescrição normativa, se filia no costume), nem as relativas à extinção (o limite não é fixado a partir do tempo de vida dos usuários – que se renova sucessivamente em cada nova geração –, mas antes depende da existência do próprio bem utilizado). Já para não referir as adaptações óbvias que o regime sofre, por força da dimensão imaterial dos bens naturais.

ii.) Na sua vertente imaterial, os bens naturais são usáveis por todos, sem determinação de parte e prescindindo de título específico⁴⁸¹ – o que é suficiente para conferir ao uso a natureza de *interesse de facto*, mas insuficiente para densificar um direito⁴⁸². Por isso são bens colectivos, em virtude da disseminação das suas potencialidades de aproveitamento por um conjunto indeterminável de pessoas⁴⁸³. O carácter transfronteiriço, não dos suportes físicos de alguns destes bens, mas da difusão das

⁴⁷⁹ S. AVANZI, *Demanio e ambiente. Effetti della normazione ambientale sulla gestione dei beni pubblici*, Pádua, 1998, pp. 6, 7.

⁴⁸⁰ Num sentido predominantemente material, de posse. Cfr., num paralelo, a diferença essencial entre coisas corpóreas e incorpóreas, identificada por A. MENEZES CORDEIRO (*Tratado...*, *cit.*, p. 107): a posse de que são susceptíveis as primeiras.

⁴⁸¹ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Pádua, 1983, p. 430.

⁴⁸² Embora não adopte a nossa terminologia (referindo-se a direitos colectivos e não a interesses de uso de bens colectivos), também V. CERULLI IRELLI demarca claramente os “direitos colectivos” dos “direitos subjectivos” – *Proprietà...*, *cit.*, pp. 257 segs (v. também a afirmação produzida a p. 430, a propósito dos interesses relativos ao ambiente).

⁴⁸³ Sublinhe-se a diferença entre o interesse de uso de um bem colectivo e as figuras do direito colectivo (posição jurídica na titularidade de uma pessoa colectiva, com vista à realização dos seus fins institucionais), e do direito de exercício colectivo (de titularidade individual mas cuja operacionalidade depende da manifestação de vontade de um conjunto de sujeitos unidos em torno de um interesse comum) – cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *cit.*, p. 424; J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, *cit.*, p. 123.

suas qualidades extrínsecas, impede a identificação, à partida, de um universo estanque de usuários; porém, há motivos jurídico-políticos (a que aludiremos em 2.2.) que visam operacionalizar a noção de interesse na utilização das qualidades do bem.

Não podemos deixar de sublinhar dois aspectos, ambos relacionados com a noção de uso ou aproveitamento das qualidades imateriais dos bens naturais. Em primeiro lugar, o uso a que nos referimos, porque incide sobre uma realidade que se desprende do bem, não se traduz em utilidades físicas, palpáveis – essas decorrerão da dimensão material dos bens naturais, da sua natureza de coisas corpóreas. O aproveitamento – desejavelmente racional – das qualidades materiais destes bens, ou terá expressão económica, reconduzível ao direito de propriedade (p. ex., venda de produtos hortícolas)⁴⁸⁴, ou traduzir-se-á no exercício de um direito geral de liberdade, num misto de expressão de personalidade e de liberdade de circulação (p. ex., prática de *tracking* na montanha; canoagem; caça). Não há aqui nenhum *direito ao ambiente*, antes se verifica a utilização de elementos da natureza na sua vertente material, física, concretizada através de posições jurídicas, individuais ou colectivas (no caso da propriedade cívica⁴⁸⁵).

Cumprir referir aqui figuras como a rede nacional de áreas protegidas, a Reserva Ecológica Nacional, ou a Reserva Agrícola Nacional⁴⁸⁶, entre outras soluções com idêntico propósito: condicionar o uso dos bens naturais nelas integrados em atenção a objectivos de preservação do equilíbrio ecológico. Estes institutos *gravam* os suportes corpóreos dos bens naturais, em atenção ao critério de indispensabilidade a que se fez referência *supra*, independentemente da sua titularidade pública, privada ou colectiva, por forma a garantir o aproveitamento colectivo das qualidades imateriais que deles dimanam⁴⁸⁷.

Em segundo lugar, o uso das qualidades imateriais dos bens naturais provoca sensações e emoções sentidas ao nível individual, mas deve ser sempre contextual-

⁴⁸⁴ Cruzando-se com a regulação dos preceitos do Código Civil relativos à qualificação das coisas (cfr. os artigos 203º e segs). Na lógica da lei civil, os bens naturais susceptíveis de apropriação na sua dimensão material, ou são coisas imóveis (árvores, minerais, água nos rios), ou são coisas móveis (frutos colhidos da árvore, pedra extraída da pedreira, água retirada do rio num balde). No âmbito da vertente física dos bens naturais individualmente apropriáveis, deve ainda distinguir-se entre os que (já) são objecto de direitos reais, e os que constituem *res nullius*, sendo portanto susceptíveis de ocupação (artigos 1318º e segs do Código Civil). Atenta a tarefa pública de protecção do ambiente, a tendência é para a redução ao mínimo do universo de bens naturais livremente apropriáveis. Cfr. M. RÉMOND-GOUILLOUD, *Ressources naturelles...*, cit., pp. 29, 30 e *supra*, nota 470.

⁴⁸⁵ Cfr. *infra*, 2.1.1..

⁴⁸⁶ A Rede Nacional de áreas protegidas encontra o seu regime no DL 19/93, de 23 de Janeiro, com as alterações introduzidas pelos DLs 213/97, de 16 de Agosto, 227/98, de 17 de Julho, 221/2002, de 22 de Outubro e 117/2005, de 18 de Julho; a Reserva Ecológica Nacional está disciplinada no DL 93/90, de 19 de Março, com as alterações introduzidas pelos DLs 316/90, de 13 de Outubro, 213/92, de 12 de Outubro, 79/95, de 20 de Abril e 203/2002, de 1 de Outubro); o regime da Reserva Agrícola Nacional decorre do DL 196/89, de 14 de Junho, com as alterações introduzidas pelos DLs 274/92, de 12 de Dezembro e 278/95, de 25 de Outubro.

⁴⁸⁷ Ana Raquel GONÇALVES MONIZ chama a atenção para a relevância descritiva – embora não dogmática, em virtude da impossibilidade de construção de um quadro explicativo homogéneo – da noção de “bens privados de interesse público” que se aplicaria aos bens ambientais naturais de titularidade privada juridicamente *isolados* através destas opções de condicionamento do uso dos suportes materiais de tais bens – *O domínio público. O critério e o regime jurídico da dominialidade*, Coimbra, 2004, pp. 341-343.

zado no plano colectivo. O que queremos dizer é que, na dimensão imaterial, o uso dos bens naturais resulta de uma fusão entre o homem e a natureza, de um posicionamento da pessoa num plano paralelo ao ecossistema natural. Ou seja, quando se intervém em defesa da integridade de um determinado bem natural, está-se sempre a agir em nome de um interesse da colectividade que é o equilíbrio ecológico (embora possa também haver outros interesses comunitários em jogo, tais como a saúde pública, ou mesmo uma cumulação entre interesse individual e interesse colectivo). O interesse na (con)vivência num ambiente natural equilibrado, livre de agentes poluentes excessivos, é um interesse directamente ecocêntrico (é a integridade do bem natural, enquanto factor concorrente para o ritmo e harmonia do ecossistema global do qual cada ser humano é também “um pedaço”⁴⁸⁸, que se almeja), embora mediatemente antropocêntrico (porque só o homem pode desencadear a sua tutela).

Assim, o objecto do dever de protecção do ambiente traduz-se na protecção da integridade dos vários bens ambientais naturais tomados na sua dimensão imaterial (v.g., pureza do ar, capacidade agrícola do solo, possibilidade de reprodução das espécies), integridade que constitui a base do equilíbrio ecológico global.

Em suma, o aproveitamento das qualidades dos bens naturais com suporte corpóreo pode estar dividido entre a propriedade, pública, privada ou colectiva, e o uso colectivo (v.g., flora, fauna, solo), enquanto que a dimensão incorpórea dos bens naturais, inapropriável por natureza, os condenará sempre ao uso partilhado pelos membros da colectividade – é neste sentido que falamos de bens de uso colectivo ou, abreviadamente, de bens colectivos. Relativamente à vertente imaterial dos bens naturais, o dever de protecção reparte-se igualmente por todos, embora o seu conteúdo possa variar consoante o potencial poluente da actividade desenvolvida. Já quanto à vertente material, que grava os bens naturais *aprisionados* num determinado suporte, o dever de protecção recairá, em primeira linha, sobre o titular do direito de propriedade, porque só ele tem o acesso directo à coisa corpórea que envolve o bem⁴⁸⁹.

O que fazer, contudo, quando o proprietário, por acção ou omissão, põe em causa, de forma grave, as qualidades do bem natural, de modo a comprometer a possibilidade de uso pela colectividade? Esta interrogação leva-nos a fazer uma breve incursão sobre o cruzamento entre o interesse no uso de bens colectivos e os tipos de propriedade.

⁴⁸⁸ Na curiosa expressão de F. OST, *Un environnement de qualité: droit individuel ou responsabilité collective?*, in *L'actualité du Droit de l'Environnement*, Bruxelas, 1995, pp. 23 segs, 45.

⁴⁸⁹ Neste sentido, M. RÉMOND-GOUILLOUD frisa os condicionamentos que a propriedade de bens naturais, por força da sua dimensão incorpórea, impõe aos proprietários, acentuando os deveres de gestão racional e neutralizando os poderes de disposição: “Ainsi, dépourvu à la fois du droit de disposer juridiquement et matériellement des ressources d’environnement que se situent sur son fonds, le propriétaire ne les possède pas à titre de propriétaire. Ses prérogatives sont celles d’un usager” (*Ressources naturelles...*, *cit.*, p. 32).

2.1.1. Uso colectivo e direito de propriedade

Os bens ambientais naturais, na sua dimensão *imaterial*, são sempre bens públicos, no sentido em que existe uma relação de aproveitamento entre as qualidades destes bens e um conjunto de pessoas, uma colectividade, um público⁴⁹⁰. Pode haver coincidência entre propriedade pública do suporte físico do bem natural e uso público das qualidades desse bem, *maxime* no caso dos bens naturais afectos ao domínio público [ver, desde logo, as alíneas a) e c) do n.º 1 do artigo 84.º da CRP], caracterizados pelo uso colectivo a que estão adstritos⁴⁹¹. Tal como, no caso da propriedade colectiva ou cívica⁴⁹², essa coexistência pode ocorrer, relativamente ao reduzido universo de pessoas que compõem a comunidade titular do bem e gestora das suas utilidades⁴⁹³. No entanto, quer num caso, quer noutro, a utilidade retirada do bem é sempre material, ainda que não tenha necessariamente expressão pecuniária – pelo menos, no caso dos bens do domínio público.

A nossa preocupação com estas observações é, mais uma vez, frisar a imaterialidade co-essencial ao uso colectivo dos bens ambientais naturais na sua dimensão incorpórea. A potencialidade de uso colectivo das águas de um rio pertencente ao domínio público, pela sua generalidade, igualdade e gratuidade⁴⁹⁴, assemelha-se à susceptibilidade de uso de outros bens ambientais naturais não afectos àquele domínio por qualquer pessoa; tal constatação não obriga, todavia, à integração no domínio público de todos os bens ambientais naturais. Tão-pouco o aproveitamento agrícola, silvícola ou pecuário da propriedade cívica (mais conhecida em Portugal pelo termo *baldio*⁴⁹⁵) se identifica com o uso de bens ambientais naturais – neste caso, ficaria logo excluída pela restrição do *público* de usuários⁴⁹⁶ –, pois a tónica do uso cívico incide na dimensão corpórea destes bens e no aproveitamento económico

⁴⁹⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà...*, *cit.*, pp. 20 a 22. Esta posição, aberta à proliferação de realidades imateriais fruíveis no seio da comunidade, contrasta com a exposição de MARCELLO CAETANO que, não só não destacava a propriedade (pública) da ideia de domínio sobre coisas corpóreas, como afirmava que “a comunidade e os seus interesses se personificam no Estado e nas outras pessoas colectivas de direito público” – *Manual de Direito Administrativo*, II, 9.ª ed., Lisboa, 1972, pp. 870, 871.

⁴⁹¹ Sobre o uso colectivo ou uso comum dos bens do domínio público, v. D. FREITAS DO AMARAL, *A utilização do domínio público pelos particulares*, Lisboa, 1965, pp. 47 segs, e mais recentemente, BERNARDO AZEVEDO, *Servidão de direito público. Contributo para o seu estudo*, Coimbra, 2005, pp. 203 segs (aderindo à tese de Giannini, que qualifica os bens dominiais como “bens de propriedade colectiva [de mero gozo] confiados em gestão legal a entes territoriais”). Veja-se também o Acórdão do STA de 1 de Maio de 1970, *in ApDG* de 27 de Janeiro de 1972, pp. 535 segs.

⁴⁹² Sobre a propriedade cívica ou colectiva, v. CARLO DESIDERI, *Potere pubblico e forme tradizionali di proprietá collettiva*, *in RTDP*, 1971/3, pp. 1082 segs; J. CASALTA NABAIS, *Alguns perfis da propriedade colectiva nos países do civil law*, *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 223 segs; V. CERULLI IRELLI, *Proprietà...*, *cit.*, pp. 263 segs; BERNARDO AZEVEDO, *Servidão...*, *cit.*, pp. 136 segs, notas 81 e 82.

⁴⁹³ Veja-se J. CASALTA NABAIS, *Alguns perfis...*, *cit.*, pp. 241 segs.

⁴⁹⁴ Cfr. D. FREITAS DO AMARAL, *A utilização...*, *cit.*, pp. 76 segs.

⁴⁹⁵ Os baldios encontram o seu enquadramento legal na Lei 68/93, de 4 de Setembro, com as alterações introduzidas pela Lei 89/97, de 30 de Julho.

⁴⁹⁶ Como sublinha Ana Raquel GONÇALVES MONIZ (*O domínio público...*, *cit.*, p. 356), “os baldios reflectem também uma particular concepção de vida em comunidade”, “estão ao serviço das necessidades de uma certa comunidade de vizinhos”.

dos seus frutos⁴⁹⁷. Enfim, a distinção, em ambos os casos, assenta na inapropriabilidade intrínseca dos bens naturais na sua dimensão imaterial, a qual constitui, aliás, pressuposto da qualificação como bens colectivos.

Como o uso efectivo das qualidades imateriais dos bens ambientais não pressupõe um contacto directo com o suporte físico destes (a existir), a diferenciação entre propriedade pública (no sentido amplo, que compreende a propriedade colectiva) e privada (que inclui a propriedade social e cooperativa – artigo 82º/3 e 4 da CRP) pouco ou nada relevaria⁴⁹⁸. Por outras palavras, à primeira vista, o uso individual de bens colectivos é sempre possível, quer estes estejam na esfera de propriedade pública, quer integrem a propriedade privada. Num segundo momento, porém, constatamos que pode não ser exactamente assim, nomeadamente nas situações em que o proprietário – seja ele uma entidade pública, ou privada – descure a conservação do património natural, ou o utiliza com desprezo pelas suas qualidades ecológicas (preferindo a sua utilidade económica ou outra)⁴⁹⁹.

Ponderando esta hipótese, cumpre desde logo sublinhar que as preocupações de protecção ambiental devem coadunar-se, sempre que possível, com as formas de aproveitamento tradicional dos bens naturais. A natureza é, além do *habitat* de várias espécies, animais e vegetais, fonte de sustento vivencial e económico do homem, o que significa, por um lado, que a proibição de utilização, total ou parcial, de um determinado bem ambiental há-de reservar-se para as situações em que a intervenção atinge níveis de agressão tão insuportáveis que compromete a continuação da sua existência ou possibilidade de regeneração. Por outro lado, a conformação de especiais deveres de cuidado no tratamento dos suportes físicos dos bens ambientais é, em grande parte das situações, onerosa, por isso se devendo fazer apoiar de auxílios pecuniários ou outro tipo de contrapartidas – em nome da justa repartição de encargos públicos com a manutenção de um bem colectivo –, pelo menos nos casos em que o proprietário não consiga cobrir tais despesas com os proventos da actividade de exploração daqueles bens.

Em seguida, e caso estejamos perante uma agressão perpetrada por qualquer proprietário que não o Estado, ponderada a gravidade e irreversibilidade da continuação de acção ou omissão causadora do dano ambiental, cumpre definir se os deveres impostos para colmatar a situação se coadunam ainda com a manutenção do vínculo da propriedade ou se obrigam à expropriação, total ou parcial, do bem ou do direito de exploração do mesmo, com atribuição do *quantum* indemnizatório devido⁵⁰⁰. A

⁴⁹⁷ Cfr. J. CASALTA NABAIS, *Alguns perfis...*, cit., p. 248, e V. CERULLI IRELLI, *Proprietà...*, cit., p. 252 (distinguindo uso público e uso cívico).

⁴⁹⁸ Já JOSÉ CARLOS MOREIRA (*Do domínio público*, I, Coimbra, 1931, p. 80) notava que as *res communes*, pela sua “natureza física”, são insusceptíveis de apropriação – daí que não pertençam, nem ao domínio público (do qual se aproximam, em razão da sua incomerciabilidade e susceptibilidade de fruição colectiva), nem ao domínio privado.

⁴⁹⁹ Cfr. S. AVANZI, *Demanio...*, cit., p. 271.

⁵⁰⁰ Conforme explica J. J. GOMES CANOTILHO, “o conceito de «delimitação do conteúdo de propriedade geradora de compensação» vem deste modo ocupar o espaço resultante de um regresso ao conceito de expropriação em sentido restrito. A «delimitação do conteúdo» constituirá uma «restrição do direito geradora de compensação» quando a medida delimitadora-restritiva tiver *um peso económico significativo na esfera jurídico-patrimonial do proprietário*” – *Protecção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)*, Coimbra, 1995, pp. 79 segs, 98 (itálico nosso).

desafecção da propriedade configura um acto administrativo lícito de ingerência ambiental máxima que, representando um dano especial e anormal na esfera jurídica do expropriado, deve ser compensado na medida do razoável, em homenagem ao princípio da justa repartição dos encargos públicos (artigo 13º/1 da CRP)⁵⁰¹. É que, conforme recorda GOMES CANOTILHO, “a defesa do ambiente é uma tarefa *solidária e não solitária* e não se compadece com a unilateral imposição de vínculos restritivos a uns em favor de outros”⁵⁰².

Seria porventura desejável que a LBA aludisse a um instituto específico de expropriação por razões ambientais, nomeadamente ao nível dos institutos da política de ambiente a que se refere o artigo 27º, ainda que o legislador viesse a remeter a sua regulamentação, no essencial, para a lei geral das expropriações por utilidade pública (ou seja, o Código das Expropriações). Assim se possibilitaria a intervenção estadual em casos-limite de atentados contra bens naturais, os quais comprometem o aproveitamento das suas qualidades imateriais por parte de toda a colectividade⁵⁰³.

Anote-se, todavia, que a titularidade pública, se é verdade que tendencialmente proporciona uma maior rapidez de intervenção preventiva⁵⁰⁴, não constitui garantia absoluta de salvaguarda dos valores ambientais⁵⁰⁵, ainda que ao Estado, como sabemos, seja cometida tal tarefa prioritária, nos artigos 9º/e) e 66º/2 da CRP. Talvez não fosse, por isso, de descartar a hipótese de conceber mecanismos de gestão de áreas cuja utilização obrigue à assunção de especiais deveres de conservação e promoção dos valores ambientais, a desenvolver por privados em regime de concessão (de exploração), desde que tal gestão pudesse constituir um objecto economicamente atractivo (por exemplo, para fins de lazer ou científicos).

⁵⁰¹ Cfr. o artigo 9º do DL 48.051, de 21 de Novembro de 1967 e a teorização de J. J. GOMES CANOTILHO, **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**, Coimbra, 1974, pp. 87 segs, *max.* 103 e 298 segs. V. também, sobre a figura das indemnizações pelo sacrifício (no âmbito do planeamento urbanístico), F. ALVES CORREIA, **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**, Coimbra, 1989, pp. 521 segs.

⁵⁰² J. J. GOMES CANOTILHO, **Protecção...**, *cit.*, p. 105.

⁵⁰³ Esta solução vai de encontro a uma ideia, defendida por alguns Autores, de necessidade de adaptação da teoria da dominialidade à tarefa pública de tutela ambiental, que se consubstanciaria em noções como “propriedade pública ambiental” ou “património comum ambiental” – cfr. Ana Raquel GONÇALVES MONIZ, **O domínio público...**, *cit.*, p. 161, nota 152. Sem descartar a utilidade da construção, julgamos que ela deverá ser explorada com alguma contenção, ou seja e tal como defendemos no texto, a título subsidiário (em razão da incúria reiterada do titular privado dos bens) e não transformada numa regra de apropriação e gestão estadual de todos os bens de relevante interesse natural para a comunidade (posição próxima revela Ana Raquel GONÇALVES MONIZ, na obra citada, a propósito da “desnecessidade e desproporcionalidade” de “colocar todos os bens culturais na propriedade de pessoas colectivas públicas” – p. 264, nota 405).

⁵⁰⁴ Neste sentido, A. EMBID IRUJO, **El papel del Estado en el medio ambiente: vigilante o gestor?**, in *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX, Homenaje ao Profesor Dr. D. R. Martín Mateo*, III, Valência, 2000, pp. 3467 segs, 3488 (o Autor manifesta a sua preferência pelo modelo da propriedade pública dos principais recursos naturais, mas admite que, mesmo havendo propriedade privada, não deixa de haver responsabilidade pública, na medida em que existe “un interés colectivo en el mantenimiento de la funcionalidad general del bien que no puede olvidarse”).

⁵⁰⁵ Impor-se-ia, por isso, no âmbito da previsão do instituto da expropriação por imperativo da salvaguarda de valores ambientais relevantes, regular o exercício do direito de reversão a fim de pôr cobro às situações em que as razões de conservação do património ambiental na base da expropriação não fossem devidamente concretizadas pelo Estado.

Esta seria uma alternativa às situações de incúria na gestão de património natural por parte do Estado (e de outras entidades públicas), especialmente graves na medida em que constituem um mau exemplo para a comunidade. A não ser assim e com o défice de fiscalização que temos, a defesa dos valores ambientais abandonados à má gestão do Estado ficará entregue a insuficientes, embora bem intencionadas, investidas processuais de cidadãos isolados ou de associações de defesa do ambiente, condenadas a um resultado que só em raras situações poderá concretizar-se na obrigação de reconstituição natural (por impossibilidade derivada do desaparecimento irreversível do suporte físico do bem), sendo que nas restantes se materializará na condenação de pagamento de um montante indemnizatório de destino incerto (cfr. o artigo 22º/2 da Lei 83/95, de 31 de Agosto).

Enfim, o uso colectivo dos bens naturais na sua dimensão imaterial é compatível com a detenção do domínio da sua dimensão corpórea, quer em mãos privadas, quer em mãos públicas. A exigência da transferência de propriedade, por razões de preservação dos valores ambientais, para a esfera do Estado, só deverá ocorrer em situações de absoluta impossibilidade de continuação do exercício das faculdades típicas daquele instituto pelo seu titular, subordinada a indemnização adequada, de acordo com o princípio da justa repartição dos encargos públicos. Tal expropriação há-de ser dinamicamente justificada pela prossecução efectiva dos fins de preservação ambiental que a motivaram, sob pena de frustração, não só dos seus objectivos específicos, como dos objectivos genéricos de protecção ambiental cometidos ao Estado pela Lei Fundamental.

2.2. Os interessados no uso e os obrigados à protecção:

Com a definição do objecto do dever de protecção do ambiente, facilmente se compreende que os sujeitos do dever são simultaneamente os interessados no uso. Tratando-se de bens colectivos, os bens ambientais naturais – sublinhe-se: na sua dimensão imaterial – são usáveis por todos os habitantes do planeta, que por isso estão naturalmente obrigados à sua gestão racional. Por força da compartimentação dos bens naturais nos limites das fronteiras estaduais, a delimitação dos usuários sofre alguns condicionamentos (a.). Por seu turno, a identificação dos sujeitos investidos no dever de protecção do ambiente é também condicionada, salvo perante normas de Direito Internacional do Ambiente *self-executing*, pela existência de diferentes ordenamentos internos, dotados de regimes específicos quanto às concretas configurações daquele dever (b.).

a) A delimitação jurídica dos usuários

Assim, no plano físico, para a determinação dos interessados no uso relevará apenas a possibilidade de aproveitamento das qualidades do bem. Já no plano jurídico, as fronteiras à defesa jurisdicional da integridade de bens naturais são, no momento actual, de três ordens:

- A primeira fronteira é a da *territorialidade do Direito*, que obsta a que um estrangeiro pretenda agir judicialmente em defesa de um bem natural situado em Portugal (por exemplo, uma espécie animal) junto das instâncias competentes do país de origem, invocando uma alegada universalidade do interesse ambiental;

- Uma segunda fronteira infere-se a partir da constatação da *inexistência de uma instância jurisdicional internacional* legitimada para intervir, a solicitação de entidades públicas ou privadas, na defesa da integridade de bens ambientais situados em territórios de Estados que houvessem aceite submeter-se à sua jurisdição (ou fora de qualquer jurisdição estadual)⁵⁰⁶;

- Uma terceira fronteira, que vale para o caso português por força da integração na Comunidade Europeia, deriva do facto de *a legislação comunitária não admitir o alargamento de legitimidade processual*, no âmbito do contencioso comunitário, *para defesa de interesses colectivos*, nomeadamente para impugnar a validade de actos comunitários lesivos de bens naturais⁵⁰⁷.

Ou seja, o círculo da comunhão (da colectividade) de interesses que contribui para qualificar os bens naturais como bens de uso colectivo traça-se a jusante, não numa perspectiva de susceptibilidade potencial de aproveitamento das qualidades do bem, mas antes numa lógica de titularidade de direitos de acção, *maxime* jurisdicional, para defesa das qualidades imateriais desses mesmos bens. Bens que, na prática, detêm qualidades susceptíveis de aproveitamento, mais ou menos diluído, por qualquer habitante do planeta, em virtude da sua interdependência com o ecossistema global (por muito remota, insista-se, que essa dependência possa ser), vêm a sua fruibilidade artificialmente espartilhada em função de critérios restritivos da legitimidade dos potenciais usuários. Argumentos relacionados com o princípio da soberania dos Estados sobre os seus recursos naturais (nos casos da primeira e segunda *fronteiras*), e com a preservação de um certo nível de eficiência da função jurisdicional (no terceiro caso) concorrem para este cerceamento das vias de actuação em defesa do ambiente.

Já no que toca à circunscrição da legitimidade popular, procedimental e jurisdicional, para defesa de interesses transindividuais (como o ambiente) a cidadãos nacionais – e, quando muito, a cidadãos europeus residentes em Portugal que gozem de capacidade eleitoral, activa e passiva, ao nível autárquico⁵⁰⁸ –, nos termos do artigo 2º/1 da Lei 83/95, de 31 de Agosto, cumpre sublinhar a sua desadequação e recomendar uma leitura correctiva. De facto, como julgamos ter demonstrado noutra local⁵⁰⁹, o instituto da legitimidade popular para defesa de interesses colectivos –

⁵⁰⁶ Embora a criação de um Tribunal Internacional do Ambiente tenha já sido proposta – cfr. A. POSTIGLIONE (coord.), *Per un tribunale internazionale dell'ambiente*, Milão, 1990.

⁵⁰⁷ Veja-se o nosso *A impugnação...*, *cit.*, *max.* pp. 96 segs.

⁵⁰⁸ Neste sentido, M. ESTEVES DE OLIVEIRA e R. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Código do Processo nos Tribunais Administrativos, Anotado*, I, Coimbra, 2004, p. 162. Sem distinguir entre cidadãos europeus e outros, alargando a todos os estrangeiros, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, cit.*, (anotação ao artigo 52º).

⁵⁰⁹ C. AMADO GOMES, *D. Quixote...*, *cit.*, p. 48.

naquilo que mais directamente agora nos interessa – ancora-se na susceptibilidade de fruição do bem objecto da actuação, procedimental ou jurisdicional, nada tendo a ver com a titularidade de direitos políticos, os quais justificam a possibilidade de controlo da legalidade estrita propiciado pelo instituto da “acção popular correctiva” hoje sediado no nº 2 do artigo 55º do CPTA⁵¹⁰. Por outras palavras: o artigo 2º/1 da Lei 83/95 – bem como a norma constitucional em que se filia [o artigo 52º/3/a) da CRP] – deve ser objecto, no mínimo, de uma redução teleológica no que tange à expressão “direitos políticos”⁵¹¹.

“Se focarmos a nossa atenção nos casos de agressões a bens ambientais naturais (no sentido do artigo 6º da LBA), facilmente perceberemos a *curteza de vistas* do legislador. Com efeito e, por um lado, serão frequentes as situações em que um estrangeiro pode, no seu país de origem, pretender reagir contra uma fonte de emissões poluentes sediada num Estado diverso (mesmo que não sofra nenhuma lesão pessoal), em virtude do carácter transfronteiriço dos fenómenos de poluição. Por outro lado, a dimensão imaterial dos bens ambientais naturais faz com que a sua fruição seja tendencialmente universal – donde, a sua defesa dever estar aberta a todos os potenciais usufrutuários. E nem se invoque o critério da residência, a que alude o artigo 15º/3 da Lei 83/95, de 31 de Agosto, pois este artigo (todo o artigo) não se aplica aos casos de acções interpostas por cidadãos investidos em legitimidade popular para defesa de interesses de fruição de bens colectivos, mas tão-só às situações de defesa, por um ou mais «representantes», de interesses individuais homogéneos. O regime das *class actions*, no qual esta disposição se inspira, não se confunde com o das *citizen suits*”⁵¹².

Reconhecemos que, por razões do senso comum, será mais natural e frequente que a integridade do bem natural seja defendida por aqueles que mais perto dele (quando se identifique um suporte físico), ou da fonte geradora do dano, se encontram. Mas é precisamente por essa limitação decorrer do senso comum que consideramos desnecessária a sua assunção pelo legislador (por exemplo, é altamente improvável que um residente no Algarve queira intervir num procedimento administrativo de licenciamento industrial na zona de Bragança), e mesmo prejudicial ao essencial estímulo cívico para as questões ambientais. Pelo menos a nível nacional, a noção de interessado no uso de bens ambientais naturais, estejam eles implantados no território ou apenas susceptíveis de aproveitamento qualitativo nesse espaço, deve ser alargada a todos os que demonstrem a susceptibilidade de fruição do bem alvo ou ameaçado de lesão proveniente de fonte interna⁵¹³ – além, naturalmente, de

⁵¹⁰ Contra, fazendo assentar, quer a “velha” legitimidade popular, quer a “nova” (gerada na revisão constitucional de 1989 e concretizada legislativamente em 1995) num direito de participação política, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa, 2005, pp. 659, 660.

⁵¹¹ Diga-se, aliás, que já JORGE MIRANDA, no seu *Ideias para uma revisão constitucional em 1996* (*in Constituição e Cidadania*, Coimbra, 2003, pp. 101 segs) defendia a recondução das hipóteses de “prevenção, cessação ou perseguição” judiciais de bens de fruição colectiva ao artigo 20º da CRP (p. 116).

⁵¹² C. AMADO GOMES, *D. Quixote...*, *cit.*, p. 49. No mesmo sentido, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Direito...*, *cit.*, p. 654.

⁵¹³ Isto não implica, como explicámos em *D. Quixote...*, *cit.*, pp. 50, 51, nota 20, que a estrutura administrativa tenha o dever de publicitar procedimentos de consulta pública por todo o território nacional: o ónus de demonstração do interesse em participar deve partir do cidadão.

ser reconhecida às associações de defesa do ambiente e ao Ministério Público⁵¹⁴ (nos termos dos artigos 2º/1 da Lei 83/95, de 31 de Agosto, 9º/2 do CPTA e 26ºA do CPC).

Pode afirmar-se, assim, que existe uma capacidade de gozo das qualidades dos bens ambientais naturais por parte de todas as pessoas, e que a proporção de utilização daquelas é idêntica. Ou seja, verificam-se, em abstracto, universalidade e igualdade no aproveitamento dos bens ambientais naturais na sua dimensão imaterial – ressaltando-se apenas o facto de as condições de uso de determinados bens poderem variar de acordo com factores geográficos (por exemplo, rarefacção do oxigénio nas zonas mais altas do globo) ou de poluição.

b) A diferenciação jurídica dos obrigados à protecção

No que toca à identificação dos obrigados ao dever de protecção do ambiente, verifica-se uma coincidência com os usuários. Mais concretamente, pode dizer-se que à capacidade genérica de gozo dos bens ambientais naturais enquanto bens de uso colectivo, corresponde uma obrigação genérica de preservação das qualidades daqueles bens, na medida do razoável e possível. Todavia, sendo certo que todos os usuários do ambiente estão vinculados à sua defesa, já a conformação do conteúdo desta obrigação variará consoante as actividades especificamente desenvolvidas pelos sujeitos⁵¹⁵.

O dever de protecção do ambiente assume, com efeito, um leque muito diversificado de configurações (cuja sistematização tentaremos ensaiar já de seguida), que torna desigualitário o grau de vinculação pessoal. O nível mínimo de *deverosidade ambiental*, de simples abstenção de causar dano, decorre imediatamente do princípio da solidariedade, ou seja, do facto de cada um usar uma parcela indivisa de um bem colectivo e de ter, por isso, o dever de o fazer de forma racional. Daí em diante, a imposição de deveres cada vez mais específicos encontrará o seu fundamento material na norma do artigo 66º/1, 2ª parte da CRP e modular-se-á a partir dos parâmetros do princípio da proporcionalidade.

Assim, e a título de exemplo, só alguns cidadãos são abrangidos pelo dever de utilizar gasolina sem chumbo nos seus veículos, porque nem todos se deslocam de

⁵¹⁴ Há mesmo que defenda, dada a *localização estratégica* do ambiente (na encruzilhada de interesses públicos e colectivos), a criação de um Ministério Público ambiental em Portugal, dotado de uma legitimidade não exclusivamente jurídica, “mas que resulta de uma verdadeira acumulação de legitimidades (...). Tal unidade teria de ser recrutada dentro de um perfil de adequação psicológica à matéria em questão, com submissão a treino inicial e continuado, ao nível jurídico, mas também das diferentes áreas da ciência ambiental. Teria de ser uma unidade móvel, preparada para se deslocar no território nacional, e com competência para actuar em qualquer comarca, nas vertentes cível, administrativa ou penal.

Tal unidade teria a vantagem de facilitar a identificação pelos cidadãos do titular público do poder-dever de defesa do ambiente, com criação de linhas de contacto publicitadas e acessíveis ao cidadão” – L. ELOY DE AZEVEDO, *Os interesses difusos no quadro da história do Ministério Público em Portugal*, in *RMP*, nº 100, 2004, pp. 135 segs, 150.

⁵¹⁵ Para J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, *cit.*, p. 853) não se colocam dúvidas quanto à extensão do dever de protecção do ambiente a estrangeiros, residentes ou apenas em trânsito, em Portugal.

automóvel; apenas aos industriais que se dedicam ao fabrico de pasta de papel é oponible um determinado limite de emissões poluentes inerentes ao funcionamento daquelas instalações fabris; num parque natural, os visitantes são proibidos de colher flores ou alimentar animais. Ou ainda, equacionando situações contrapostas, é vedado a qualquer pessoa despejar produtos tóxicos, de uso doméstico ou outro, nas águas de um rio; um industrial a quem seja autorizado fazer descargas para esse leito pode ver-lhe imposta a obrigação de depurar os resíduos antes de proceder àquelas.

O conteúdo concreto do dever fundamental de protecção do ambiente é, pois, determinado em razão das actividades do destinatário, nomeadamente do potencial lesivo do exercício da sua actividade — profissional ou outra — para a integridade das componentes ambientais naturais. O dever pode revestir vários graus de intensidade, quer quanto ao seu conteúdo — desde o genérico dever de respeito pelas normas proibitivas, passando por proibições específicas aplicadas em determinados ramos de actividade, até à imposição de condutas activas —, quer quanto à reacção ao seu incumprimento — que pode não existir, configurando-se a norma determinativa como *imperfecta*, mas também consubstanciar-se numa coima, com ou sem sanções acessórias, ou eventualmente revestir carácter penal.

Pode perguntar-se se estas situações não seriam igualmente explicáveis na perspectiva de restrições, quer de um direito geral de liberdade, quer de direitos específicos, como a liberdade de circulação, a propriedade, a iniciativa económica privada. Para os defensores da tese do direito subjectivo ao ambiente, esta será a via adoptada, fundamentando as restrições no princípio da protecção do ambiente enquanto bem de valor constitucional. Para nós, que entendemos ser o direito ao ambiente uma fórmula vazia de significado jurídico em virtude da impossibilidade de determinação de um conteúdo para tal posição jurídica, a construção baseia-se na 2ª parte do nº 1 do artigo 66º da CRP, que autonomiza o dever fundamental de protecção do ambiente, densificável a partir da definição de prestações concretas relativamente a bens naturais determinados.

Esta nossa construção pressupõe, no entanto, a existência de deveres (de protecção do ambiente) *por causa* do exercício de direitos (de circulação, de propriedade, de investigação científica). Ou seja, sobretudo na presença de obrigações de *fazer*, o raciocínio implica que o dever de protecção do ambiente — cuja configuração concreta depende da(s) actividade(s) desenvolvida(s) pelo sujeito —, emerja como contrapartida do exercício de determinados direitos. Não significa isto que o dever de protecção do ambiente seja correlativo de um direito com o mesmo objecto — já vimos que essa orientação é de rejeitar. Trata-se, isso sim, de verificar uma ligação incidível entre uma responsabilidade individual de uso racional de um bem de uso colectivo e a pretensão jurídica de levar a cabo determinadas actividades que, pela sua incidência ambiental, requerem cuidados mais ou menos acrescidos.

3. A(s) estrutura(s) do dever fundamental de protecção do ambiente

O dever fundamental de protecção do ambiente, incidindo sobre um mesmo objecto, ainda que entendido de forma ampla — a integridade dos bens ambientais naturais — revela-se em múltiplas formas. Ao contrário de outros deveres fundamen-

tais, como o de pagar impostos ou de votar, cujo tipo de prestação é uniforme, o dever fundamental de protecção do ambiente metamorfoseia-se em função do elemento natural cuja protecção está, em concreto, em causa; intensifica-se em razão do grau de degradação a que está exposto o bem ou em virtude do potencial lesivo da actividade desenvolvida (ou de ambos); agrava-se devido a ponderações políticas sobre a importância social do bem, ou sobre a necessidade de desincentivar condutas ambientalmente lesivas⁵¹⁶.

Sem nenhuma pretensão de exaustividade e recorrendo a uma tripartição típica na doutrina⁵¹⁷ – que em geral se debruçou sobre os tipos de obrigações, e que em especial se ocupou da matéria dos deveres fundamentais⁵¹⁸ –, na estrutura do dever de protecção do ambiente podem coexistir feixes de vinculações como obrigações: de *non facere*; de *pati*; e de *facere*. Vamos analisá-las mais de perto.

3.1. Obrigações de *non facere*

São normalmente impostas por normas proibitivas, e tendem a corresponder ao nível mínimo de deverosidade ambiental, que se traduz na abstenção de provocar danos significativos num bem de uso colectivo. O carácter passivo do comportamento em que se materializa o dever de protecção (aqui mais no sentido de respeito) do ambiente sob esta configuração negativa não corresponde à sua desvalorização pela ordem jurídica, antes pelo contrário. Com efeito, quem desatender proibições legais ou regulamentares, de forma “grave”, “inadmissível” ou “considerável”, provocando por isso danos ao ambiente, pode incorrer em penas privativas da liberdade ou de multa (artigos 278º, 279º e 281º do Código Penal). Quando utilizamos a expressão “nível mínimo de deverosidade ambiental”, temos em mente a passividade exigida ao sujeito, o lado negativo do dever, não a irrelevância da prática do comportamento proibido.

⁵¹⁶ Permita-se-nos, neste ponto, proceder à transcrição dos deveres ecológicos que a *Charte constitutionnelle de l'Environnement*, aprovada em Maio de 2005 para integrar o bloco de constitucionalidade francês, enuncia:

“Art. 2. *Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement.*

Art. 3. *Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences*

Art. 4. *Toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi.*

(...)

Art. 8. *L'éducation et la formation à l'environnement doivent contribuer à l'exercice des droits et devoirs définis par la présente Charte”.*

⁵¹⁷ Também J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, *cit.*, p. 847) realçam três facetas do dever de defesa do ambiente: uma obrigação geral de respeito (não poluir); um conjunto de obrigações positivas diversas (tratar resíduos domésticos; instalar equipamentos pró-ambiente); e uma obrigação de impedir atentados ao ambiente perpetrados por terceiros.

⁵¹⁸ Para uma síntese das tipologias possíveis, v. J. CASALTA NABAIS, *O dever...*, *cit.*, pp. 111 a 117. V. também, apesar da redução da perspectiva, BERNARD-FRANK MACERA, *El deber industrial...*, *cit.*, pp. 68 segs.

Claro que só as infracções que assumirem proporções muito graves serão objecto de punição penal⁵¹⁹, e aquelas que revelarem um grau de lesividade grave cairão sob a égide da medida contraordenacional. Mais uma vez se recorda que o ambiente é o suporte natural da vida humana, estando por isso especialmente destinado à utilização das suas componentes nos mais variados domínios – económicos, sociais, desportivos, de investigação. Dependente da *ética ecológica* de cada um ficará o acatamento de normas proibitivas desprovidas de sanção, embora tal omissão enfraqueça a sua eficácia, sobretudo em face de populações pouco sensibilizadas para a questão ambiental.

Um exemplo, entre tantos, de norma proibitiva é o do artigo 13º/1 do DL 78/2004, de 3 de Abril: “É expressamente proibida a queima a céu aberto de quaisquer resíduos, na acepção do Decreto-Lei nº 239/97, de 9 de Setembro, bem como de todo o tipo de material designado correntemente por sucata”. A violação deste dever de *non facere* sujeita o infractor à aplicação de uma coima, nos termos do artigo 34º/2/b) do mesmo diploma. A esta estatuição sancionatória típica, traduzida no pagamento de uma quantia pecuniária, a lei ambiental adita normalmente outras sanções, ditas acessórias, com um maior grau de eficácia dissuasora (perda do direito a usufruir de subsídios, de benefícios fiscais e de crédito, perda a favor do Estado dos objectos utilizados ou produzidos aquando da infracção – cfr. o artigo 47º/3 da LBA).

3.2. Obrigações de *pati*

As obrigações de suportação ou toleraç o tendem a confundir-se com as de *non facere*, na medida em que, em ambas as situações, se confronta o sujeito com uma abstenção de comportamento. São que, no caso das obrigações de *pati*, além da inactividade a que se condena o destinatário da proibição de comportamento, impõe-se-lhe também a necessidade de suportar a actividade de outrem na sua esfera jurídica,   qual teria normalmente o direito de se opor.

⁵¹⁹ O nível de eficácia do direito penal na tutela ambiental é muito discutível – cfr. uma síntese dos principais argumentos a favor e contra (propugnando o modelo contra-ordenacional) em V. PEREIRA DA SILVA, *Verde...*, *cit.*, pp. 275 segs. Tenderíamos a considerar que, na ausência de uma norma similar ao n  3 do artigo 45 da Constituição espanhola na nossa Constituição, o legislador s  deveria ter optado pela tutela penal depois de ter promovido medidas efectivas de consciencialização ambiental das populações, nomeadamente através da educação e informação. Num país como Portugal, que acordou para a necessidade de tutela ecológica *beliscado* pela Comunidade Europeia, criar tipos de crimes ecológicos nem 10 anos passados sobre a LBA (com a revisão do Código Penal, de 1995) parece-nos irrealista e, no limite, atentatório do princípio de intervenção mínima que decorre do artigo 18º/2 da CRP, aplicado em sede especificamente penal (cfr. as reflexões de M. FERNANDA PALMA, *Direito Penal do Ambiente - Uma primeira abordagem*, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 431 segs, 434 segs) – e esta opinião é confirmada pelo baixíssimo nível de condenações penais. Julgamos até que, no âmbito da tutela penal, seria de considerar a preferência por uma tipologia de penas pedagogicamente indutoras de uma atitude ambientalmente consciente, como o trabalho a favor da comunidade concretizado em tarefas de cunho ecológico (para além, claro, do dever de reconstituic o natural, sempre que possível).

No sentido abertamente favorável à tutela penal do ambiente, mesmo após uma análise muito crítica do artigo 279º do Código Penal, P. SOUSA MENDES, *Vale a pena um Direito Penal do Ambiente?*, Lisboa, 2000, pp. 178 segs.

CASALTA NABAIS nega a autonomia dos deveres *de pati*, afirmando que tais situações “não configuram verdadeiros deveres fundamentais em sentido próprio mas sim figuras próximas destes, seja na versão de deveres (correlativos) de direitos fundamentais, seja na versão de sujeições a poderes ou competências constitucionais”⁵²⁰. Não será descabida a observação para os casos em que a estrutura do dever se restringir à obrigação de suportação; contudo, quando o dever tiver uma estrutura compósita, consubstanciando-se num feixe de obrigações de sinal diverso (negativas e positivas), parece-nos que a obrigação *de pati* constituirá mais uma faceta do dever, ganhando sentido a partir do conjunto.

No domínio ambiental, dois tipos de situações podem reconduzir-se a esta categoria. Por um lado, ainda que de verificação pouco frequente, temos os casos de expropriação de direitos, nos quais o proprietário fica privado do exercício de determinadas faculdades numa parte da sua propriedade (v.g., cultivo do solo; abate de árvores; pastoreio), por razões de preservação do equilíbrio ecológico, devendo suportar a gestão dessa parcela pelas autoridades administrativas competentes⁵²¹. Por outro lado, e estas serão hipóteses mais frequentes, as situações de fiscalização levadas a cabo pela Inspecc o-Geral do Ambiente ou por outros organismos especialmente competentes, no âmbito das quais o proprietário/empresário se sujeita à presenca e   prática de actividades de inspecc o por parte de terceiros, no sentido de aquilatar da conformidade das condições de exploração com as exigências ambientais (cfr., por exemplo, o artigo 17 /3 do DL 69/2003, de 10 de Abril).

3.3. Obrigações de *facere*

Correspondem ao nível máximo de deverosidade ambiental e traduzem-se na imposição de comportamentos positivos aos sujeitos. Em face da necessidade de sensibilização ambiental, os deveres de *facere*, salvo em situações de médio ou alto potencial lesivo – e que envolvem, em regra, investimentos de vulto – não são acompanhados de cominação, contraordenacional ou penal. Separar o lixo em vista da reciclagem, utilizar detergentes biodegradáveis, adubar as terras com adubo orgânico, são exemplos de actos do quotidiano que envolvem mudanca de mentalidades, cujo grau de deverosidade implica uma atitude activamente comprometida com os valores ambientais. A dificuldade de controlo, por um lado, a (aparente) insignificância, por outro lado, e ainda a possibilidade de reacções sociais violentas   sua imposição coerciva – leia-se: susceptível de penalização – faz com que a sensibilização para a assunção de tais deveres opere mais através do recurso a recomendações administrativas e da atribuição de subvenções do que   cominação de sanções.

Já o mesmo se não pode dizer dos deveres de *facere* relacionados com o controlo da poluição, bem presentes ao nível de actividades industriais, agrícolas, silv culas, pecuárias que, pela sua dimensão, acarretem potenciais lesões aos bens ambientais

⁵²⁰ J. CASALTA NABAIS, *O dever...*, cit., p. 112.

⁵²¹ Pensamos em hipóteses em que a impossibilidade de exercício de faculdades típicas do direito de propriedade fica confinada apenas a uma parte do bem, pois se a afectação espacial for total, a expropriação será, na esmagadora maioria dos casos, do próprio direito de propriedade, não havendo qualquer repartição de exercício, nem qualquer obrigação de *pati* do particular.

naturais. Nesse plano, é comum o agravamento dos deveres e a cominação de coimas no caso do seu incumprimento (além, claro, da possibilidade de recondução a ilícitos penais, caso se verifiquem os pressupostos dos tipos previstos nos artigos 278º, 279º e 281º do Código Penal).

Assim, as entidades competentes para o licenciamento das actividades consideradas mais perigosas do ponto de vista ambiental podem, nos termos das disposições legais aplicáveis, impor a utilização de filtros de gases poluentes, a instalação de tanques de descontaminação de resíduos, o uso de determinados materiais de construção, a reciclagem de restos de produção, enfim, toda uma panóplia de deveres de comportamento activo que oneram o particular (e a sua actividade económica) e cujo incumprimento pode acarretar, desde a aplicação de sanções pecuniárias, passando pela suspensão cautelar da actividade, até à inviabilização de laboração e mesmo ao encerramento das instalações [por exemplo, cfr. os artigos 21º, 18º, 19º e 22º/1/d) do DL 69/2003, de 10 de Abril, respectivamente].

Além destes deveres materiais, a prevenção do risco obriga também os operadores a desenvolver um conjunto de deveres formais: de informação, de notificação, de comunicação, de publicitação (do tipo de actividade exercida; dos materiais utilizados e suas características; do potencial de risco; dos acidentes) – cfr, por exemplo, os deveres previstos no DL 164/2001, de 23 de Maio (sobre prevenção de riscos de acidentes graves).

Exemplo paradigmático da diversidade de conteúdo dos deveres *de facere* é a possibilidade de recorrer à fórmula aberta das “melhores técnicas disponíveis”, através da qual a Administração pode conformar (mais: ir conformando) o dever de protecção do ambiente por parte de sujeitos que desenvolvam actividades especialmente lesivas da integridade dos bens ambientais à luz das mais recentes inovações técnicas. A dinâmica de protecção potenciada por esta fórmula – que obriga a uma actualização, se não constante, pelo menos periódica das condições de exploração, em face da vertiginosa evolução tecnológica que se vive actualmente – levanta problemas de adaptação do conteúdo do dever de *facere*, eventualmente susceptíveis de repercussão no equilíbrio interno do acto autorizativo (cfr. *infra*, Parte III, Cap. II, 3.).

3.4. Características estruturais do dever fundamental de protecção do ambiente

O facto de o dever de protecção do ambiente se desdobrar em múltiplos conteúdos não inviabiliza a possibilidade de identificação de vectores de unidade, que reforçam a sua autonomia enquanto dever fundamental. O esforço construtivo que empreendemos revelou-nos quatro denominadores comuns (*ii.*), cuja compreensão necessita de uma prévia explanação (*i.*).

i.) Diga-se, para começar, que em nossa opinião a identificação da estrutura de um dever se faz apenas por recurso a elementos internos – deixamos, por isso, de fora a distinção entre deveres económicos, sociais e culturais, e a diferença entre deveres autónomos e acessórios de direitos. Depois, deve notar-se que a bipartição entre deveres positivos e negativos é uma consequência da sua composição interna, e não um ponto de partida para a classificação – assim, um dever é predominantemente-

mente positivo ou negativo consoante a predominância (ou exclusividade) de obrigações de *facere* ou de *non facere* e *pati* que albergar no seu seio.

Desta feita, o quadro em que assentam as nossas classificações contrapõe:

- *deveres uniformes* (votar, pagar impostos) a *deveres pluriformes* (dever de protecção do património cultural, dever de educação do filhos). O critério distintivo é o da permanência ou descontinuidade da conformação interna dos deveres de titular para titular;

- *deveres simples* (votar, pagar impostos) a *deveres compostos* (dever de educação dos filhos). O critério diferenciador passa pela avaliação da unidade ou pluralidade/concorrência de obrigações do mesmo titular no âmbito do cumprimento do dever;

- *deveres homogéneos* (pagar impostos) a *deveres heterogéneos* (dever de protecção do património cultural). O critério da destrinça baseia-se na natureza das posições jurídicas acessórias do dever enquanto tal: se só deveres ou se também direitos;

- *deveres perfeitos* (pagar impostos) a *deveres imperfeitos* (votar). O critério que os separa baseia-se na existência ou inexistência de estatuição sancionatória do incumprimento;

- *deveres principais* (votar) a *deveres acessórios* (recensear-se). O critério de diferenciação passa pela identificação da obrigação material em face de obrigações instrumentais. Neste caso, num mesmo dever podem coexistir vários sub-deveres, ou deveres funcionais.

ii.) Com base neste quadro, podemos afirmar que o dever fundamental de protecção do ambiente é *pluriforme* (porque assume conformações distintas), oscilando de acordo com vários factores. Inclusivamente, e isso será o normal, pode haver concorrência entre os diferentes tipos de obrigações em que se corporiza o dever na mesma pessoa, o que faz dele um dever *composto* (no sentido de ser um feixe de vinculações, de sinais eventualmente contrários)⁵²². Além disso, deve realçar-se ainda o facto de este dever contar com alguns direitos que lhe são instrumentais – o que não é o mesmo que instrumentalizados –, tais como direitos de acesso à informação, de participação procedimental e de intervenção jurisdicional, o que contribui para a sua qualificação como um dever *heterogéneo* (porque inclui direitos na sua órbita). Refira-se também que o dever de protecção do ambiente, pelo menos sempre que contextualizado no âmbito de actividades cujos efeitos sejam susceptíveis de ocasionar danos consideráveis ao ambiente, é tendencialmente *perfeito*, em virtude da sancionabilidade das condutas que atentem de forma grave contra a integridade dos bens ambientais. Por último, sublinhe-se a coexistência, no dever de protecção do ambiente, de deveres materiais (de comportamentos directamente relacionados com a promoção da qualidade ambiental ou com a prevenção de danos) e funcionais (instrumentais dos primeiros: v. g., publicitação da informação relativa à actividade da empresa).

⁵²² Simetricamente, R. ALEXY (Teoria..., *cit.*, max. 240 segs), que qualifica o *direito ao ambiente* como um direito complexo, fruto de um concurso de direitos de vária natureza.

4. O regime do dever fundamental de protecção do ambiente

Não existe na nossa Constituição uma norma que defina o regime dos deveres fundamentais. É certo que eles apresentam configurações muito diversas, mas isso não seria impeditivo para traçar um quadro de princípios que, no essencial, teriam aplicação genérica a todos eles. Tal ausência — decerto tributária do estigma que impende sobre a figura do dever fundamental — não impede a doutrina de delinear alguns traços de um possível regime, à semelhança, de resto, do que sucede relativamente aos direitos económicos, sociais e culturais⁵²³.

Assim, JORGE MIRANDA indica três limites à imposição de deveres fundamentais: a universalidade e a igualdade (artigos 12º e 13º da CRP); a proibição, sob a aparência de deveres, de imposição de restrições não autorizadas (artigo 18º/2 e 3 da CRP); a necessidade de estabelecimento de deveres por via de lei geral e abstracta e não retroactiva (artigo 18º/3, 1ª parte)⁵²⁴. CASALTA NABAIS, além de referir a universalidade e a igualdade, dá uma especial ênfase ao princípio da proporcionalidade nos seus três desdobramentos (necessidade, adequação, proibição do excesso), enquanto princípio jurídico fundamental decorrente da ideia de Estado de Direito⁵²⁵. Também GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA relevam a importância da máxima de proporcionalidade e alertam para a inaplicabilidade directa dos deveres fundamentais, sempre necessitados de mediação legislativa⁵²⁶.

O tema dos deveres fundamentais e seu regime tem sido objecto de desenvolvimento tratamento pela doutrina alemã⁵²⁷. Em Portugal, CASALTA NABAIS dedicou-lhe um capítulo (III) da primeira parte da sua dissertação de doutoramento⁵²⁸. Nestas circunstâncias, julgamos não ser, nem necessário, nem oportuno, fazer aqui um estudo aprofundado do regime dos deveres fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional português. Limitar-nos-emos a deixar breves notas sobre o quadro de princípios aplicáveis, reportando-nos em especial ao dever de protecção do ambiente.

⁵²³ No âmbito do processo de revisão constitucional de 1996/97, foram apresentadas duas propostas no sentido de alterar o artigo 16º da CRP no tocante ao esboço de um regime de criação de deveres fundamentais (projectos de revisão 3/VII, do Partido Socialista, e 4/VII, do Partido Comunista português, *in DAR*, II-A, nº 27, de 7 de Março de 1996, a págs. 16 e 33, respectivamente). Ambas assentavam nos princípios da reserva de lei e da proporcionalidade; a segunda apontava ainda para a necessidade de as leis que instituísem deveres terem carácter geral e abstracto e não poderem ser dotadas de eficácia retroactiva.

⁵²⁴ JORGE MIRANDA, *Manual...*, IV, *cit.*, p. 179.

⁵²⁵ J. CASALTA NABAIS, *O dever...*, *cit.*, pp. 139 segs. Em especial sobre o princípio da proporcionalidade e suas “tendências expansivas”, VITALINO CANAS, *Proporcionalidade (princípio da)*, *in DJAP*, VI, Lisboa, 1994, pp. 591 segs (634 segs).

⁵²⁶ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 148, 149. Realçando estes dois pontos, também J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos...*, *cit.*, p. 170.

⁵²⁷ V., entre outros, R. STÖBER, *Grundpflichten und Grundgesetz*, *cit.*; O. LUCHTERHANDT, *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland*, *cit.*; THORSTEN SCHMIDT, *Grundpflichten*, *cit.*; F. DÜHR, *Prinzip und System der Grundpflichten*, *cit.*, e os contributos reunidos em VVDStRL 41 (1983) - *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*.

⁵²⁸ J. CASALTA NABAIS, *O dever...*, *cit.*, pp. 139 a 187.

4.1. O princípio da universalidade

Todos têm a seu cargo a protecção do ambiente, sejam entidades públicas ou privadas, singulares ou colectivas (artigo 12º/1 e 2 da CRP). Esta é uma decorrência lógica do princípio da solidariedade na gestão de bens de uso colectivo tais como os bens ambientais.

A tarefa é partilhada entre o Estado e demais entidades públicas e os particulares: a responsabilidade estadual decorre do facto de o ambiente ser um bem de interesse público, vital à sobrevivência dos membros da comunidade, que o Estado tem por missão preservar e promover – artigo 9º/e) da CRP. Para as pessoas colectivas públicas, proteger o ambiente não se configura como um dever mas antes como uma atribuição, a desenvolver através de competências específicas (artigo 66º/2 da CRP).

Já a responsabilidade dos particulares resulta da especial configuração do ambiente enquanto bem (ou conjunto de bens) de uso colectivo, sendo-lhe especificamente assacada pelo artigo 66º/1, 2ª parte, da CRP. Esta disposição constitui o fundamento material de conformação legislativa e concretização administrativa das obrigações de todos e de cada um dos titulares do dever de protecção do ambiente.

4.2. O princípio da igualdade

O princípio da igualdade, consagrado no artigo 13º da CRP, não visa uma atribuição igualitária de direitos e deveres, mas sim um investimento equitativo de cada um no estatuto constitucional que o conjunto das suas características, físicas, sociais, económicas, culturais, determinar. A igualdade pretendida pela Constituição é uma igualdade jurídica, em parte reconhecida, em parte construída: o reconhecimento é herança do Estado liberal, que prezava a igualdade perante a lei; a construção é empenho do Estado Social, e traduz-se na igualdade através da lei. A existência de discriminações positivas é uma das situações susceptíveis de desequilibrar o estatuto constitucional do indivíduo em face dos seus pares, mas não é a única.

A ideia que queremos transmitir é sobejamente conhecida: o princípio da igualdade obriga a tratar igual o que é igual e desigual o que é desigual, na medida da diferença. Ponto é que a diferença se funde em elementos objectivos e não em motivos arbitrários. Aplicada à matéria dos deveres, esta máxima corresponde a sublinhar, por um lado, que a oneração dos cidadãos com determinados deveres não se há-de traduzir na imposição de encargos arbitrários. Mas também permite inferir, por outro lado, que a titularidade de deveres pode não ser objecto de repartição igualitária.

No caso do dever de protecção do ambiente, já vimos que este assume conteúdos muito díspares consoante as características do destinatário, nomeadamente conforme as actividades desenvolvidas por este. A diferenciação é notória relativamente a todos aqueles que se dediquem à exploração de actividades com alto potencial lesivo dos bens ambientais. O agravamento da intensidade do dever de proteger o ambiente nestas situações, com a acumulação de obrigações positivas e negativas na esfera jurídica do empresário, é plenamente compreensível e justificável à luz de factores objectivos.

4.3. O princípio da proporcionalidade

Sem qualquer pretensão de originalidade, sublinhe-se que, constituindo a imposição de qualquer dever uma restrição ao princípio geral de liberdade em que assenta o nosso sistema de direitos fundamentais — uma liberdade que visa tornar possível a realização social do indivíduo, logo, uma liberdade responsável —, a previsão de deveres fundamentais deve obedecer, em primeiro lugar, a um princípio de essencialidade, que se traduz na comprovação da necessidade do seu estabelecimento à luz da ordem valorativa subjacente ao sistema constitucional. Parafraseando STOBER, o legislador ordinário não está obrigado a estabelecer deveres — salvo, diríamos nós, se a norma constitucional não se limitar a consubstanciar uma habilitação, mas antes constituir uma ordem de legislar⁵²⁹ —, antes pelo contrário: só pode fazê-lo no âmbito de uma determinada ponderação valorativa (*bestimmte Wertentscheidung*), no sentido da clarificação das opções constitucionais e numa lógica de pedagogia⁵³⁰.

O dever de proteger o ambiente, nas suas múltiplas configurações, resulta justamente de ponderações valorativas que, de forma algo simplista, contrapõem a necessidade de protecção dos valores ambientais ao imperativo de desenvolvimento económico e social — forjando, para cada sociedade, o padrão de “desenvolvimento sustentado”. A acção do legislador ordinário, perante a fórmula aberta da Constituição, tem que encontrar um justo equilíbrio entre ambos os pólos, sendo certo que o carácter vital (mais ou menos imediato) dos bens ambientais tanto força a barreira da simples sensibilização num sentido mais constrangente, como requer alguma folga relativamente às actuações a adoptar e a omitir. Por outras palavras, a indispensabilidade da instituição de deveres ambientais tem que assentar no pressuposto de que a natureza é uma realidade utilizável e, em consequência, de que só a partir de um certo nível de intolerância dos recursos perante as intervenções humanas se pode proibir ou impôr actuações.

Em segundo lugar, o conteúdo concreto do dever, em face das situações específicas, há-de revelar-se adequado em função dos objectivos cuja prossecução se almeja. A variabilidade e mutabilidade da realidade ambiental desloca, na grande maioria das situações, a conformação concreta do dever para as mãos do aplicador do Direito, seja ele a Administração (no caso do estabelecimento e controlo das obrigações em que se traduz a protecção do ambiente) ou o Juiz (responsável pela constatação da violação das obrigações prescritas, *maxime* de natureza penal). A utilização de conceitos indeterminados é uma constante no domínio ambiental, em virtude da necessidade de constante revisão e adaptação dos pressupostos de aplicação da norma. O que investe o legislador numa responsabilidade acrescida no sentido da fixação de balizas firmes mas flexíveis, suficientemente densas para assegurar um mínimo de

⁵²⁹ Pensamos, por exemplo, no dever de pagar impostos (assente no artigo 103º/2 e 3 da CRP), que não está claramente na disponibilidade do legislador ordinário (embora a configuração concreta do sistema fiscal dependa das opções conjunturais da política económica do Governo). Numa situação de ausência total de previsão de obrigações fiscais, estaríamos sem dúvida ante um exemplo de inconstitucionalidade por omissão, o que significa que, sem embargo da sua faceta restritiva, alguns deveres fundamentais, precisamente em virtude do seu relevo no âmbito da ordem constitucional instituída, não só não podem, como não devem, ficar sem mediação legislativa.

⁵³⁰ R. STOBER, *Grundpflichten...*, *cit.*, pp. 475 e 479. No mesmo sentido, P. BADURA, *Grundpflichten...*, *cit.*, p. 867, 868.

estabilidade mas também permeáveis o bastante para salvaguardar a margem de eficácia da actuação administrativa e judicial (v. *infra*, 4.4.1.1.).

Finalmente, em terceiro lugar, a “carga” imposta ao destinatário não deve revelar-se excessiva, nem na fixação de condutas concretas — leia-se: de cumprimento facticamente impossível ou cujo cumprimento redunde numa afectação intolerável do núcleo essencial da liberdade do sujeito —, nem no sancionamento do desrespeito por tais condutas. A vertente pedagógica do dever de protecção do ambiente, essencial para o seu enraizamento na consciência dos cidadãos, joga-se nesta exigência de equilíbrio entre o ecologicamente desejável e o humanamente possível: se o legislador for demasiado exigente, sujeitar-se-á ao incumprimento; se for demasiado condescendente, tem pela frente a indiferença. O ponto óptimo neste domínio, contudo, não se alcança apenas com base no labor do jurista, mas e sobretudo a partir de um processo de familiarização da população com os valores da solidariedade ambiental.

Estes são, ao cabo e ao resto, os critérios do artigo 18º/2 e 3 da CRP aplicados, por maioria de razão, à operação de determinação da existência e do conteúdo dos deveres fundamentais, assimilando-os a restrições de direitos fundamentais para efeitos de sujeição aos parâmetros do princípio da proporcionalidade. Sem negar a valência autónoma dos deveres fundamentais, ou seja, sem aceitar a tese que defende a sua recondução a meros limites aos direitos, julgamos ser de aproveitar a ideia de razoabilidade que deriva da fórmula do artigo 18º/2 e 3 da CRP nesta sede, independentemente de se aceitar a aplicação do princípio da proporcionalidade no ordenamento constitucional para além da matéria dos direitos, liberdades e garantias. A filiação da proporcionalidade como medida do estabelecimento de deveres fundamentais no artigo 18º da CRP, disposição expressamente dedicada ao regime de uma categoria especial de direitos fundamentais, não só acentua a componente dos deveres como integrante do estatuto constitucional do indivíduo no Estado Social de Direito, como se explica dogmaticamente, em virtude da estreita ligação — jurídica, ainda que não ontológica — entre os conceitos de restrição de direitos e dever fundamental.

Com efeito, por um lado, a definição do cidadão socialmente responsável passa hoje, quer pelo reconhecimento de direitos, quer pela imputação de deveres em face do Estado e dos demais membros da comunidade, sendo que a fixação dos conteúdos de ambas as categorias se há-de pautar por critérios de ordenação racional para os quais o princípio da proporcionalidade concorre de forma determinante. Por outro lado, ainda que a restrição de direitos, para efeitos da densificação da ordem de valores constitucional, se configure como uma operação substancialmente diversa da criação de deveres, os parâmetros de proporcionalidade são identicamente aplicáveis, por maioria de razão, em sede de deveres fundamentais, na medida em que, em abstracto, estamos sempre perante uma limitação do espaço de liberdade do indivíduo (este facto justifica, aliás, também a proibição de criação retroactiva de deveres).

4.4. O princípio da reserva de lei

Os deveres fundamentais constituem, como já se disse, o contraponto da liberdade de que goza o indivíduo no Estado de Direito, acentuando a responsabilidade

social que o onera. Nessa perspectiva, a sua estatuição há-de estar reservada à lei formal. Com efeito, se o regime dos direitos, liberdades e garantias – criação, modificação e extinção – integra a reserva relativa de competência do Parlamento [artigo 165º/1/b) da CRP], porque “a lei que serve de garantia da liberdade repousa na representação política”⁵³¹, também a criação, modificação e extinção de deveres fundamentais, por maioria de razão, lhe há-de competir⁵³².

Na lição de GOMES CANOTILHO, a reserva de lei tem uma dupla dimensão: negativa e positiva. “A dimensão negativa significa que nas matérias reservadas à lei está proibida a intervenção de outra fonte de direito diferente da lei (a não ser que se trate de normas meramente executivas da administração). Em termos positivos, a reserva de lei significa que, nessas mesmas matérias, a lei deve estabelecer ela própria o respectivo regime jurídico, não podendo declinar a sua competência normativa a favor de outras fontes”⁵³³. É, ao cabo e ao resto, o espelho da evolução histórica, de um estágio em que a legalidade se traduzia apenas em mera preferência de lei para um nível em que da lei se exige que constitua o fundamento de actuação dos poderes públicos, *maxime* da Administração (sobretudo num quadro constitucional em que ao Governo, órgão executivo por excelência, também são reconhecidas competências legiferantes, como o português).

“Numa dimensão menos exigente, legalidade equivale a não desconformidade da actividade administrativa e jurisdicional com a norma jurídica, seja qual for; e, num alcance mais significativo, não desconformidade com a norma legislativa (quando esta exista). Mas aí onde a Constituição imponha reserva de lei, legalidade não implica somente *prevalência* ou *preferência* de lei, nem sequer *prioridade de lei*; traduz-se em sujeição ao conteúdo dos actos administrativos e jurisdicionais aos critérios, aos valores, ao sentido imposto pela lei como acto legislativo; envolve, senão *monopólio normativo* (reserva absoluta), pelo menos *fixação primária de sentido normativo* (reserva relativa) pela lei”⁵³⁴.

A relevância do princípio da reserva de lei neste âmbito joga-se em duas vertentes. Em primeiro lugar, na medida em que o dever fundamental de protecção do ambiente é, em muitas situações, *um dever por causa de um direito* – e este tem, normalmente, a natureza de direito, liberdade ou garantia –, a compressão de tal posição jurídica não

⁵³¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, V, Coimbra, 1997, p. 199. Fazendo uma leitura actualista do princípio da reserva de lei, considerando a idêntica legitimidade material de Parlamento e Governo (porque as eleições parlamentares são “escolhas directas do Governo e do Primeiro-Ministro e só jurídica e mediamente eleição de deputados”), J. REIS NOVAIS desvaloriza o argumento do princípio democrático como fundamental na compreensão da reserva de lei, que se transformaria num princípio de reserva de norma jurídica (*As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, pp. 823 segs – a citação é da pág. 838).

Já no que concerne ao argumento da maior racionalidade – no sentido da abertura ao debate de ideias e da transparência (funções de publicização da lei e de protecção) –, o Autor identifica-o como o factor mais objectivamente justificativo da manutenção da noção (*idem*, p. 839). Chamando também a atenção para o factor da publicidade de questões comunitariamente relevantes como critério justificativo da intervenção parlamentar, M. AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, Porto, 1992, pp. 405 segs. Voltar-se-á ao tema na Parte II, Cap. II, 1.3..

⁵³² Pensamos ser este argumento por maioria de razão que leva JORGE MIRANDA a referir a aplicação, em sede de deveres fundamentais, do artigo 18º/3, 1ª parte, da CRP.

⁵³³ J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, *cit.*, p. 726.

⁵³⁴ JORGE MIRANDA, *Manual...*, V, *cit.*, p. 216.

deve ignorar a necessidade de intervenção legislativa qualificada, pela Assembleia da República ou pelo Governo, sob autorização legislativa concedida por aquela, nos termos do artigo 165º/2 da CRP. O princípio da reserva de lei é aqui aplicável directamente, em razão da assimilação – material – da figura do dever fundamental à noção de restrição.

Em segundo lugar, a reserva de lei obriga à definição mínima do conteúdo das prestações, quer das exigíveis ao Estado, tratando-se de direitos, quer das susceptíveis de imposição aos particulares, no campo dos deveres. Estes implicam uma redução do âmbito de liberdade individual, gravando-a com obrigações concretizadoras de responsabilidades sociais de vária ordem, as quais, por imperativos de segurança jurídica e proibição de arbítrio (princípios filiados na ideia de Estado de Direito democrático), hão-de estar inseridas em normas cujo conteúdo revista um razoável grau de determinabilidade. O princípio da reserva de lei sofre, nesta vertente, uma aplicação indirecta, com base num argumento de maioria de razão, em sede de deveres fundamentais.

4.4.1. As compressões do princípio da reserva de lei:

Perturbações a este esquema existem, porém, e de duas ordens. Por um lado, a montante, a reserva de lei sofre uma compressão decorrente da decomposição do ordenamento jurídico em sucessivas camadas de normas, provenientes de fontes internacionais⁵³⁵. A subordinação da lei ordinária aos parâmetros do Direito Internacional é o reflexo de uma hierarquia que privilegia o princípio da boa-fé nas relações internacionais, e mais concretamente o princípio *pacta sunt servanda* (consagrado no artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados) – alicerces de uma convivência harmónica dos sujeitos da comunidade internacional e factores preventivos da utilização de mecanismos de efectivação da responsabilidade internacional. Desta feita, o legislador ordinário – e, designadamente, o Parlamento, enquanto legislador preferencial em sede de direitos, liberdades e garantias – vê-se confrontado com uma pré-determinação do conteúdo da lei por normas de fonte internacional que não deve contrariar, facto que comprime naturalmente o âmbito da reserva de

⁵³⁵ PAULO OTERO fala de um “descentramento estadual da legalidade” – *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, 2003, pp. 147 segs.

lei. Este problema será abordado em a)⁵³⁶.

Por outro lado, a jusante, a reserva de lei é desafiada pela revalorização inevitável da discricionariedade administrativa no contexto do Estado Social. O alargamento do espectro das zonas de intervenção estadual, seja a título directo, seja a título indirecto – nas vestes de regulador –, acrescido da aceleração dos fenómenos sociais induzida pela técnica, obriga a lei a desmultiplicar as suas fórmulas, flexibilizando-as de forma a permitir a cobertura, ainda que remota, dos factos da vida, através da concessão à Administração (e ao Juiz) de poderes de (re)construção permanente de objectivos. Tal abertura à discricionariedade provoca convulsões internas, afectando a lei na sua determinabilidade, garantia dos destinários – *maxime*, de normas de deveres – em face dos poderes públicos. Esta questão será equacionada em b).

a) Externas: a plurilocalização de emissões normativas

As normas de Direito Internacional, sempre que incidirem sobre a matéria da gestão e conservação de bens ambientais, podem condicionar o âmbito do princípio da reserva de lei. Condicionam-no, em primeira linha, no plano material, uma vez que a *internacionalização* da regulação de uma determinada questão – a qual tem como contraponto a abdicação, total ou parcial, da autonomia normativa no âmbito decisional específico – implica sempre a perda, maior ou menor, de competência normativa interna (pelo menos enquanto a convenção se mantiver em vigor, ou o

⁵³⁶ A doutrina portuguesa tem-se pronunciado maioritariamente no sentido da suprallegalidade do Direito Internacional convencional – J. MOTA DE CAMPOS, *A ordem constitucional portuguesa e o Direito Comunitário*, s/ local, 1981, pp. 174 segs; A. GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Coimbra, 1993, pp. 119 segs; MARIA LUÍSA DUARTE, *O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição (notas de uma reflexão crítica)*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, s/ data, pp. 665 segs, 696, 697; JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 2ª ed., Cascais, 2004, pp. 158, 159 segs; D. FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, I, Coimbra, 2004, pp. 567 segs.

PAULO OTERO surge isolado na defesa da paridade hierárquica – *A Autoridade...*, *cit.*, pp. 178 segs (nota 18); *idem*, *O valor hierárquico-normativo do Direito Internacional Público na ordem jurídica portuguesa*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. Silva Cunha*, Coimbra, 2005, pp. 697, *max.* 703 segs. Sem querer entrar a fundo na questão, sempre diremos que, se é verdade que a Constituição não toma posição expressa nesse sentido, limitando-se a deixar pistas de resolução do problema, ainda assim não nos parece, salvo o devido respeito e melhor reflexão, que os argumentos do insigne Professor sejam decisivos no sentido que propugna. Nomeadamente, parece-nos que o princípio *pacta sunt servanda*, pelo seu papel central na manutenção da paz jurídica ao nível da comunidade internacional, se não é *jus cogens*, integra seguramente o lote de princípios de Direito Internacional Público geral ou comum, que o próprio Autor reconhece gozarem de um valor supraconstitucional, por força do artigo 8º/1 da CRP (no mesmo sentido, D. FREITAS DO AMARAL, *Manual...*, *cit.*, pp. 570, 571).

Além disso, a invocação, quer dos princípios da soberania nacional e da independência, quer da proibição de renúncia tácita à competência por parte dos órgãos legislativos portugueses, sendo correcta, não invalida, antes confirma, a constatação da possibilidade de desaplicação da norma internacional com fundamento em inconstitucionalidade por parte dos tribunais, com base no artigo 204º da CRP. Por fim, a utilização do argumento da renovação da legitimidade democrática para justificar a alteração das opções políticas reflectidas numa convenção internacional parece ignorar um princípio básico de Direito Internacional Público, o princípio da continuidade do Estado, e esquece que, nessas situações, a melhor forma de solucionar a questão é a da desvinculação do Estado nos termos específicos estabelecidos no instrumento internacional.

Estado a não denunciar, ou não exercer o direito de recesso). É neste sentido que falamos em compressão da reserva de lei.

Há que destrinçar, desde logo, o Direito Comunitário (*ii.*) do Direito Internacional, geral e convencional (*i.*), na medida em que o modelo de integração comunitária proporciona um dinamismo normativo bem diverso daquele que é normalmente observável no seio dos mecanismos de cooperação internacional clássicos. Não cabe aqui descrever tal diferença, nem tão-pouco explicar a teia de possibilidades normativas no âmbito da ordem jurídica comunitária, mas apenas chamar a atenção para alguns aspectos que podem interferir com a problemática da conformação legislativa do dever fundamental de protecção do ambiente.

i.) Começando pelo Direito Internacional, a interferência formal com o princípio da reserva de lei é, na maioria dos casos, relativa. Isto porque, e sem embargo da incorporação imediata das normas de direito internacional – convencional – na ordem jurídica portuguesa por efeito da publicação do texto do instrumento que as suporta no Diário da República, nos termos do artigo 8º/2 da CRP (desde que tenham adquirido vigência no plano internacional e enquanto vincularem o Estado português), raras são as convenções internacionais que acolhem disposições de carácter *self-executing* (e mais raros ainda os casos de normas de Direito Internacional geral ou comum que revestem tal característica⁵³⁷). E mesmo que as prevejam, o processo negocial que antecede a sua vigência, o qual culmina com a aprovação do texto pela Assembleia da República (com possibilidade de aposição de reservas, nos termos do artigo 19 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados) viabiliza o controlo por parte deste órgão do conteúdo das normas convencionais, permitindo-lhe obstar a invasões mais ou menos assumidas do domínio da reserva legislativa na matéria em causa.

Neste caso, a compressão formal da reserva é “consentida”. Isto por força da supervisão próxima do conteúdo das normas convencionais exercida pelo Parlamento, que tem a palavra final no sentido da aprovação ou não aprovação, quer de tratados, quer de acordos “que versem matérias da sua competência reservada” celebrados pelo Governo [artigo 161º/i) da CRP]. O Parlamento, cioso das matérias da reserva, e sobretudo se se tratar de direitos, liberdades e garantias, assegurará a observância dos limites daquela, em homenagem aos princípios da soberania e democrático (artigos 1º e 2º da CRP).

Se, de alguma sorte, tal controlo não for correctamente realizado, permitindo uma compressão real de aspectos integrantes da reserva de lei – ou seja, a norma convencional assumiu como seus elementos que só a lei poderia incorporar, à luz da Constituição –, haverá sempre a possibilidade de desaplicação da norma em questão com fundamen-

⁵³⁷ Estas normas, de acordo com o artigo 8º/1 da CRP, fazem parte integrante do Direito português, constituindo-se mesmo algumas como limites heterónomos de carácter geral do poder constituinte (no caso de serem normas de *jus cogens* incorporando princípios de Direito natural, podem até, pensamos, revelar-se a título de limites transcendentais daquele poder) – cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 4ª ed., Coimbra, 2000, pp. 108 a 110, e PAULO OTERO, *Legalidade...*, *cit.*, pp. 588, 589. Assim sendo, ainda que pontualmente possam ter por destinatários directos os particulares (e não os Estados ou outros sujeitos institucionais de Direito Internacional), o artigo 8º/1 legitima a sua primazia sobre o princípio da reserva de lei, porque procedeu à sua “constitucionalização genérica” (PAULO OTERO, *Legalidade...*, *cit.*, p. 591).

to em inconstitucionalidade material⁵³⁸ (sem cuidar agora dos problemas de responsabilidade internacional por incumprimento que tal desaplicação pode levantar), em sede de fiscalização sucessiva da constitucionalidade (artigos 204º e 280º da CRP).

ii.) Estando em causa o Direito Comunitário, a compressão agrava-se muito sensivelmente. Na verdade, muito embora sendo Direito Internacional especial⁵³⁹, por força da circunscrição geográfica regional (cada vez mais ténue, tendo em consideração o alargamento a Leste), o Direito Comunitário tem uma vocação totalizante, hoje plenamente assumida com o objectivo de integração política⁵⁴⁰. À comunitarização de base efectuada pelo Tratado de Roma — a qual, tendo começado pelas políticas comercial, agrícola e de transportes, se espraia actualmente pelos domínios elencados no artigo 3, ainda que com diferentes graduações —, acresce um tecido normativo avassalador, fruto de uma intensa actividade de segregação legislativa por parte dos órgãos comunitários e de consolidação interpretativa pelo Tribunal de Justiça, que se impõe a todos os novos membros, a título de *acquis communautaire* irrenunciável. É relativamente a esta teia que cumpre averiguar da sua eventual interferência formal com o princípio da reserva de lei.

Procedendo a uma delimitação inicial pela negativa, note-se que, nos termos dos artigos 3/1/l) e 174 e seguintes do Tratado de Roma, a política de ambiente não foi comunitarizada, o que tem significado, na prática, o recurso à directiva como instrumento de harmonização legislativa. Isso equivale a dizer que, salvo perante hipóteses de normas de conteúdo claro, preciso e incondicional invocadas directamente pelos particulares contra o Estado (uma vez esgotado o prazo de transposição), cuja regulação absorva aspectos necessariamente objecto de fixação legislativa, o princípio da reserva de lei ficará salvaguardado. Ou seja, descontadas tais situações, somos obrigados a concluir que, por força da inevitabilidade da operação de transposição de tais actos para o Direito interno (cfr. os artigos 8º/3 e 112º/9 da CRP, e 249 do Tratado de Roma), o seu conteúdo será transformado em lei ou decreto-lei, desvanecendo-se assim a hipótese de violação (mais uma vez se sublinha: formal⁵⁴¹)

⁵³⁸ Apontamos para inconstitucionalidade material porque, apesar de se tratar de uma situação de desvio das regras de competência, nomeadamente de usurpação de competência legislativa reservada por uma entidade internacional — que redundaria em inconstitucionalidade orgânica —, a qual se reconduz, nos termos do artigo 277º/2, *in fine*, da CRP, à “violação de uma disposição fundamental” (sem embargo da dificuldade de preenchimento de tal fórmula — cfr. J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição...*, *cit.*, p. 999), é precisamente a sua fundamentalidade no esquema interno de repartição de competências (nomeadamente, no que toca à matéria em causa e à sua inclusão na reserva de competência da Assembleia) que faz primar a vertente material da inconstitucionalidade.

⁵³⁹ Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito das Comunidades e Direito Internacional Público*, Lisboa, 1984, pp. 403 segs., *max.* p. 408.

⁵⁴⁰ Neste sentido, L. M. DIÉZ-PICAZO, afirmando que a Comunidade Europeia é uma organização política que só se diferencia do Estado por não prosseguir uma universalidade de fins — *Reflexiones sobre la idea de Constitución europea*, *in RIE*, vol. 20, 1993, nº 2, pp. 533 segs., 549. Antes de Maastricht, momento em que esse desígnio foi verbalizado, a susceptibilidade de extensão do domínio de intervenção da Comunidade fazia-se por recurso à conjugação entre o artigo 235 e o artigo 2 do Tratado de Roma.

do princípio da reserva de lei.

No entanto, a interrelação entre o ambiente (sobretudo na acepção ampla, subjacente aos primeiro e segundo travessões do n.º 1 do artigo 174 do Tratado de Roma) e domínios tais como a indústria, a agricultura, a pecuária, ou a alimentação e a biotecnologia – os quais, por força da extensão tentacular de objectivos comunitários, vêm a sua regulação crescentemente captada, pelo menos no plano das directrizes fundamentais, pela voracidade legislativa da Comunidade –, abre as portas a intervenções legislativas comunitárias pela via do regulamento. Em hipóteses deste tipo (bem como naquelas a que fizemos referência *supra*, de normas com efeito directo incluídas em directivas), o problema da invasão da reserva de lei recoloca-se e pode ter, num esquema simplificado, uma de duas soluções:

- as normas em causa são emanadas dos órgãos comunitários com base em habilitações específicas que concretizam atribuições (artigos 2 e 3 do Tratado de Roma), ou seja, que lhes reconhecem competência para conformar, através daquele instrumento legislativo, as situações de facto (cfr. o artigo 5, §1.º, do Tratado de Roma). Sendo a norma formalmente válida, do ponto de vista comunitário, os princípios da unidade do Direito Comunitário e da lealdade comunitária (cfr. o artigo 10 do Tratado de Roma), reconhecidos e aceites pela nossa Constituição nos artigos 7.º/5 e 6, e 8.º/3, obrigam ao seu respeito, desde que observem os princípios constitucionais fundamentais (mais literalmente: os “princípios fundamentais do Estado de Direito democrático”, nos termos do artigo 8.º/4 da CRP), preterindo a eventual inconstitucionalidade decorrente da violação do princípio da reserva de lei;

- as normas em causa são emanadas dos órgãos comunitários sem base em habilitações específicas, ou seja, o Tratado não lhes reconhece competência para conformar aquelas situações de facto. Independentemente dos remédios jurisdicionais comunitários para fazer face à invalidade de normas contidas em regulamentos (a acção de anulação, conforme prevista nos §§1.º e 2.º do artigo 230 do Tratado de Roma, eventualmente acompanhada de providências cautelares decretadas ao abrigo dos artigos 242 e 243 do mesmo Tratado), os particulares terão sempre forma de se opor à aplicação de tais normas suscitando uma questão prejudicial de validade junto do tribunal nacional, nos termos do artigo 234 do Tratado de Roma (embora esta possibilidade esteja dependente da existência de um acto nacional de aplicação)⁵⁴².

⁵⁴¹ A ressalva prende-se com o facto de os órgãos legiferantes internos deverem transpor fielmente as directivas comunitárias, o que naturalmente redundará na perda de autonomia de regulação da matéria que teriam, caso não existisse essa pré-determinação. Daí que, ainda que não exista uma violação do ponto de vista formal, existe um condicionamento material da liberdade de conformação do órgão.

⁵⁴² Um caso recente de actuação *ultra vires* da Comunidade, em matéria ambiental, foi objecto de análise pelo TJCE no Acórdão de 13 de Setembro de 2005, no qual o Tribunal deu o seu aval à harmonização em matéria penal ambiental. Cfr. uma crítica a esta jurisprudência levada a cabo por MARIA LUÍSA DUARTE, *Tomemos a sério os limites de competência da União Europeia*, in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, II, Coimbra, 2006, pp. 357 segs. V. também C. AMADO GOMES, *Jurisprudência dirigente ou vinculação à Constituição? Pensamentos avulsos sobre o Acórdão do TJCE de 13 de Setembro de 2005*, in *RMP*, n.º 107, 2006, pp. 213 segs.

Realce-se que estamos a abordar o problema da violação da reserva de lei, neste momento, de uma perspectiva puramente orgânica, i. e., abstraindo do concreto conteúdo da norma, o qual pode afrontar disposições constitucionais relativas à matéria dos direitos, liberdades e garantias e, nessa medida, padecer de inconstitucionalidade material. Tal situação será, decerto, de difícil ocorrência, tendo em consideração o crescente reforço da vinculação comunitária aos direitos fundamentais, primeiro pelo apelo jurisprudencial aos princípios gerais de Direito comuns aos Estados-membros e à Convenção Europeia dos Direitos do Homem; depois, com a consagração textual, no Tratado de Maastricht, do imperativo de observância dos princípios “da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de Direito” (artigo F, actual artigo 6 do Tratado da União Europeia), cuja violação pode levar até à suspensão de alguns direitos dos Estados-membros (cfr. o artigo 7/1 e 2 do Tratado de União Europeia, com as alterações introduzidas pelo Tratado de Nice); finalmente, com a proclamação de uma Carta de Direitos Fundamentais pela qual se devem pautar as instituições comunitárias na sua actividade política e legislativa, que se tornará vinculativa para as instituições com a entrada em vigor da Constituição europeia.

Assim, no que toca à determinação do conteúdo do dever de protecção do ambiente, constata-se que, se a influência do Direito Internacional só muito pontualmente se fará sentir de forma directa, já o Direito Comunitário, sobretudo derivado, pela via dos regulamentos (bem como, em casos caracterizados, das directivas), é susceptível de carrear normas imediatamente conformadoras das obrigações concretas do particular para com os bens ambientais. E, num plano prévio à questão da reserva de lei mas que lhe é naturalmente pressuposto, não pode deixar de se sublinhar que a *coloração verde* da nossa ordem jurídica – através de diplomas tão relevantes como os relativos à protecção da fauna e flora, ao procedimento de avaliação de impacto ambiental, ou à licença ambiental, só para dar alguns exemplos – é, em grande parte, fruto do entretecer normativo de diplomas que transpõem directivas comunitárias.

b) Internas: a abertura à discricionariedade administrativa

Num momento em que a Administração, por força do alargamento das tarefas do Estado, ganha poderes de *recriação* da lei, no sentido de conformar as directrizes traçadas pelo legislador de acordo com a evolução da configuração dos interesses públicos, a reserva de lei sofre um inequívoco abalo. Isto porque, sem embargo da manutenção da lei como factor de garantia das posições jurídicas subjectivas, a formulação das normas que a integram deixa transparecer convulsões internas, por força da necessidade de operacionalização da lógica de direcção por objectivos, concedendo à Administração uma margem de ponderação compositiva dos vários interesses em presença⁵⁴³.

O fenómeno da discricionariedade administrativa, aliado a variações próximas

⁵⁴³ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., p. 733.

tais como a margem de livre apreciação (que, não implicando escolhas finais, envolve juízos valorativos de experiência feitos⁵⁴⁴), veio baralhar o esquema rígido de enunciação da fórmula legal, com tradicional vocação de plenitude definitiva, sobretudo no plano da estatuição. A esta inevitável manobra de esvaziamento do princípio da reserva de lei — face à pressão dos factos da vida — foi oposta, pela jurisprudência constitucional alemã, uma teoria que pretende preservar para certos domínios um reduto de intocabilidade. Trata-se da conhecida teoria da essencialidade (*Wesentlichkeitstheorie*)⁵⁴⁵: à lei o que é essencial e só o que é essencial, sendo que a definição de critérios de essencialidade cabe, em última análise, ao Tribunal Constitucional⁵⁴⁶.

A ideia de essencialidade visa justificar a *expropriação* da lei da tarefa de fixação de aspectos fundamentais para a garantia das posições jurídicas individuais, conservando o sentido último da reserva no confronto com a abertura incontornável da lei à discricionariedade administrativa⁵⁴⁷. A reserva de lei, que na sua origem tem a preocupação de garantia dos particulares face ao poder, conteria em si mesma um *veneno* letal — a paralisia da acção administrativa, gravemente nociva para o interesse público e, por reflexo, tendo em consideração a faceta da Administração prestadora, também fortemente penalizadora dos particulares. O *antídoto* foi encontrado com a teoria da essencialidade, que permite salvar a face do princípio da reserva da lei (e dos princípios democrático e da segurança jurídica) e, simultaneamente garantir à Administração uma base habilitante da sua actuação, quer material, quer de conformação das situações jurídicas dos particulares.

É a permanente mutação do interesse público, fruto de ponderações e reponderações constantes de factores sociais, económicos, culturais, ambientais, que obriga a *desamarrar* a Administração de pressupostos rígidos e a vincula a fórmulas cada vez mais abertas, as quais, em grande parte dos casos, se reduzem a meras definições de competências-base em âmbitos específicos. Este fenómeno de *geometria variável* do interesse público, do qual a Administração é a única gestora potencialmente capaz, força a lei a abdicar de um desígnio irreal de protecção estática para se deixar incorporar por quadros normativos que permitam a protecção dinâmica dos interesses individuais⁵⁴⁸.

“De facto, uma concepção de reserva de lei que identificasse abusivamente quaisquer poderes discricionários ou margem não heterodeterminada da Administração como um *mal* incompatível com o Estado de Direito ou que nele só seria tolerado

⁵⁴⁴ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987, pp. 110 e 131 segs; B. DINIZ DE AYALA, *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*, Lisboa, 1995, p. 244; DAVID DUARTE, *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*, Coimbra, 1996, pp. 337 segs.

⁵⁴⁵ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *cit.*, pp. 95 segs; J. REIS NOVAIS, *As restrições...*, *cit.*, pp. 852 segs.

⁵⁴⁶ Quem o afirma é M. KLOEPFER (*apud* J. REIS NOVAIS, *As restrições...*, *cit.*, p. 853).

⁵⁴⁷ Na expressão de J. REIS NOVAIS, a teoria da essencialidade consegue “a síntese mais feliz do legado histórico da *reserva de lei*” e revela-se como a solução “mais apta a acompanhar as novas solicitações determinadas pelas mutações do Estado de Direito democrático” — *As restrições...*, *cit.*, p. 852.

⁵⁴⁸ Sobre as técnicas normativas de atribuição de discricionariedade, DAVID DUARTE, *Procedimentalização...*, *cit.*, pp. 349 segs.

residualmente — explica REIS NOVAIS —, conduziria, não apenas a uma violação da dimensão positiva do princípio da separação de poderes por sobrecarga do legislador e, conseqüentemente, do poder judicial relativamente à Administração, como conduziria, em última análise, à violação das exigências da proporcionalidade e da justiça de caso concreto, já que impediria a Administração de discernir, porque isso só pode ser feito no caso concreto, quando e quanto é necessário restringir um direito fundamental ou bem carente de protecção jurídica em ordem a uma adequada composição ou optimização de realização dos bens em conflito”⁵⁴⁹.

Ou seja: a lei, para ser *ainda* garantia da segurança jurídica, tem que determinar os aspectos essenciais da regulação de certa matéria, densificando a norma na medida do possível; porém, a lei, para ser *também* garantia da eficácia, não admite uma excessiva determinação da hipótese legal, sob pena de inviabilização de prossecução dos interesses públicos pela Administração. Assim, pode afirmar-se, como faz PAULO OTERO, que “a legalidade tem um campo de operatividade vinculativa mais vasto mas, em contrapartida, o conteúdo da sua dimensão jurídico-positiva encontra-se debilitado e aponta, paradoxalmente, para um maior protagonismo ou «activismo» dos órgãos administrativos na aplicação ou realização constitutiva do Direito”⁵⁵⁰.

Na síntese do Tribunal Constitucional, “a questão da relevância do princípio da precisão ou determinabilidade das leis anda associada de perto à do princípio da reserva de lei e reconduz-se a saber se, num dado caso, o âmbito da previsão normativa da lei preenche ou não requisitos tidos por indispensáveis para se poder afirmar que o seu conteúdo não consente a atribuição à Administração, enquanto executora da lei, de uma esfera de decisão onde se compreendem elementos essenciais da própria previsão legal, o que, a verificar-se, subverteria a ordem de repartição de competências entre o legislador e o aplicador da lei” (Acórdão 285/92)⁵⁵¹. É precisamente o ponto de equilíbrio entre o respeito pela separação de poderes e a salvaguarda de espaço de manobra efectivo para o desenvolvimento da missão constitucional que a Administração tem a seu cargo (artigo 266º/1 da CRP) que cumpre encontrar, caso a caso, na construção da fórmula legal.

Enfim, a questão para a qual queremos chamar a atenção é a seguinte: o recurso, cada vez mais intenso, do legislador a fórmulas competenciais abertas, no sentido de permitir à Administração moldar os seus poderes de decisão em função de objectivos em composição permanente — designadamente no campo do Direito do Ambiente, onde a instabilidade das componentes naturais agravada pela incessante pressão da técnica espelha de forma exemplar esta *realidade em ebulição* —, realça uma componente material da reserva de lei a que cabe fazer uma breve referência: o princípio da determinabilidade da lei.

⁵⁴⁹ J. REIS NOVAIS, *As restrições...*, *cit.*, p. 844 (leiam-se também as considerações do Autor a págs. 769 segs).

⁵⁵⁰ PAULO OTERO, *Legalidade...*, *cit.*, p. 292.

⁵⁵¹ Acórdão do Tribunal Constitucional 285/92, *in DR I*, 17 de Agosto de 1992, pp. 3962 segs, 3974.

4.4.1.1. O princípio da determinabilidade da lei

No domínio do ambiente, a utilização de conceitos tais como “normas de qualidade”, “valores-limite”, “melhores técnicas disponíveis” a título de pressupostos da concessão de actos autorizativos, é uma constante. A predominância destas fórmulas deve-se fundamentalmente a dois factores: por um lado, à extrema dependência de ciências extra-jurídicas a que a realidade ambiental condena o Direito; por outro lado, à instabilidade que domina os elementos da natureza, quer por força da imprevisibilidade que caracteriza os fenómenos físicos (instabilidade ontológica) quer, e sobretudo, em virtude da imprevisibilidade induzida pela penetração da técnica no mundo natural (instabilidade tecnológica).

Óbvio se torna a razão da vaguidade normativa e, em contrapartida, difícil é descortinar uma alternativa que não seja a de remeter para a Administração, apoiada em organismos com competências técnicas específicas, a tarefa de preencher os espaços no essencial esboçados pelo legislador. Inegável é constatar a indeterminabilidade normativa que impera nesta área, quer ao nível dos poderes de decisão quer, o que é mais grave, ao nível do preenchimento dos próprios pressupostos de facto da norma habilitante, dependente que está da formulação de juízos *rebeldes* a um controlo externo (*maxime* jurisdicional), técnicos e de prognose. Querirá isto dizer que o domínio do ambiente, nomeadamente as normas habilitativas de competência administrativa no sentido da conformação de concretos deveres de protecção do ambiente, tende a colocar-se à margem do princípio da reserva de lei?

Ao consagrar um dever fundamental de protecção do ambiente no artigo 66º/1, 2ª parte, da CRP, o legislador constitucional abriu a porta a duas situações: em primeiro lugar, à intervenção do legislador ordinário no sentido da definição possível do conteúdo daquele dever, quer na sua vertente negativa (definindo obrigações de *non facere* e de *pati*), quer na sua vertente positiva (delineando obrigações de *facere*) – *fundamento de determinação do conteúdo do dever*; em segundo lugar, e em virtude da essencial mutabilidade da realidade ambiental para que aponta o artigo 66º – os bens ambientais naturais –, o preceito constitucional configura uma habilitação material para que a Administração, baseada nos pressupostos de facto fixados na lei, de forma mais ou menos aberta, proceda *dinamicamente* à conformação do conteúdo das obrigações integrantes dos deveres de cada titular específico através de actos autorizativos, muito especialmente no caso das prestações de *facere* – *fundamento de actualização do conteúdo do dever*.

Com efeito, a determinação do conteúdo do dever de protecção do ambiente, em virtude da multitude de cambiantes que envolve – desde a consideração da actividade do destinatário e do potencial lesivo desta, passando pela identificação dos bens naturais cuja integridade possa estar em jogo e suas características específicas, até aos pressupostos e limites da ingerência administrativa –, é apenas esboçada pela lei, para ser depois completada pela Administração, ponderadas as circunstâncias de cada caso. No entanto, este esboço tem que ser suficientemente preciso para garantir uma previsibilidade mínima do feixe de obrigações susceptíveis de imposição aos sujeitos do dever – o qual, sublinhe-se, se perfila, em regra, também como um conjunto de amputações a direitos do titular, desde a liberdade de circulação à iniciativa económica privada –, sob pena de esvaziamento intolerável do princípio da reserva de lei, e com este também dos princípios da confiança e da segurança jurídicas, emanações da ideia de Estado de Direito democrático⁵⁵².

⁵⁵² Afirmando a vigência do princípio da determinabilidade da lei no âmbito do regime dos deveres fundamentais, R. STÖBER, *Grundpflichten...*, cit., p. 479.

4.4.1.1.1. Determinabilidade, discricionariedade e técnica - remissão

Na linha de raciocínio seguida pela jurisprudência constitucional no Acórdão 285/92, cumpre observar que “o princípio da determinabilidade ou precisão das leis não constitui um parâmetro constitucional *a se*, isto é, desligado da natureza das matérias em causa ou da conjugação com outros princípios constitucionais que relevem para o caso”⁵⁵³. O grau exigível de determinabilidade varia, portanto, consoante a matéria objecto de tratamento legislativo, sem embargo de haver domínios onde a precisão é especialmente importante – penal, fiscal, direitos, liberdades e garantias, e deveres fundamentais (artigos 29º, 103º e 18º/2 e 3 da CRP, respectivamente).

Perante a tarefa de composição de interesses que envolve a configuração de cada feixe de obrigações integrante do dever de protecção do ambiente, a Administração deve ter na lei um quadro delimitador que, sem abrir mão de um mínimo de segurança jurídica quanto à salvaguarda das expectativas dos sujeitos, não feche de tal modo a margem de ponderação que ponha em risco a gestão dos interesses públicos a seu cargo, *maxime* a garantia da integridade dos bens ambientais naturais potencialmente ameaçados pelas intervenções projectadas. Ora, no âmbito da protecção do ambiente, já se disse, o grau de determinação da norma sofre inevitáveis distensões provocadas pela mutabilidade – natural e induzida pela técnica – dos factores ecológicos, que forçam o legislador a adoptar fórmulas que garantam uma protecção dinâmica desses valores, assegurando a prossecução do interesse público sem afectar intoleravelmente a liberdade individual (artigo 266º/1 da CRP).

Repare-se que, neste domínio, o problema já não tem só a ver com o facto de o legislador, pela distância que o separa das realidades de facto e sua evolução, se ver obrigado a delegar na Administração crescentes competências de concretização material da norma jurídica através de conceitos indeterminados⁵⁵⁴. Esta via de operacionalização da lei surge como inevitável em face do acréscimo de atribuições da Administração – que deixa de ser um poder “pedestramente executivo” para se reforçar como uma função autónoma⁵⁵⁵ – e assenta na valorização do fenómeno da discricionariedade administrativa⁵⁵⁶. “Para o efeito, parte-se do princípio de que cada norma é constituída por dois planos: a previsão (*Tatbestand*) e a estatuição (*Rechtsfolge*). A segunda parte é formada por efeitos de direito cominados automaticamente ou, o que é mais frequente, comináveis através de decisão administrativa, desde que a situação concreta, constituída por pressupostos de facto e de direito, condiga com a previsão da norma. Em vez de estabelecer vinculativamente quais os efeitos de direito que deverão corresponder à verificação do *Tatbestand*, o legislador que

⁵⁵³ Acórdão do Tribunal Constitucional 285/92, *cit.*, *loc. cit.*.

⁵⁵⁴ Sobre a relação entre o princípio da reserva de lei e a utilização, pelo legislador, de conceitos indeterminados, ver, por todos, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *cit.*, pp. 109 segs (analisando as diferentes abordagens do problema na doutrina alemã) e 309 segs (concentrando-se na situação portuguesa).

⁵⁵⁵ ROGÉRIO SOARES, *Princípio da legalidade e administração constitutiva*, Coimbra, 1982, p. 18.

⁵⁵⁶ Cfr. ROGÉRIO SOARES, *Interesse público, legalidade e mérito*, Coimbra, 1955, pp. 64 segs; *idem*, *Princípio da legalidade...*, *cit.*, *max.* pp. 13 segs; *idem*, *Administração Pública e controlo judicial*, in *RLJ*, nº 3845, 1994, pp. 226 segs, *max.* 229 segs.

pretende conceder um poder discricionário deixa ao órgão da Administração a liberdade de configurar ele esses efeitos”, explica SÉRVULO CORREIA⁵⁵⁷.

A formulação de juízos de prognose⁵⁵⁸ — projecções evolutivas da situação baseadas em razões de experiência, que determinam a escolha de uma determinada solução de conformação da situação jurídica — no âmbito do preenchimento de normas de habilitação abertas em sede ambiental, operação especialmente complexa em virtude da imprevisibilidade reinante, reconduz-se ao tema (já) clássico dos limites da discricionariedade administrativa e dos limites do seu controlo jurisdicional a partir do princípio da proporcionalidade. Esta é uma hipótese de tentativa de *fuga à reserva de lei*, hoje assumida como inevitável e para a qual resta diagnosticar um controlo de plausibilidade, por parte do Juiz, que respeite a esfera de legitimidade decisória da Administração. Estando a conformação final da situação da vida fortemente condicionada pela natureza da realidade que a contextualiza, o “princípio formulável é o de que, *em matéria de reserva de acto legislativo, à concessão de discricionariedade deve presidir o critério da densificação da norma na medida do possível e da sua abertura para um mínimo incomprimível de margem de livre decisão*”⁵⁵⁹.

Diferente fonte de inquietações é a penetração da técnica na lei, quer imediatamente, quer por remissão. Esta invasão, especialmente visível no domínio ambiental (mas não só), coloca dúvidas mais prementes, quer a jusante — legitimação da componente técnica material da decisão à luz do princípio democrático —, quer a montante — possibilidade de controlo da validade da decisão na sua componente técnica. Enquanto o fenómeno da discricionariedade administrativa — em sentido amplo, abrangendo a margem de livre apreciação (na avaliação da adequação das hipóteses possíveis ao horizonte finalístico da norma habilitante) — provoca atrito ao nível dos poderes do Estado, atrito esse gerível na base de um compromisso entre a *distensão* da norma e a *intensificação* (possível) do controlo jurisdicional, com respeito pelo núcleo essencial da capacidade decisória administrativa, já a irrupção da técnica causa maior perplexidade, na medida em que se apresenta como um domínio completamente estranho ao Direito e esquivo ao seu controlo pelo poder jurisdicional *qua tale*.

A tentativa de fuga à reserva de lei na vertente da determinabilidade é aqui mais subtil, mas nem por isso menos perigosa. Estabelecendo critérios técnicos como fundamentos de decisão, directamente ou de forma remissiva, o legislador dá satisfação formal ao princípio da determinabilidade da lei, mas deixa no ar a dúvida sobre a sua demissão relativamente ao conteúdo da decisão final (e, conseqüentemente, à legitimidade desta). A situação é tanto mais grave quando se atenta no papel central da técnica, não só no momento da emissão da decisão, como ao longo da vida desta — fortemente condicionada que está pela mutabilidade das circunstâncias de facto —, partilhando com a discricionariedade administrativa o protagonismo no procedimento de avaliação e gestão do risco.

⁵⁵⁷ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *cit.*, p. 109.

⁵⁵⁸ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *cit.*, pp. 131 segs.

⁵⁵⁹ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *cit.*, pp. 339, 340.

Cumpra encontrar formas de compensar a diluição normativa induzida pela necessidade de incorporar a ciência e a técnica no procedimento autorizativo ambiental, fortemente desestabilizado pela incerteza inerente ao fenómeno do risco. Mas disso trataremos na Parte II.

5. Síntese

O dever fundamental de protecção do ambiente tem por fundamento o princípio da solidariedade, uma das traves mestras do Estado Social de Direito (cfr. o artigo 1º da CRP). Descontada, do ponto de vista jurídico, a vertente intergeracional para que aponta a alínea d) do nº 2 do artigo 66º da CRP, a solidariedade que a Constituição pretende imprimir à protecção do ambiente e que serve de pressuposto à estatuição de concretos deveres nesse âmbito passa pela convocação de todos e de cada um dos membros da comunidade para levar a cabo uma gestão racional dos bens naturais. A limitação temporal que o período da vida humana e sua continuidade emocional impõe, aliada aos “constrangimentos” políticos inerentes à democracia representativa, implica que a lógica desta solidariedade se contenha sobretudo dentro dos parâmetros da intrageracionalidade.

A solidariedade enquanto fundamento da imposição de deveres de protecção ambiental implica um esforço de sensibilização da população, desde logo através da educação, mas também pela via de campanhas informativas; convoca o associativismo para o incremento da motivação conjunta e no sentido da descodificação de informação com uma componente técnica muito acentuada; e justifica a existência do mecanismo da legitimidade popular como forma de abrir a tutela ambiental aos cidadãos.

Os bens ambientais naturais são bens de uso colectivo. Isso justifica-se em razão da sua dimensão imaterial, entendida como a utilidade indivisível, inapropriável e insusceptível de avaliação pecuniária. O regime de uso dos bens colectivos não está previsto na legislação, servindo o instituto do direito de uso previsto no Código Civil como mero indício de qualificação. A natureza do uso colectivo é a de um interesse de facto, na medida em que é impossível conceber, de forma genérica e abstracta, um *quantum* de aproveitamento individual das utilidades imateriais dos bens naturais.

O *aprisionamento* de determinados bens naturais num suporte físico (árvores; minerais; fauna selvagem) implica a colocação da questão da limitação de poderes do proprietário – público ou privado – que negligencia ou deteriora voluntariamente essa “parcela” de ambiente sob sua tutela directa. Sendo certo que a susceptibilidade de uso colectivo dos bens ambientais naturais na sua dimensão imaterial não implica a *publicização* da propriedade dos mesmos, esta pode ser a última via de salvaguarda da integridade de componentes ambientais fundamentais ao equilíbrio do ecossistema. Para fazer face a essa hipótese, seria de considerar a previsão de um específico mecanismo de expropriação baseada em razões ambientais, desde que acompanhado da atribuição de uma indemnização na proporção do prejuízo, em homenagem ao princípio da justa repartição dos encargos públicos.

Na prática, os interessados no uso de bens ambientais naturais são todos os seres humanos que habitam o planeta. No plano jurídico, todavia, este universo sofre

algumas limitações, vendo-se reduzidos os usuários em função de critérios de proximidade do bem para efeitos de legitimação procedimental e processual (artigo 15º/3 da Lei 83/95, de 31 de Agosto). Quanto aos obrigados à protecção, eles coincidem com os usuários, embora o nível de deverosidade ambiental varie muito consoante o tipo de actividade desenvolvido por cada pessoa.

Em bom rigor, cada dever de protecção ambiental, cuja sede se encontra no artigo 66º/1, 2ª parte, da CRP, é densificável por mediação legislativa, traduzindo-se num conjunto de prestações de *facere*, *non facere* e *pati* muito diversificadas. Apesar da variabilidade estrutural, é possível identificar alguns traços comuns à figura do dever fundamental de protecção do ambiente, a saber: é um dever *pluriforme* (porque assume conformações distintas), *composto* (no sentido de ser um feixe de vinculações, de sinais eventualmente contrários), *heterogéneo* (porque inclui direitos na sua órbita), tendencialmente *perfeito* (em virtude da sancionabilidade das condutas que atentem de forma grave contra bens ambientais) e no seio do qual coexistem deveres materiais e funcionais.

O regime do dever de protecção do ambiente pauta-se por vários princípios: universalidade, igualdade, proporcionalidade e reserva de lei. A observância deste último coloca várias interrogações na actualidade, derivadas, por um lado, da pluri-localização de emissões normativas, *maxime* da decorrente da integração de Portugal da União Europeia, com todos os condicionamentos a que o princípio da lealdade (versão comunitária do princípio *pacta sunt servanda*) obriga. Por outro lado, a reserva de lei encontra-se internamente perturbada pela valorização da discricionariedade administrativa no Estado Social. O dinamismo de actuação que a antecipação do risco ambiental acarreta justifica a abertura de espaços de livre decisão, acompanhados de cláusulas técnicas essenciais à conformação dos pressupostos da decisão; todavia, tal flexibilização descompensa o princípio da reserva de lei, na vertente da determinabilidade, exigindo contrapartidas.

Parte II

A prevenção do risco ambiental

Capítulo I

Do perigo ao risco

0. Preliminares

Já alguém chamou ao risco “o lado obscuro da técnica”¹. Ele é comumente identificado como um filho da evolução científica e técnica, fruto do progresso científico que alterou o curso “normal” dos acontecimentos físicos, químicos, biológicos, atmosféricos. Os cientistas, ao estudarem os fenómenos, forjam explicações para os processos que os sustentam e tornam possível evitá-los, repeti-los, alterá-los nas suas componentes essenciais através da utilização da técnica, esse corpo estranho ao universo natural, introduzido pelo homem com vista ao seu domínio. À semelhança de qualquer operação de introdução de elementos novos num sistema, a técnica revela-se, a um só tempo, como solução de alguns problemas e problema em si mesma.

Com efeito, se é certo que a técnica surge como explicação aplicada da ciência a determinados processos, é também inquestionável que a técnica gera novas interrogações, na medida em que induz alterações ao quadro do conhecimento, provocando uma situação de “incerteza estrutural”². “Neste processo de fuga para a frente, a imagem da segurança alimenta-se de um mundo onde prospera a insegurança”³.

A crença na ciência enquanto veículo de descoberta da verdade única esmoreceu, para dar lugar à intuição de um universo de verdades plurais, cada uma lutando

¹ J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo e derecho*, Barcelona, 1999, p. 9.

² W. KÖCK, *Die rechtliche Bewältigung technischer Risiken*, in *KJ*, Band 26, 1993, pp. 125 segs, 128.

³ S. CHARBONNEAU, *La nature du droit de la prévention des risques techniques*, in *RFDA*, 1988/3, pp. 529 segs, 529.

pela primazia através da maior verosimilhança. “Teorias e hipóteses são elementos centrais na ciência hodierna, com os cientistas conscienciosamente testando hipóteses para confrontar a incerteza, com evidência probabilística e raciocínio indutivo. Na actualidade, a ciência é vista como um enunciado de teorias ou uma sucessão de problemas”⁴. A evolução do conhecimento arrasta consigo a percepção da dimensão das suas lacunas, confrontando permanentemente os cientistas com o fenómeno do desconhecido, ou do “ainda não conhecido” (*Noch-nicht-Wissens*)⁵.

Contrariando Descartes, os cientistas procuram agora, não rejeitar liminarmente o duvidoso, mas antes reconhecer neste uma margem de certeza possível, um ponto de partida para a construção de um cenário de verdades concorrentes⁶. Numa tentativa de traçar equações explicativas dos fenómenos, a ciência confronta-se com a instabilidade dos processos naturais que ela própria, através da técnica, baralhou. O domínio da natureza pela técnica é afrontado pela incerteza auto-gerada pela própria técnica. A causalidade dos fenómenos é explicada para logo ser novamente posta em causa, em virtude das mutações resultantes das inovações técnicas aplicadas. A vontade de dominar a natureza através do conhecimento sobrepõe-se à mera tentativa explicativa dos eventos naturais e do seu aproveitamento passivo. Ao abrir tal *caixa de Pandora*, cientistas e técnicos franquearam plenamente a entrada ao imprevisto. A incerteza instalou-se na sociedade de risco e transformou-a no reino da imprevisibilidade.

1. Perigo, risco e risco residual

O conceito de risco é transversal a várias ciências, desde a Sociologia à Biologia, da Física à Economia. A nossa abordagem reduz-se aos aspectos predominantemente jurídicos da problemática, sem embargo de anotarmos o valioso contributo dos trabalhos de sociólogos como BECK para a caracterização da *sociedade de risco*⁷, ou de reconhecermos, com BERNSTEIN⁸, a estreita ligação que, noutra perspectiva – mais pragmática, dir-se-ia – o tratamento jurídico do tema do risco revela com a teoria económica⁹.

⁴ D. SHELTON, *The impact of scientific uncertainty on environmental law and policy in the United States*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 209 segs, 211.

⁵ F. NICKLISCH, *Das Recht im Umgang mit dem Ungewissen in Wissenschaft und Technik*, in *NJW*, 1986/37, pp. 2287 segs, 2288.

⁶ N. DE SADELEER, *Les principes du polluer-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelas, 1999, pp. 195 e 198.

⁷ U. BECK, *Risk Society. Towards a new Modernity*, Londres, 1992, *passim*. Para um enunciado crítico das principais teses de U. Beck, v. JOÃO LOUREIRO, *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 797 segs, 805 segs; P. SOUSA MENDES, *Vale a pena...*, *cit.*, pp. 42 segs (manifestando a sua preferência por outros modelos da sociedade de risco, menos pessimistas e mais abertos à *convivência* com o risco). Para uma síntese dos contributos da teoria sociológica, v. UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, Tübingen, 1994, pp. 54 segs.

⁸ P. BERNSTEIN, *Against the Gods: the remarkable story of risk*, New York/Chichester/Weinheim/Brisbane/Singapore/Toronto, 2004, *passim* (mas esp. pp. 196 segs).

⁹ Cfr. D. FLEMING, *The economics of taking care: an evaluation of the precautionary principle*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 145 segs.

A teoria jurídica não é alheia ao risco¹⁰, tendo-o vindo a incorporar crescentemente nos seus institutos, sobretudo ao nível da responsabilidade objectiva – ou pelo risco – e da forma de transferência dessa responsabilidade, através de contratos de seguro. Se a Revolução industrial foi a grande responsável pelo desenvolvimento da noção de responsabilidade pelo risco, por força do incremento técnico que gerou nas sociedades mais ricas e da conseqüente necessidade de enquadramento jurídico do modelo ressarcitório por danos provocados independentemente de culpa, o avanço para a “civilização do risco” (na ideia-síntese de BECK) banalizou a responsabilidade objectiva a tal ponto que há quem tema a erosão da figura da culpa como base de imputação de prejuízos num cada vez mais amplo campo de actividades¹¹.

Curiosamente, o termo “risco” parece ter entrado no léxico mundial a partir da Península Ibérica: os navegadores portugueses e espanhóis utilizá-lo-iam para caracterizar viagens por mares “nunca dantes navegados”¹². Seguindo a síntese de MARTIN¹³, o risco percorreu um longo caminho desde a Idade Média, altura em que era encarado, resignadamente, como *destino*; triunfando com a Revolução industrial, que esperançadamente o conotou com o *progresso*; até ser hoje reflexo de um sentimento misto de ambição e apreensão. Ambição apoiada nas incessantes conquistas do saber humano, apreensão em virtude do desconhecido que se abre a cada passo de cada novo estádio de conhecimento.

A progressiva diluição dos nexos de causalidade entre os factos e os seus efeitos, sobretudo quando situados em domínios de alta componente tecnológica, conduz a repensar a noção de perigo em face da dimensão de incerteza introduzida nos processos causais. O risco é um perigo presentido, mas não comprovado; o perigo é um risco de altíssima probabilidade. A fronteira entre os dois é, teoricamente, a da previsibilidade, que se debate com o ineliminável obstáculo da finitude do conhecimento humano.

Falar de risco é, por isso, falar de incerteza¹⁴. Incerteza introduzida pela técnica, incerteza geradora de imprevisibilidade, incerteza convertida em problema

¹⁰ Chamando a atenção para a plurissemia do termo risco nos vários ramos do Direito, E. FISHER, *Risk and the challenges for administrative law*, in *REDP*, 2003/1, pp. 707 segs, 715, 716.

¹¹ Na opinião de J. DE MALAFOSSE, num quadro de proliferação de riscos, muitas vezes cumulativos ou de fonte incerta, tende a buscar-se refúgio na responsabilidade objectiva. Porém, “quando todos são responsáveis, ninguém o é, porque o responsável é o outro” – *Les principes généraux du Droit de l’Environnement*, in *Mélanges en hommage à L. Boyer*, Toulouse, 1996, pp. 405 segs, 409.

¹² A. GIDDENS, *Runaway world*, 2ª ed., Londres, 2002, p. 21.

¹³ G. MARTIN, *Le concept de risque et la protection de l’environnement: évolution parallèle ou fertilisation croisée?*, in *Les hommes et l’environnement, Études en hommage à A. Kiss*, Paris, 1998, pp. 451 segs.

¹⁴ Note-se que, para alguma doutrina norte-americana, o risco se distingue da incerteza, sendo que o primeiro é determinável a partir de estatísticas que permitem aferir, com razoável probabilidade, a sua ocorrência e efeitos, enquanto que a segunda não admite qualquer tipo de previsão confiável (cfr. D. HORNSTEIN, *Reclaiming environmental law: a normative critique of comparative risk analysis*, in *Columbia LR*, vol. 92, 1992, pp. 562 segs, 571; M. McGARVIN, *Science, precaution, facts and values*, in *Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O’Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 35 segs, 42 – este Autor autonomiza ainda uma terceira categoria: a da ignorância).

Denotando uma certa “contaminação” por esta terminologia, H.-HEINRICH TRUTE, *From past to future risk - from private to public law*, in *REDP*, 2003/1 - nº subordinado ao tema *Public Law and Risk*, pp. 73 segs, 79, 80, que distingue entre risco em sentido estrito (equivalente a perigo), incerteza (o mesmo que risco) e ignorância (que corresponde ao risco residual).

jurídico¹⁵. A dificuldade de previsão pode incidir sobre a verificação do próprio fenómeno, sobre o momento da sua eclosão, sobre o tipo de efeitos que esta provocará, sobre o alcance destes efeitos, sobre o seu potencial lesivo. Por outras palavras, pode dizer-se que o risco se desdobra em dois elementos: a probabilidade de ocorrência de um evento, por um lado, e o potencial lesivo deste, por outro lado¹⁶.

1.1. A probabilidade de ocorrência do evento

É possível encontrar diferentes gradações em ambos os elementos enunciados, facto que permite, por seu turno, diversas combinações. Assim (a título meramente exemplificativo)¹⁷:

- a) Alta probabilidade de ocorrência do evento + alto potencial lesivo dos seus efeitos;
- b) Baixa probabilidade de ocorrência do evento + baixo potencial lesivo dos seus efeitos;
- c) Alta probabilidade de ocorrência do evento + baixo potencial lesivo dos seus efeitos;
- d) Baixa probabilidade de ocorrência do evento + alto potencial lesivo dos seus efeitos.

Em qualquer dos casos, o factor imprevisibilidade está presente, embora em diferente medida. Imprevisível – passe a banalidade da afirmação – é tudo o que não é susceptível de previsão, um facto que não foi previsto porque os dados disponíveis o não permitiam, um evento de verificação mais ou menos improvável em razão da relação causa/efeito até aí reconhecida¹⁸. A maior ou menor dificuldade de estabelecer nexos de causalidade entre o desenvolvimento dos processos – predominantemente naturais ou predominantemente técnicos – e a eclosão dos eventos potencialmente lesivos, com a consequente produção de danos, traduz-se na maior ou menor proba-

¹⁵ JOÃO LOUREIRO, *Da sociedade técnica...*, *cit.*, p. 861.

¹⁶ Cfr. B. BENDER, *Gefahrenabwehr und Risikovorsorge als Gegenstand nukleartechnischen Sicherheitsrechts*, in *NJW*, 1979/29, pp. 1425 segs, 1425; W. R. BREUER, *Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht*, in *DVBl*, 1987/20, pp. 829 segs, 833 (para a definição de perigo); A. STIRLING, *The precautionary principle in Science and Technology*, in *Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O’Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 61 segs, 68.

Para A. KISS (*Droit et risque*, in *AphD*, Tomo 36, 1991, pp. 49 segs, 49), a noção de risco comporta ainda um terceiro elemento: a possibilidade de escolha entre duas ou mais alternativas. O Autor exclui assim do âmbito do risco os fenómenos naturais de ocorrência completamente imprevisível (tais como sismos ou erupções vulcânicas), salvo se houver consciência da susceptibilidade da sua ocorrência e da necessidade de adopção de medidas para a prevenção e minimização dos seus efeitos. Ao cabo e ao resto, KISS pretende destringir os riscos juridicamente relevantes daqueles que o não são, na medida em que a impossibilidade absoluta da sua identificação, à luz da informação disponível, os afasta da ponderação da decisão política e jurídica, deixando-os na sua condição primária, externos ao Direito.

¹⁷ Veja-se também a “classificação” proposta por S. ROMERO MELCHOR, *Evaluación y gestión de los riesgos en el ámbito de la protección de la salud: de la ciencia a la política?*, in *GJ*, nº 218, 2002, pp. 103 segs, 111, 112.

¹⁸ Cfr. J. M. PONTIER, *L’imprévisibilité*, in *RDPSP*, 1985/1, pp. 5 segs, 7.

bilidade de ocorrência do evento. Quando a probabilidade é alta, pode falar-se, na terminologia tradicional, de perigo; quando a probabilidade é reduzida – *degradando-se* em possibilidade –, o termo risco revela-se mais adequado.

A proximidade entre os dois conceitos é evidente. Há, por isso, quem entenda que o elemento diferenciador é puramente *quantitativo* (i.), enquanto outros propendem para uma análise que acentua a diversidade *qualitativa* entre as duas noções (ii.). Para além da querela doutrinal, importa reconhecer a necessidade de preservação de um espaço de imponderabilidade, que corresponde à contrapartida de bem-estar proporcionada pela técnica (iii.).

i.) A tese quantitativa aponta para o grau de probabilidade de ocorrência do evento como base da distinção entre perigo e risco¹⁹. Assim, segundo OSSENBÜHL, a diferença repousa na maior ou menor facilidade de estabelecer nexos de causalidade entre a intervenção projectada e a ocorrência do evento lesivo. Para este Autor, “o que distingue o risco do perigo é o grau de probabilidade de ocorrência do evento lesivo”²⁰. Já na terminologia de BENDER, a diferença deve estabelecer-se entre riscos com potencial de perigosidade conhecido (*Risiken mit erkannter Gefahrenqualität*) e riscos sem potencial de perigosidade conhecido – meras suspeitas de perigo (*Gefahrenverdacht*)²¹ –, de acordo com o grau de probabilidade concretamente aferível (quanto maior for o conhecimento da perigosidade, mais previsível é o risco e mais se aproxima do perigo), tendo em consideração os dados científicos disponíveis.

Para a perspectiva quantitativa, há duas formas possíveis de tratar a questão do risco. Por um lado, pode adoptar-se uma *fórmula tripartida*, na qual o perigo convive com o risco. Assim, apoiando-se no critério da *tolerabilidade* do risco – que se encontra a partir da análise da possibilidade da sua previsão –, KLOEPFER e KRÖGER distinguem entre: 1) perigo = risco intolerável; 2) risco em sentido estrito = risco tolerável mas indesejável; 3) risco residual = risco tolerável²². O risco é tanto mais tolerável quanto imprevisível, ou seja, a sua tolerabilidade é o resultado da equação entre o dever de evitação de riscos que impende sobre o Estado – que aumenta na proporção da sua previsibilidade – e a necessidade de respeitar uma margem (variável em função dos interesses em jogo) mínima de liberdade social – a qual aumenta na proporção da imprevisibilidade. Numa variação (terminológica) desta escala, BREUER propõe um desdobramento do risco em: 1) perigo (considerável probabilidade), 2) risco (possibilidade ou não exclusão); e 3) risco residual (impossibilidade de exclusão da hipótese de ocorrência de um evento lesivo por recurso às mais recentes

¹⁹ Cfr., por exemplo, a construção de A. REICH, *Gefahr-Risiko-Restrisiko*, Düsseldorf, 1989, *max.* pp. 75 segs, Autor para quem a “Eintrittswahrscheinlichkeit” (previsibilidade) surge como critério diferenciador entre risco e perigo.

²⁰F. OSSENBÜHL, *Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz*, in *NVwZ*, 1986/3, pp. 161 segs, 163. No mesmo sentido, M. HERDEGEN, *Risiken für Umwelt und Gesundheit im Spannungsfeld nationaler und internationaler Regulierungsphilosophien*, in *Das Recht der Wasser- und Entsorgungswirtschaft, Regelungsmaß und Steuerungskraft des Umweltrechts*, coord. de W. R. Breuer, Köln/Berlin/Bonn/München, 2000, pp. 61 segs, 63, 64.

²¹ B. BENDER, *Gefahrenabwehr...*, *cit.*, p. 1426.

²² M. KLOEPFER e H. KRÖGER, *Zur Konkretisierung der immissionsschutzrechtlichen Vorsorgepflicht*, in *N+R*, 1990/1, pp. 8 segs, 13.

técnicas de minimização do risco)²³.

Por outro lado, o risco pode neutralizar o conceito de perigo, *dissolvendo-o* nos limiares da previsibilidade²⁴. A transformação, directa ou indirecta, da grande maioria dos processos naturais em processos tecnologicamente modificados, conduz a uma leitura actualizada do conceito de perigo e à sua *absorção* pela noção de risco²⁵. O risco eleva-se a macro-conceito²⁶, opondo-se ao risco residual. É o *modelo bipartido*, em que cumpre apenas distinguir entre os riscos toleráveis e intoleráveis, modelo esse especialmente adequado a domínios onde o grau de incerteza é muito elevado – tanto, que não faz sentido autonomizar previsões habilitativas assentes em pressupostos de causalidade comprovável a partir de juízos de experiência²⁷.

Vistos do ângulo do grau de previsibilidade, ambos os modelos traduzem uma percepção quantitativa do problema, pois apontam para diferenças de medida na norma competencial. Em última análise, o modelo bipartido espelha melhor a evolução do conceito de risco – ou o alargamento da noção de perigo em função da incerteza – e permite ao decisor modular, com maior flexibilidade, a sua actuação ou a conformação da situação jurídica do particular atendendo ao potencial concreto de risco. No entanto, casos há que exigem do legislador uma mais precisa distinção das situações de facto, autonomizando a defesa contra perigos (e as medidas possíveis para a pôr em prática) da antecipação de riscos – justificando a adopção da fórmula tripartida²⁸.

ii.) Mas pode também ler-se no modelo bipartido uma expressão da diferença de

²³ W. R. BREUER, *Anlagensicherheit und Störfälle - Vergleichende Risikobewertung im Atom- und Immissionschutzrecht*, in *NVwZ*, 1990/3, pp. 211 segs, 213.

²⁴ Em sentido contrário, defendendo a prevalência da noção de perigo, W. MARTENS (*Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr*, in *DÖV*, 1982/3, pp. 89 segs, 93), Autor que opta por distinguir entre perigo e risco residual (recorrendo ao critério do grau de probabilidade).

²⁵ R. STEINBERG, no entanto, considera que o conceito de risco deriva de um mero alargamento do perigo na sociedade tecnológica, reputando este último como conceito central do Direito do Ambiente – *Der ökologische Verfassungsstaat*, Frankfurt am Main, 1998, p. 22. Desconsiderando o risco como categoria jurídica, também R. SCHMIDT, *Der Staat...*, *cit.*, p. 752.

²⁶ A. SCHERZBERG, *Risiko als Rechtsproblem. Ein neues Paradigma für das technische Sicherheitsrecht*, in *VA*, 1993/4, pp. 484 segs, 498; M. KLOEPFER, M. REHBINDER e E. SCHMIDT-ASSMANN, *Umweltgesetzbuch*, *cit.*, p. 119; I. APPEL, *Stufen der Risikoabwehr*, in *N+R*, 1996/5, pp. 227 segs, 229, 230.

²⁷ Nas palavras de I. APPEL (*Stufen der Risikoabwehr...*, *cit.*, p. 231), a tripartição não é exigível “wo der Gesetzgeber eine gesamthafte Betrachtungsweise für die Risikobewertung und Grenzziehung nicht für nötig erachtet und unterstellt, dass das Gefährdungspotential mit Blick auf die einzelne Tätigkeit bestimmt werden kann”.

²⁸ I. APPEL (*Stufen der Risikoabwehr...*, *cit.*, p. 231) avança os exemplos da *Bundes-Immissionschutzgesetz* e da *Gentechnikgesetz* como concretizações do modelo tripartido e bipartido, respectivamente. Enquanto na primeira o legislador distingue claramente a previsão habilitante para a intervenção administrativa no domínio da defesa contra perigos e em sede de antecipação de riscos (no âmbito das emissões poluentes, o potencial de risco de instalações e actividades varia muito), já na segunda a lei traça um quadro dual, porquanto, não só pontifica a incerteza, como os riscos tendem a apresentar um padrão similar.

natureza entre os fenómenos do perigo e do risco. A evolução da noção de risco leva a um apagamento do conceito de perigo e à conseqüente adopção de uma postura especificamente voltada para o tratamento da problemática da incorporação da incerteza nos procedimentos de decisão públicos. É a posição de DI FABIO, Autor que vê no risco uma grandeza *qualitativamente* diversa do perigo²⁹.

A penetração da técnica nos processos naturais, com as modificações induzidas, obriga à incorporação dessa mesma técnica no processo decisional conformador das actividades potencialmente lesivas de bens jurídicos, tais como a saúde humana e o ambiente. As decisões sobre (a avaliação e a gestão d') o risco (*Risikoentscheidungen*) têm uma considerável componente técnica, que visa identificar e minimizar as probabilidades de dano decorrentes de uma determinada actividade, componente essa que lhes imprime uma natureza substancialmente diferente das decisões cujo objecto é a defesa de perigos (*Gefahrenabwehr*). A técnica, surgindo como método de controlo da imprevisibilidade, permite apoiar a prognose decisória de forma a abarcar zonas mais remotas de previsibilidade, tais como a suspeita de perigo (*Gefahrenverdacht*), no âmbito das quais, não só a incerteza sobre os pressupostos de facto é grande, como a incerteza sobre a evolução futura da situação conformada é ainda maior³⁰.

Tão ou mais importante do que a incorporação da vertente técnica é a componente valorativa das decisões sobre o risco. DI FABIO chama a atenção para que, enquanto a defesa de perigos, por força da inelutável comprovação de ocorrência de um evento lesivo num determinado quadro factual, constrange as autoridades a uma actuação baseada em pressupostos firmes, já a prevenção de riscos, devido à incerteza que encerra, força a uma ponderação valorativa entre o valor a proteger e os direitos a sacrificar, ainda que parcial ou condicionadamente. Em última análise, a irrupção da incerteza ao nível da base decisória alarga a margem de livre decisão administrativa, abrindo espaços de ponderação valorativa que não estariam presentes nas decisões de defesa de perigos – em razão da maior atestabilidade do nexos causal actividade/dano³¹.

Parece-nos ser precisamente neste ponto que reside a preocupação de DI FABIO em destrinçar claramente perigo e risco³². É que a assimilação entre ambas as noções pode conduzir a Administração a “aproveitar” as habilitações legais de ingerência contra perigos, (auto)legitimando-se assim uma intervenção restritiva muito mais intensa, sem que essa tenha sido a intenção expressa do legislador. Por outras palavras, entender que o risco é uma extensão do perigo confere à Administração, ainda que implicitamente, uma habilitação de ingerência nas situações jurídicas privadas que ultrapassa de forma flagrante os pressupostos estabelecidos pelo legislador quando

²⁹ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, p. 3.

³⁰ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, pp. 115 segs.

³¹ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, pp. 106 segs (crítica à teoria dos três níveis).

³² A posição de UDO DI FABIO denota uma evolução a partir das teses da diferenciação quantitativa, tendo afirmado, em escritos anteriores à obra *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat* (*cit.*), que o risco pode ser entendido, quer como um alargamento da noção de perigo, quer como uma noção paralela a esta (*Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung*, *in N+R*, 1991/8, pp. 353 segs, 357).

desenhou a norma atributiva do poder de defesa contra (meros) perigos³³.

A tese qualitativa de DI FABIO, teoricamente inquestionável, enfrenta, no entanto, obstáculos práticos que convém não ignorar. A *supra-habilitação* de que a Administração é destinatária em situações de risco identificado é uma evidência: quer no plano procedimental – com intervenção de peritos; consultas a entidades de competência especializada; avaliação de riscos; quer no plano decisório – prognose evolutiva dos pressupostos de facto; gestão do risco através de medidas de minimização no limite do tecnicamente possível; precarização dos actos; assunção de deveres de pós-avaliação. O problema coloca-se, todavia, em situações em que o risco não esteja identificado e desponte subitamente, num crescendo de confirmações científicas que a Administração não deve ignorar, sob pena de poder vir a ser acusada de omissão negligente por nada ter feito para evitar danos em bens jurídicos individuais e colectivos.

Sendo certo que a solução ideal é a previsão expressa do âmbito e das modalidades de ingerência administrativa em presença de pressupostos de facto eivados de incerteza, na ausência de determinação normativa daqueles, a Administração há-de, pelo menos, poder estabelecer medidas mínimas de minimização do risco pressentido, salvaguardando o núcleo intangível da reserva de lei. Ou seja, e como teremos ocasião de expor com mais detalhe (vide *infra*, Parte III, Cap. I, 3.1.2.1. e Cap. II, 3.2.), a Administração, num quadro de probabilidades de risco crescente (com base em dados científicos credíveis, ainda que não unânimes na comunidade científica) para bens jurídicos protegidos pela norma habilitante de competência (contra perigos), não podendo conformar deveres de actuação do particular, deverá proceder à precarização do acto autorizativo através de condições ou termos que lhe permitam antecipar os efeitos lesivos do risco pressentido.

Propendemos, pois, para concordar com OSSENBÜHL, quando afirma que a noção de risco não se opõe à de perigo, mas antes constitui uma evolução desta para domínios de crescente incerteza da determinação dos pressupostos de facto³⁴. Esta adesão não põe em causa a reserva de lei, na medida em que só aceitamos a utilização da norma habilitante de defesa de perigos em situações de risco quando o grau de probabilidade seja suficientemente alto e na medida em que o poder de ingerência não fira intoleravelmente a esfera jurídica dos particulares. Claro que esta solução, especialmente útil em períodos de transição, tende a esbater-se no médio e longo prazos, assim que o legislador identifique os riscos e proponha abordagens procedimentais específicas para os avaliar e gerir.

Note-se, enfim, que o próprio DI FABIO aceita que o risco se traduz num rebaixamento do patamar de probabilidade (*Absenkung der Wahrscheinlichkeitsschwelle*), derivado da impossibilidade de basear as decisões em simples juízos da experiência ou em dados, factuais e científicos, firmes – aceitando, implicitamente, a diferenciação *quantitativa* entre as noções de perigo e risco (a que acresce, diríamos nós, uma dimensão qualitativamente diversa sempre que o legislador traça um quadro procedimental específico de avaliação e gestão do risco).

³³ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, pp. 107, 108.

³⁴ F. OSSENBÜHL, *Vorsorge...*, *cit.*, p. 163 (“Vorsorge erfasst und meint Massnahmen unterhalb der Gefahrenschwelle. Sie steht nicht in Gegensatz zur Gefahrenabwehr, ist aber typischerweise etwas anderes als vorbeugende Gefahrenabwehr”).

iii.) A ocorrência de situações potencialmente lesivas para bens jurídicos cuja protecção se encontra a cargo do Estado deve ser evitada, desde que previsível por recurso aos meios disponíveis – negar tal afirmação significa exonerar as autoridades estaduais de uma das suas tarefas primordiais: garantir a segurança de pessoas e bens. Dito isto, desde logo se põe outro problema, que é o de saber qual o limite da segurança (*how safe is safe?*), nomeadamente em relação a um outro valor fundamental do Estado de Direito: a liberdade. Por outras palavras, a questão não reside tanto (ou só) na delimitação do risco previsível, como (também) no estabelecimento das fronteiras do risco imprevisível ou residual.

O risco residual é o perigo desqualificado, o risco cuja potencialidade lesiva já não obriga à adopção de medidas preventivas, ou simplesmente o risco que, em nome do bom-senso, deve ser tolerado pela comunidade – as fórmulas variam³⁵. Incerteza de grau máximo e tolerabilidade são dois elementos que se cruzam da definição de risco residual, cumulativa ou alternativamente³⁶. Por outras palavras, o risco residual pode resultar da impossibilidade de prever a ocorrência de determinado fenómeno e de aferir os seus efeitos, daí decorrendo a necessidade de, em razão da natureza das coisas, o incorporar na reserva de tolerabilidade social. Mas pode também corresponder a uma situação, previsível a partir dos dados científicos actuais, que os responsáveis pelos destinos da comunidade desejam afastar, em nome de determinados valores considerados superiores, numa leitura dialéctica dos consensos sociais e da Constituição³⁷. Ao legislador cabe interpretar estes dados e estabelecer as fronteiras possíveis. Adiante desenvolveremos este ponto (*v. infra*, 4.2.2.).

Em suma: a maior ou menor probabilidade/previsibilidade de ocorrência do evento lesivo é o critério básico da distinção entre perigo e risco, mais ou menos descrita na norma habilitante. Pode, depois, atribuir-se uma valoração específica à tendencial improbabilidade/imprevisibilidade (risco residual) para efeitos de habilitação de ingerências administrativas e de responsabilização das entidades públicas.

1.2. O potencial lesivo do evento

Quanto ao potencial lesivo do evento, este pode ser qualificado em razão do tempo, do espaço, do objecto, da intensidade – só para dar alguns exemplos³⁸. O critério espacial promove uma tentativa de delimitação da incidência geográfica dos efeitos lesivos – circunscritos a determinada zona ou irradiantes. O critério temporal obriga a um cálculo do período de incidência dos efeitos – instantâneos ou duradouros, repetidos ou únicos. O critério do objecto visa determinar os bens ou sujeitos afectados pelos efeitos de eclosão previsível – seres humanos e não humanos, bens

³⁵ Cfr. P.-CHRISTOPH STORM, *Restrisiko - Ein interdisziplinäres Gespräch im Umweltbundesamt*, in *ZUp*, 1980/4, pp. 903 segs, 908.

³⁶ “Die Elemente der Nicht-Erkennbarkeit und Nicht-Vermeidbarkeit können kumulativ, aber auch alternativ vorliegen; die mangelnde Vermeidbarkeit kann dem Bereich des Nicht-Könnens oder Nicht-Wollens entspringen” – P.-CHRISTOPH STORM, *Restrisiko...*, *cit.*, p. 908.

³⁷ Na síntese de D. HORNSTEIN, “The better answer to the question «how safe is safe?» may be the improved question: «how good is the social dialogue on safety?»” – *Reclaiming...*, *cit.*, p. 633.

³⁸ Cfr. N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, p. 170.

naturais regeneráveis e não regeneráveis. O critério da intensidade pretende aferir da gravidade do dano relativamente ao objecto da lesão – reversível ou irreversível, curável ou incurável.

Estes critérios revelam a sua utilidade, quer no plano jurídico, quer sociológico. No âmbito jurídico, a classificação dos efeitos lesivos em obediência a estes e outros parâmetros mostra-se essencial para determinar a medida da prevenção (ou, de outra perspectiva, a medida da ingerência), nomeadamente para fundamentar a adopção de técnicas de minimização dos riscos e para estabelecer métodos de pós-avaliação. No campo sociológico – e, consequencialmente, político –, a tolerabilidade do risco passa, decerto, pela delimitação dos seus efeitos em atenção a critérios desta ordem, embora a reacção social negativa nem sempre seja resultado de uma análise racional³⁹.

Pense-se, por exemplo, no alarme causado pela exploração de centrais de energia atómica, devido ao largo espectro lesivo dos efeitos da fuga de radiações, à luz de qualquer dos critérios enunciados – que, aliás, vem conduzindo ao progressivo encerramento de várias centrais nucleares implantadas nos anos 70 do século passado –, no confronto com o risco para a saúde decorrente da inalação de nicotina do tabaco – o qual se não traduziu, até agora, em qualquer decisão proibitiva da concessão de autorizações de exploração às empresas ligadas à indústria tabaqueira⁴⁰ (em contrapartida, a publicidade ao tabaco tem sido fortemente restringida, bem como a possibilidade de fumar em recintos fechados, públicos e privados). Ou, pegando em exemplos avançados por POSNER, confronte-se a reacção do público perante os riscos derivados da queda de aviões e de colisão entre a Terra e um asteroide: sendo certo que o risco do segundo tipo pode, no limite, comprometer as condições de sobrevivência da espécie humana no planeta, as pessoas são muito mais sensíveis ao risco do primeiro tipo, porque a sua ocorrência (por mais frequente) é mais facilmente materializável nas suas consciências. Nas palavras do Autor citado, “pensar na morte num desastre de avião evoca um sentimento de terror que domina por completo qualquer análise comparativa de probabilidades”⁴¹.

Descontada a margem de irracionalidade que reveste a avaliação social de alguns riscos – e que depende, normalmente, do enraizamento das práticas de risco e da sua por vezes estreita relação com o desenvolvimento de hábitos sociais que se transformaram em afirmações de personalidade –, a comunidade em geral (e os políticos em particular) tende a formular um julgamento sobre a aceitabilidade dos riscos por recurso a um balanceamento entre o alegado potencial lesivo dos seus efeitos e as vantagens dos mesmos para o seu bem-estar imediato, nomeadamente para a

³⁹ Cfr. F. OSSENBÜHL, *Die Bewertung technischer Risiken bei der Rechtsetzung*, in *DÖV*, 1982/20, pp. 833 segs, 838; S. CHARBONNEAU, *L’acceptabilité sociale du risque sanitaire en Droit européen de l’environnement*, in *RJE*, 1998/4, pp. 384 segs, 386; P. SOUSA MENDES, *Vale a pena....*, *cit.*, pp. 57 segs.

⁴⁰ Cfr. outros exemplos de “resistência social” à minimização de riscos em Z. PLATER, R. ABRAMS, W. GOLDFARB e R. GRAHAM, *Environmental law and policy: nature, law and society*, 2ª ed., St. Paul, Minnesota, 1998, p. 143.

⁴¹ R. POSNER, *Catastrophe: Risk and response*, New York, 2004, pp. 119 segs (a citação é da pág. 122). V. também pp. 165 segs, sobre a relação entre a aceitação do risco e a quantificação do valor *vida humana*.

manutenção dos seus hábitos de vida⁴². Nesta perspectiva, um dos grandes obstáculos à imposição de medidas de evitação e minimização de certos riscos consiste em que “os políticos não esperam gratidão do eleitorado por terem adoptado políticas de minimização de riscos cuja eclosão é duvidosa ou longínqua, independentemente da sua magnitude, sobretudo quando a preferência pelo combate a esses riscos envolver a preterição de outros que, embora muito menores, revelem mais probabilidade de ocorrer antes do término no mandato”⁴³.

Com efeito, a identificação do risco pode ser voluntariamente ignorada por aqueles que aceitam corrê-lo. Fumar, mas também praticar desportos radicais, ter comportamentos sexuais de risco, conduzir a alta velocidade são riscos cujo preço, na perspectiva de quem pratica tais actividades, vale a pena pagar⁴⁴. Ora, quanto mais remota, porque controversa, for a suspeita de risco derivada de uma actividade, e quanto maior for o enraizamento da sua prática na comunidade⁴⁵, maior será a dificuldade de a *destacar* do reduto do risco residual e de a transformar num risco intolerável⁴⁶.

Riscos próximos, circunscritos, que se traduzam em perda de vidas humanas ou em incapacidades vitalícias, sobretudo se *apetecíveis* para a comunicação social, são aqueles que mais facilmente captam a atenção da população no sentido da sua rejeição⁴⁷. O carácter difuso de certos riscos (v.g., a inalação de gases tóxicos), a deficiente ou contraditória informação sobre outros (v.g., os efeitos das radiações emitidas pelos telemóveis), a incidência prioritária ou exclusiva do risco sobre bens naturais (v.g., efeitos de certos pesticidas sobre a qualidade do solo, ou de uma actividade de lazer sobre uma comunidade animal), a distância temporal do *pico* do risco relativamente ao período de vida da geração presente e da subsequente (v.g., o sobreaquecimento do planeta provocado por toda a espécie de emissões poluentes, desde as industriais às domésticas), mas sobretudo a *acomodação* social a certos ris-

⁴² Sobre as “percepções públicas” do risco, leiam-se as considerações de S. BREYER, *Breaking the vicious...*, *cit.*, pp. 33 segs.

⁴³ R. POSNER, *Catastrophe:...*, *cit.*, p. 264.

⁴⁴ Cfr. A. NOLLKAEMPER, “What you risk is what you value”, and other dilemmas encountered in the legal assaults on risks, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 73 segs, 77.

⁴⁵ Cfr. as reflexões de JOSÉ ANTÓNIO VELOSO (*Sobre a natureza não sancionatória da revogação da autorização das instituições de crédito e outras questões de fiscalização de actividades reservadas: algumas notas de justificação de decisões legislativas*, in *D&J*, 2000/1, pp. 63 segs, 86, 87) sobre a natureza actual da carta de condução, “elemento indispensável do equipamento básico da chamada *social competence*”.

⁴⁶ W. MARTENS (*Wandlungen...*, *cit.*, p. 93) dá o exemplo do fumo passivo e da controvérsia sobre a sua utilização como fundamento de medidas anti-tabaco em locais públicos.

⁴⁷ Cfr. D. HORNSTEIN, *Reclaiming...*, *cit.*, p. 608 [“... some risk analysts complain that the public habitually *overestimates* low public risks, such as commercial nuclear power plants, simply because sensational but statistically unlikely mishaps (Three Mille Island, Chernobyl) happen. For the same reason, these analysts continue, the public *underestimates* large public risks such as the consumption of high-fat diets because the health consequences, although dangerous or fatal to individuals at risk, are diffuse and less sensational”].

cos — quer da parte de quem o suporta, quer da parte dos que o provocam⁴⁸ —, estes e outros factores de ponderação condicionam a análise racional do potencial lesivo do risco, forçando o decisor público a assumir uma atitude dialogante com os agentes económicos e a sociedade civil, sob pena de criação de resistências ao acatamento de medidas restritivas (v. *infra*, 4.2.1.)⁴⁹.

2. Riscos públicos e risco ambiental

Conforme nota TRUTE, o modelo social de Estado vê crescer os riscos públicos pelo menos por duas ordens de razões: por um lado, porque o abandono dos pressupostos puros do liberalismo afastou também a ideia de que o risco é uma responsabilidade exclusiva do indivíduo, enquanto componente da sua liberdade. Por outro lado, porque o crescente intervencionismo do Estado torna-o responsável pelos domínios em que actua, quer a título directo, quer a título de fiscal das actividades privadas desenvolvidas ao abrigo de autorizações concedidas pela Administração. “A mão invisível do mercado demanda a mão visível da Lei”: reconhecendo embora liberdade aos particulares para exercerem a sua actividade económica, o Estado torna-se co-responsável pelos riscos gerados por esta, sempre que a lei lhe defira competência de controlo, prévio e posterior⁵⁰.

O risco é incorporado na decisão pública quando a imprevisibilidade incide sobre a conformação de relações que envolvem bens ou interesses públicos. A natureza pública dos interesses é determinada, em primeira linha, pela Constituição, ao colocar expressamente a prossecução de certas funções a cargo de entidades públicas, de forma exclusiva ou admitindo a colaboração de privados [por exemplo, a segurança física dos cidadãos e a saúde pública, objectivos previstos nos artigos 27º e 64º/3/d) da CRP, respectivamente]. Num segundo momento, e em virtude da vaguidade ou mesmo da inexistência de referências constitucionais expressas, pode o legislador ordinário, a partir do sistema de valores em que radica a Lei Fundamental — *maxime* do princípio do Estado Social —, afectar certos domínios à intervenção pública, tais como a segurança rodoviária ou a protecção civil. Em terceiro lugar, não é de descurar o impulso da legislação comunitária, em áreas como, por exemplo, a segurança alimentar ou o comércio electrónico.

A ausência de critérios e métodos específicos de avaliação e gestão do risco em Portugal justificou a adopção, em 2001, de uma Resolução do Conselho de Ministros⁵¹ que pretendeu dar início a um processo de identificação de riscos em determinadas áreas prioritárias, na sequência do qual eventualmente se criarão mecanismos de articulação institucional entre os organismos que actualmente se ocupam da prevenção de riscos públicos.

⁴⁸ Conforme nota D. HORNSTEIN (*Reclaiming...*, *cit.*, p. 628), “Technological innovation, however, is not a «black box» into which policymakers can reach at will to extract solutions. It is a complex market process with demands that can be profoundly affected by the social process of environmental decisionmaking”.

⁴⁹ Parafrazeando P. SOUSA MENDES (*Vale a pena...*, *cit.*, p. 74), “a obra de legislação *racional* também atende aos *dados psicossociológicos*”.

⁵⁰ H.-HEINRICH TRUTE, *From past...*, *cit.*, pp. 81, 82. Ver também J.-BERNARD AUBY, *L'évolution du traitement des risques dans et part le Droit Public*, in *REDP*, 2003/1, pp. 169 segs, 171 segs.

⁵¹ Resolução 65/2001, de 6 de Junho, publicada no Diário da República, I-B, p. 3437.

A Resolução mandata:

(1). “o Ministro da Ciência e da Tecnologia⁵² para proceder, com urgência, em articulação com os outros membros do Governo, à identificação das capacidades científicas e técnicas necessárias ao funcionamento eficaz e à avaliação dos sistemas de minimização de riscos públicos, à verificação da disponibilidade actual daquelas, à determinação da capacidade operacional da sua incorporação em rotinas de certificação ou controlo e à definição institucional do seu desenvolvimento, nas áreas discriminadas no número seguinte.

2. Escolher como prioritárias, para efeitos do disposto no número anterior, as áreas seguintes:

- Segurança alimentar;
- Prevenção e controlo de epidemias;
- Qualidade e segurança de medicamentos;
- Segurança ambiental, incluindo o controlo da poluição industrial;
- Segurança das infra-estruturas, edifícios e meios de transporte;
- Segurança contra incêndios;
- Segurança rodoviária;
- Qualidade do controlo do tráfego aéreo e marítimo;
- Segurança no trabalho;
- Minimização de riscos associados a sismos ou vulcões;
- Protecção radiológica e nuclear;
- Capacidade de previsão meteorológica;
- Segurança dos sistemas informáticos”.

Os riscos identificados na Resolução são assumidos como públicos – sujeitos à supervisão de entidades públicas – em razão da sua ligação a certos bens jurídicos, alguns de nível constitucional. Matérias como a segurança alimentar, a prevenção de epidemias, o controlo dos medicamentos, reflectem-se na protecção da saúde pública; a segurança ambiental, sobretudo se reportada à poluição industrial, bem como a protecção radiológica e nuclear, relacionam-se, quer com a saúde pública, quer com a preservação dos bens ambientais naturais; a segurança das infra-estruturas, edifícios e meios de transporte, a segurança rodoviária, a segurança no trabalho são, em última análise, projecções parcelares da segurança física dos cidadãos, em função do desdobramento das suas actividades, pessoais e profissionais.

A lista apresentada não pretende ser exaustiva, antes se assume como um elenco de prioridades. De fora ficaram, por exemplo, os riscos decorrentes do terrorismo (a Resolução é anterior a 11 de Setembro de 2001), os riscos ligados à investigação no âmbito da genética, ou os riscos relacionados com a instalação de equipamentos emissores de radiações (salvo os nucleares), nomeadamente electromagnéticas. A recente Resolução 93/2002, da Assembleia da República, que pretende estabelecer um Código de conduta e boas práticas para a instalação de equipamentos que criam

⁵² Hoje, Ministro da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, nos termos dos artigos 2º/o) e 23º do DL 79/2005, de 15 de Abril (que estabelece a orgânica do XXVII Governo Constitucional), alterado pelos DLs 11/06, de 19 de Janeiro; 16/06, de 26 de Janeiro; 135/06, de 26 de Julho; 201/06, de 27 de Outubro. A orgânica do Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior, por seu turno, encontra-se no DL 214/06, de 27 de Outubro.

campos electromagnéticos⁵³, alertando para o problema dos riscos de exposição a estes fenómenos, constitui um exemplo do “respeito” que a matéria impõe.

A dificuldade e complexidade das questões relacionadas com estes riscos levam o legislador a avançar temerosamente, “em termos *soft*”, quando, por exemplo, em Itália, idêntico problema suscitou ao legislador uma intervenção concretizada numa lei-quadro, informa GOMES CANOTILHO⁵⁴. Num domínio em que estão em jogo direitos tão fundamentais como a vida, e interesses tão relevantes como a qualidade do ar, impõe-se uma atitude mais explícita na forma e nos meios de controlo deste (e de outros tipos de) risco por parte do legislador, para que a Administração disponha de parâmetros de actuação, e os tribunais não necessitem de se substituir ao legislador na elaboração de pistas de sindicabilidade dessa mesma actuação⁵⁵.

2.1. As características do risco ambiental

O tipo de risco que directamente nos ocupa neste trabalho é o risco ambiental, ou seja, a imprevisibilidade ligada aos efeitos de uma determinada actividade humana sobre a existência e capacidade regenerativa de bens ambientais naturais. Tal como julgamos ter demonstrado na Parte I, a perspectiva adoptada pela Constituição, sem deixar de ser antropocêntrica no sentido de subordinar o ambiente às necessidades humanas – *antropocentrismo funcional* –, é ecocêntrica na delimitação do objecto da protecção ambiental – *ecocentrismo objectivo*. Assim, a preservação da integridade qualitativa dos bens ambientais naturais é, a par de outras, uma tarefa do Estado, o que implica que tal tarefa seja, em primeira linha, uma missão pública, e que a avaliação e a gestão do risco ambiental constituam responsabilidades públicas.

Sem embargo da ponderação final conjunta dos riscos de uma decisão relativamente a diferentes bens jurídicos, que envolve a participação no procedimento de entidades de diversa natureza [cfr. *infra*, Parte III, Cap. I., 3.1.1.1. *ii.*)], a caracterização dos riscos deverá ser sectorial. Isto porque os métodos de gestão variam em função do tipo de riscos, ou seja, dos seus objectos, das suas causas, da sua extensão. Ponto é que a norma habilitante identifique os bens jurídicos alvo de protecção, estabelecendo prioridades quanto à gestão dos riscos envolvidos e traduzindo tais prioridades na sequência ponderativa procedimental.

⁵³ Na sequência da Recomendação do Conselho 99/514/CE, de 14 de Julho de 1999, sobre limites de exposição das populações a campos magnéticos de OHZ e 300GHZ.

⁵⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, *Electrosmog e relações de vizinhança ambiental - Algumas considerações*, in *CEDOJA*, 2002/2, pp. 9 segs, 9.

⁵⁵ Como frisa J. J. GOMES CANOTILHO (*Electrosmog...*, *cit.*, p. 12), “A disciplina jurídico-normativa da instalação de equipamentos que criam campos electromagnéticos cabe, em primeiro lugar, ao legislador. Os bens jurídicos que podem ser afectados – integridade física, saúde, ambiente e qualidade de vida – postulam necessariamente uma disciplina unitária quanto às dimensões básicas dos campos electromagnéticos. É o caso da definição dos «valores-limite», isto é, os valores de emissão que não podem ser excedidos em ambientes urbanos e estabelecimentos em lugares habitados com permanência prolongada (campos militares, prisionais, unidades industriais). É também o caso da definição dos critérios de localização dos *standards* urbanísticos e da utilização da tecnologia disponível”.

O risco ambiental ou ecológico, nos termos da concepção restrita de ambiente que adoptamos⁵⁶, caracteriza-se⁵⁷, em abstracto, por ser:

i.) **quanto ao objecto**: um fenómeno que se reflecte sobre a existência ou capacidade regenerativa de um bem natural ou de um conjunto de bens naturais. Porque os bens ambientais estão, em grande parte, adstritos a formas de utilização humana, normalmente a lei restringe – salvo casos extremos (v.g., caça de espécies em vias de extinção) –, a noção de dano em função da intensidade deste, lançando mão de conceitos tais como *gravidade* e/ou *irreversibilidade*;

ii.) **quanto à causa**: um fenómeno, quer provocado pela intervenção humana na natureza □ de forma instantânea ou sucessiva □, quer por acção das forças da própria natureza⁵⁸. Convém aqui recordar que, no estado de evolução técnico-científica actual, se torna cada vez mais difícil isolar riscos com causas puramente naturais. O *risco natural* é aquele que se verifica independentemente do concurso da vontade humana, cujas causas são estritamente reconduzidas a fenómenos naturais (exemplo paradigmático é o dos sismos), enquanto o *risco antrópico* se deve a uma acção ou omissão humana, voluntária ou involuntária, consciente ou inconsciente do resultado⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. *supra*, Parte I, Capítulo I, ponto 4.2.1.2., c), i.). Por razões operativas, também J. OCHOA MONZÓ indica os riscos ambientais como uma subcategoria (dentro da categoria do risco para coisas ou bens) com “sustantividade propia”, circunscrevendo o seu alvo de vulnerabilidade aos bens naturais (*Riesgos mayores y protección civil*, Madrid, 1996, pp. 33, 34).

⁵⁷ Cfr. esta nossa caracterização com a de Z. PLATER *et alii* (*Environmental law...*, *cit.*, pp. 136, 137), Autores que identificam o risco ambiental a partir de quatro elementos fundamentais: 1) a incerteza científica quanto à sua geração e quanto às consequências que têm; 2) com benefícios relativamente baixos; 3) com custos potencialmente elevados; e 4) com relativamente baixa probabilidade de ocorrência de danos catastróficos.

⁵⁸ Pense-se, por exemplo, em duas situações claramente diversas: a descarga de poluentes tóxicos para uma lagoa, que aniquila milhares de espécies piscícolas; e a erupção de um vulcão para o oceano, que mata igualmente milhares de peixes. A primeira, obra do Homem, levanta óbvios problemas de responsabilização dos agentes poluidores; a segunda é obra da natureza, insusceptível de gerar vínculos indemnizatórios.

Assim, dir-se-ia que os riscos naturais não relevam nesta sede, uma vez que a sua total imprevisibilidade exonera os poderes públicos de criar instrumentos destinados à sua prevenção. Porém, desde que haja uma mínima margem de probabilidade da sua eclosão □ mesmo que não (ainda) científica mas apenas baseada em dois ou três precedentes de consequências assinaláveis □, as autoridades deverão ponderar a adopção de medidas preventivas, sob pena de poderem, eventualmente, vir a ser acusadas de omissão negligente (v.g., autorização de construção em zonas inundáveis – cfr. a figura das “zonas adjacentes” e as restrições de utilidade pública a que podem ficar sujeitas, nos termos do artigo 25º da Lei 54/2005, de 15 de Novembro).

Ver, sobre a questão da responsabilização, J. JORDANO FRAGA, *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho Público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Barcelona, 2000, *passim* e, sobre o problema da assunção das tarefas de prevenção e neutralização dos riscos naturais pelos poderes públicos, pela mão das autoridades encarregadas da protecção civil, J. OCHOA MONZÓ, *Riesgos mayores...*, *cit.*, *max.* pp. 53 segs.

⁵⁹ Esta distinção tem relevância, quer ao nível (óbvio) da imputação de responsabilidade por danos ecológicos, quer ao nível da prevenção procedimentalizada, muito dificultada pela muitas vezes total imprevisibilidade de certos riscos naturais.

Mais frequente, na actualidade, será uma terceira situação, a que alude OCHOA MONZÓ, relativa aos *riscos mistos ou induzidos*: “(...) todos os eventos em que a causa do risco pode ser natural, mas em que a produção ou agravação dos danos se deve, em maior ou menor medida, à acção humana, e vice versa”⁶⁰;

iii.) quanto à **extensão**: um fenómeno de extensão territorial tendencialmente alargada, ou mesmo global (com incidência regional, nacional ou mundial).

3. Da defesa contra perigos à antecipação de riscos

A actividade de defesa de perigos esteve desde sempre ligada à prevenção. A ideia de Estado, entendida como estrutura de sobrevivência de uma comunidade politicamente organizada, traz consigo a necessidade de evitar danos significativos em pessoas e bens⁶¹. Por isso o risco foi progressivamente deixando de ser considerado como uma fatalidade para passar a integrar, a título essencial, a ponderação decisória das entidades públicas em determinados domínios⁶².

Cumprе assinalar que este trabalho incide, em especial, sobre a prevenção de riscos *imediatamente* induzidos pela técnica, ou seja, aqueles que, de acordo com a caracterização a que aludimos no final do ponto anterior, são provocados, de forma *directa*, pela utilização de novas tecnologias. Ficam, assim, de fora da nossa análise os riscos sismológicos, bem como os perigos ligados a fenómenos naturais de carácter meteorológico, os quais, ainda que remotamente possam ter uma causa humana, se distinguem do risco ambiental em sentido estrito na medida em que, muitas das vezes, apresentam características constantes por relação com situações precedentes⁶³. A tendencial previsibilidade destes fenómenos, no curto prazo, permite destacá-los do risco tecnológico *puro*⁶⁴, e remetê-los para o cuidado de autoridades especialmente dedicadas à prevenção e minimização dos efeitos de catástrofes naturais: as entidades com competências no âmbito da protecção civil⁶⁵.

3.1. A prevenção do perigo como tarefa do Estado

A actividade de prevenção do perigo, estreitamente ligada à noção de polícia, evoluiu de uma esfera mínima, no Estado liberal (*i.*), para um âmbito mais amplo, proporcional aos encargos que o Estado Social assumiu, *maxime* a uma protecção positiva dos direitos fundamentais (*ii.*). Esse alargamento provocou um fenómeno

⁶⁰ J. OCHOA MONZÓ, *Riesgos mayores...*, *cit.*, p. 31.

⁶¹ Cfr. W. MARTENS, *Wandlungen...*, *cit.*, p. 90.

⁶² Cfr. G. MARTIN, *Le concept...*, *cit.*, *loc. cit.*.

⁶³ A devastação provocada pelo furacão *Katrina* em Setembro de 2005, em Nova Orleães, é bem demonstrativa de uma correcta avaliação de risco natural — um artigo publicado um ano antes continha previsões que, na ausência da prevenção adequada, se verificaram plenamente — que não obteve das autoridades a resposta idónea no âmbito da gestão preventiva dos riscos previsíveis.

⁶⁴ Embora deva reconhecer-se a crescente dificuldade em isolar riscos estritamente naturais, ou seja, totalmente independentes da acção humana — cfr. *supra*, nota 58.

⁶⁵ Desta realidade (no Direito espanhol) trata J. OCHOA MONZÓ na obra já citada *Riesgos mayores y protección civil*.

paradoxal: a um reforço formal da vinculação competencial contrapôs-se um afrouxamento material da norma habilitante, fruto da necessidade de translação do poder conformativo de posições jusfundamentais do legislador para o administrador (*iii.*).

i.) No período liberal, só quando tal se afigurava imprescindível à sobrevivência dos cidadãos ou das actividades económicas se permitia o Estado influir na regulação invisível subjacente à organização social. Apenas quando a omissão constituía, em si mesma e inquestionavelmente, um atentado à liberdade individual que o Estado liberal tanto prezava, este se arrancava da inércia. O perigo tinha uma amplitude *quantitativamente* correspondente ao âmbito da missão de manutenção da ordem e segurança públicas, reduto essencial de significação da actividade interventiva do Estado-polícia⁶⁶.

Qualitativamente, o perigo da era liberal revestia também contornos específicos, nomeadamente quanto à conformação legislativa dos pressupostos de actuação das autoridades de polícia. Apesar da opção generalizada, nesse período, pelo sistema da cláusula geral — o que levaria a pensar numa extrema abertura à ingerência administrativa —, a atitude ideológica abstencionista do Estado e dos seus organismos impunha uma interpretação reducionista dos poderes de intervenção. Esta leitura restritiva das normas habilitantes constituía como que uma limitação interna, um consciente *self-restraint* administrativo, que continha a ingerência no limiar das ameaças graves à vida, integridade física e propriedade dos cidadãos. A um máximo de liberdade correspondia um mínimo de espaço de livre decisão, tal se traduzindo em que só a verificação comprovada dos pressupostos de facto da reacção policial tinha a virtualidade de a desencadear.

Foi a contenção a que a Administração agressiva se determinou a razão do entendimento restrito da noção de perigo, quer quanto à identificação dos eventos lesivos justificativos da intervenção, quer quanto ao âmbito do poder de avaliação dos pressupostos de tal intervenção. Tradicionalmente, a ingerência administrativa tinha por fundamento: 1) o conhecimento de determinadas circunstâncias, as quais, 2) segundo regras de experiência, 3) iriam desenvolver-se no sentido de provocar, com probabilidade variável, uma lesão de bens protegidos pela ordem jurídica⁶⁷. A chave da legitimação da intervenção residia na capacidade de prever a ocorrência do facto lesivo através de regras de experiência dominadas pelas autoridades competentes para a emissão da decisão. Ou seja, o conceito de polícia era, formal e materialmente operativo, porquanto, embora estreito nos meios e fins de actuação, bastava ao minimalismo interventivo do Estado liberal.

O Estado Social ditou a despedida do conceito material de polícia enquanto actividade reduzida à garantia da ordem pública⁶⁸. Esta última noção ficou inutilizada

⁶⁶ Sobre o conceito de “defesa de perigos” como fundamento das intervenções ablativas da Administração agressiva, UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, pp. 10 segs, e 30 segs.

⁶⁷ UDO DI FABIO, *Entscheidungsprobleme...*, *cit.*, p. 354.

⁶⁸ Cfr. W. MARTENS, *Wandlungen...*, *cit.*, p. 89, e H.-UWE ERICHSEN, *Der Schutz der Allgemeinen und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Executive*, in *VVDStRL* 35 (1977), pp. 171 segs, 182 segs. Na doutrina portuguesa, vejamos J. M. SÉRVULO CORREIA, *Polícia*, in *DJAP*, VI, Lisboa, 1994, pp. 393 segs, *max.* 402 segs; J. REIS NOVAIS, *As restrições...*, *cit.*, pp. 475 segs, esp. 478 segs, e PEDRO LOMBA, *Sobre a teoria das medidas de polícia administrativa*, in *Estudos de Direito de Polícia*, I, coord. de Jorge Miranda, Lisboa, 2003, pp. 177 segs, 181 segs.

como fundamento de intervenção do Estado porque, de uma banda, o seu universo de aplicação objectivo se alargou de forma desmesurada – o que a *neutralizou* juridicamente, desligando-a da matriz da Administração agressiva; de outra banda, foi perdendo a ligação a uma certa ideia de moral instituída, abrindo-se à diferenciação de concepções típica de uma sociedade democrática e pluralista – facto que lhe diminuiu de forma drástica o universo de aplicação subjectivo, *aniquilando-a* enquanto padrão moral aferidor do comportamento devido⁶⁹.

ii.) O Estado de Direito democrático, porque fomenta a existência de uma sociedade aberta, assente nos valores da dignidade da pessoa humana, da tolerância e dos direitos das minorias, não se permite pressupor qualquer noção de ordem pública construída a partir de concepções sociais dominantes e só dessas⁷⁰. O pluralismo é avesso a qualquer preferência automática pela garantia do interesse da maioria e prescinde de um conceito apriorístico de “bem comum”⁷¹.

A ideia de ordem pública, tal como era entendida no período liberal, perdeu sentido, portanto, por ser profundamente excludente. Hoje ela só pode ser substituída por uma síntese ponderativa dos valores acolhidos pela Constituição, “abrindo, por essa via, o direito de polícia, situado no ponto de intersecção entre poder de Estado e liberdade dos cidadãos, ao efeito irradiante dos direitos fundamentais”⁷². Assim se compreende a afirmação de KLEIN, no sentido de que, actualmente, a protecção da ordem constitucional é tarefa dos tribunais, não da polícia⁷³.

Com efeito, a ordem pública desdobra-se consoante as prioridades de intervenção pública – a aferir em diálogo com a Constituição e sob controlo jurisdicional –, e metamorfoseia-se em razão da permanente necessidade de conciliação dos valores sociais emergentes⁷⁴. “Assim, a cláusula geral de polícia e o conceito de ordem pública, se bem que desenvolvidos e aparentemente cristalizados como conceitos tradicionais de Direito Administrativo, abrem-se à dinâmica que lhes é conferida pela impregnação pelos valores próprios da ordem constitucional aberta e pluralista do Estado de Direito democrático e, nesse sentido, revelam a indeterminabilidade que advém da impossibilidade de definição prévia e abstracta da medida concreta e pon-

⁶⁹ Como intuiu F. GARRIDO FALLA, aliar a polícia à ordem pública, numa altura em que esta noção perde o pé das premissas minimalistas do Estado liberal, significa relativizar de uma vez para sempre a noção de polícia, tornando-a “contingente e variável” – *Los medios de la policia y la teoria de las sanciones administrativas*, in *RAP*, nº 28, 1959, pp. 11 segs, 12, 13.

⁷⁰ Cfr. as reflexões de H. KLEIN sobre a medida de tolerância necessariamente subjacente à avaliação de comportamentos “desviantes” numa sociedade democrática – *Zur Auslegung des Rechtsbegriffs der “öffentlichen Sicherheit und Ordnung”*, in *DVBl*, 1971/7, pp. 233 segs, 238 segs.

⁷¹ H.-UWE ERICHSEN, *Der Schutz...*, *cit.*, pp. 193, 196 e 206.

⁷² J. REIS NOVAIS, *As restrições...*, *cit.*, pp. 480, 481

⁷³ H. KLEIN, *Zur Auslegung...*, *cit.*, p. 237.

⁷⁴ Cfr. F. GARRIDO FALLA, *Las transformaciones del concepto jurídico de policia administrativa*, in *RAP*, 1953, pp. 11 segs, 17 segs. G. ERBEL [Der Streit um die «öffentliche Ordnung» als polizeirechtliches Schutzgut, in *DVBl*, 1972/14, pp. 475 segs, 480], chama a atenção para a necessidade de coerência interna do conceito de “ordem pública” e para as condições da sua *realizabilidade* prática, intimamente dependentes da interpretação do texto constitucional, chegando à conclusão de que a tarefa de manutenção da ordem pública só é legítima se se desenvolver em diálogo permanente com as necessidades sociais em constante desenvolvimento e transformação (p. 481).

tual da necessária compatibilização entre autoridade e liberdade, entre integração comunitária e autonomia individual. Ora, essa compatibilização é necessária, não apenas porque em Estado de Direito não pode ser reconhecida, à partida, a prevalência geral e abstracta de quaisquer bens – incluindo os de *ordem pública* – contra os direitos fundamentais, mas também porque os direitos e liberdades fundamentais participam, agora, do próprio conceito de *ordem pública* e constituem limite essencial e intrínseco a toda a actividade de *polícia*”⁷⁵.

Confrontada com os princípios da reserva de lei e do carácter restritivo das restrições, a ordem pública sujeita-se actualmente à aplicação dos critérios de concordância prática e optimização dos valores constitucionais⁷⁶. Ela é o resultado do apuramento, em concreto, da relação de valores estabelecida a partir da Lei Fundamental, e não um ponto de partida abstracto, alicerce de restrições imanentes a direitos fundamentais⁷⁷. Mesmo a utilização de conceitos determináveis a partir da aplicação e não da mera enunciação normativa em domínios específicos (como o ambiente, a saúde, o urbanismo), sinal da impotência do legislador em face de uma realidade em contínua mutação denota, no limite, uma tentativa no sentido de circunscrever o âmbito de actuação do poder administrativo em função de objectivos, não a reabilitação de uma qualquer cláusula especial de ordem pública ambiental, sanitária ou urbanística⁷⁸.

No essencial, a ordem pública tende hoje a corresponder à necessidade de garantir a intangibilidade de direitos e valores fundamentais para os cidadãos e para o Estado perante riscos iminentes ou actuais, nos limites da proporcionalidade, actividade desenvolvida preferencialmente pelas autoridades de polícia de segurança (cfr. o artigo 272º/2 da CRP)⁷⁹. Mas, na verdade, já se não alude a um qualquer conceito místico de ordem pública, antes se trata da caracterização do pressuposto habilitante de intervenções desprocedimentalizadas e mesmo falhas de fundamento legal específico: a urgência⁸⁰.

A actividade de prevenção de perigos enquanto *munus* das autoridades policiais descaracterizou-se, portanto, no plano material, pois perdeu o seu referencial por excelência: a ordem pública. No entanto, no plano formal, a tarefa de protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos por recurso a uma equação concreta dos valores, públicos e privados, em jogo, saiu reforçada com a diluição das fronteiras à intervenção estadual. Isto porque a lei emerge como garante formal da esfera de liberdade do cidadão em face de uma Administração cuja “agressividade” aumentou na proporção directa da sua “prestabilidade”. Mas este reforço tem, também, algo de ilusório.

⁷⁵ J. REIS NOVAIS, *As restrições...*, cit., p. 482.

⁷⁶ Cfr. H.-UWE ERICHSEN, *Der Schutz...*, cit., pp. 192 segs.

⁷⁷ W. MARTENS, *Wandlungen...*, cit., pp. 91, 92.

⁷⁸ Cfr. H.-UWE ERICHSEN, *Der Schutz...*, cit., p. 175.

⁷⁹ Nas palavras do STA, “(...) a actuação de um agente policial só será de qualificar como acção de manutenção da ordem pública quando a actuação se desenvolva em clima de perturbação e ou inquietude que importe um risco agravado face ao risco normal da sua actividade” – Acórdão de 4 de Junho de 1992, in *ApDR* de 16 de Abril de 1996, pp. 3699 segs, 3702.

⁸⁰ Neste sentido, J. REIS NOVAIS, *As restrições...*, cit., pp. 485 segs. Sobre a urgência como pressuposto de habilitação de ingerências administrativas em coacção directa, v. o nosso *Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra, 1999, pp. 180 segs.

iii.) No Estado Social — aquele, recorda OSSENBÜHL, que cuida antecipativamente (*Leistungsvorsorge*)⁸¹ — a prevenção ganha espaço. O seu papel cresce em importância, no quadro do conjunto de tarefas das autoridades públicas, como garantia da protecção de bens essenciais, desancorada agora de um conceito de ordem pública rarefeito, mas sustentada por leis especiais para cada novo domínio de intervenção pública⁸². “Quanto mais concreto for o título habilitativo da ingerência, maior garantia tem o cidadão no confronto com o poder estadual”⁸³.

O princípio da prevenção, que no Estado liberal se limitava a evitar a produção de eventos cuja ocorrência estava causalmente determinada (em razão da sua iminência) ou era causalmente determinável (por recurso a regras de experiência) sofre, a par de uma *extensão objectiva*, uma *extensão funcional*, por força do advento do fenómeno do risco. Na exposição de ERICHSEN, “o conceito de perigo abre-se às prognoses de probabilidade, que envolvem a ponderação de valores supra-individuais e que contextualizam a prevenção num horizonte espaço-temporal mais alargado. Num mundo intensamente tecnológico e fortemente industrializado, os «dados da experiência quotidiana» tornam-se problemáticos enquanto instrumento de aferição de nexos de probabilidade”⁸⁴.

Com efeito, a ingerência administrativa no âmbito da defesa de perigos baseia-se no pressuposto de que, com *probabilidade*, da omissão pública resultará um dano, o que é distinto de aceitar que a *mera possibilidade* de ocorrência do evento lesivo basta para accionar uma competência que se traduz na prática de actos restritivos de direitos dos particulares⁸⁵. O conteúdo da norma habilitativa deve acompanhar, na medida do possível, esta extensão, objectiva e funcional. É mais um desafio que se coloca à tarefa de reconstrução do sentido da lei como vinculação positiva do poder administrativo⁸⁶.

Passando a legitimidade da ingerência da Administração na esfera jurídica dos cidadãos a depender da existência de uma norma concretamente habilitante (no mínimo, quanto à competência e âmbito material de intervenção), a lei impõe-se enquanto forma dessa legitimidade, embora se degrade na sua substância. Esta *degradação* é o preço a pagar pela dinâmica exigida à actividade administrativa na sua *perseguição* de interesses públicos em constante convulsão, e redundando na necessidade de adaptar a cláusula habilitativa à pressão da realidade, prescindindo gradualmente da sua determinabilidade *a priori* (pelo legislador) para apostar na sua determinação *a posteriori* (pela Administração).

⁸¹ F. OSSENBÜHL, *Vorsorge...*, *cit.*, p. 162 — o Autor lembra que, antes do interesse suscitado pelo *Vorsorgeprinzip*, já a noção de *Vorsorge* (que significa prover, providenciar, cuidar numa perspectiva antecipativa) era conhecida do sistema de Direito Administrativo, nomeadamente através da expressão *Daseinsvorsorge*, introduzida por Forsthoff para caracterizar a nova atitude do Estado Social.

⁸² Cfr. W. MARTENS, *Wandlungen...*, *cit.*, pp. 92 segs.

⁸³ UDO DI FABIO, *Gefahr, Vorsorge, Risiko: Die Gefahrenabwehr unter dem Einfluss des Vorsorgeprinzips*, *in Jura*, 1996/11, pp. 566 segs, 567.

⁸⁴ Cfr. H.-UWE ERICHSEN, *Der Schutz...*, *cit.*, p. 186.

⁸⁵ UDO DI FABIO, *Entscheidungsprobleme...*, *cit.*, p. 354.

⁸⁶ Cfr. UDO DI FABIO, *Gefahr...*, *cit.*, pp. 567, 568; R. SCHMIDT, *Der Staat...*, *cit.*, pp. 749, 750.

Na sequência do que se disse no Capítulo II da Parte I (designadamente, ponto 4.4.1.1.), e anunciando o desenvolvimento a que se procederá nesta segunda Parte (no Capítulo II, ponto 2.3.), a lei deixa de ser um *espartilho* e adquire uma função de impulso e orientação da acção administrativa, a qual ganha espaço de construção dos quadros de exercício da competência em termos finais. A Administração, intérprete privilegiada do sentido do(s) “interesse(s) público(s)”, apoiada em normas de programação final, vai proceder à adaptação situacional da norma habilitante, a qual se vê investida de uma nova flexibilidade, mas também de uma nova variabilidade⁸⁷.

3.2. A emergência do “princípio da precaução”

A imprevisibilidade é uma das grandes responsáveis pela mudança a que acabamos de fazer referência. Rendendo-se à evidência da incerteza como factor perturbador da avaliação dos pressupostos de actuação das autoridades administrativas, o legislador do Estado Social vê-se confrontado com a necessidade de *extensão funcional* dos poderes da Administração quanto à prevenção de perigos, agora multiplicados e transformados em riscos.

Há quem considere que esta evolução, de prevenção de perigos para prevenção de riscos, gerou o aparecimento de um novo princípio – o princípio da precaução –, destinado a combater os problemas decorrentes da crescente perda de certezas no plano científico por força do *continuum* da evolução tecnológica. “Sem chegar até à situação perfeita e paradoxal na qual a precaução se destinaria a preparar o imprevisível (já não como imprevisto, mas como impensável) (...), pode dizer-se que a precaução consiste em ponderar um risco mal definido, mal conhecido ou conhecido mas difícil de quantificar”⁸⁸. Tratar-se-ia, ao cabo e ao resto, de acrescer “uma margem de segurança suplementar à prevenção, a desencadear na presença de uma simples probabilidade de risco”⁸⁹.

Justificado o ponto de vista científico, o princípio da precaução resulta de uma preocupação política, a saber, aumentar ao máximo o limite de ingerência consentida à Administração nos casos de actividades potencialmente lesivas do ambiente e da saúde pública. Este aumento justificar-se-ia em razão da extrema fragilidade destes bens, a qual obriga a fazer corresponder a impossibilidade de previsão cabal dos efeitos de uma determinada intervenção ou omissão, pública ou privada, a uma decisão que lhes assegure adequada tutela, independentemente dos contra-interesses envolvidos. Em nome da precaução, sempre *in dubio pro ambiente* (amplamente entendido).

⁸⁷ Cfr. R. SCHMIDT, *Der Staat...*, *cit.*, pp. 750, 751; R. STEINBERG, *Der ökologische...*, *cit.*, pp. 270 segs.

⁸⁸ G. DELANNOI, *Sagesse, prudence, précaution*, in *RJE*, 2000 - n° especial, pp. 11 segs, 16.

⁸⁹ L. BAGHESTANI-PERREY, *La valeur juridique du principe de précaution*, in *RJE*, 2000 - n° especial, pp. 19 segs, 19.

3.2.1. As origens do princípio: o *Vorsorgegrundsatz*

As origens do princípio da precaução costumam ser identificadas com a sua consagração em instrumentos de Direito Internacional. No entanto, a fonte de inspiração do princípio encontra-se na legislação ambiental alemã, concretamente no artigo 5 da Lei federal sobre a protecção contra as emissões (*Bundes-Immissionschutzgesetz*, de 1974 = *BlmSchG*)⁹⁰ (i.). Esta disposição contém, no parágrafo 1, dois números que a doutrina alemã tem identificado com duas diferentes situações: o n.º 1 consagra um dever de protecção (*Schutzpflicht*), enquanto do n.º 2 se extrai um dever de prevenção (*Vorsorgepflicht*)⁹¹ – existindo um dissenso quanto ao âmbito de aplicação de ambas as normas (ii.). À margem da querela doutrinal quanto às premissas, no entanto, o consenso em torno da necessidade de alargamento da prevenção ao risco, nos limites da técnica e modulada pela proporcionalidade, é evidente (iii.). De relevar é, de igual modo, a preocupação quanto ao estabelecimento de bases firmes de actuação dos poderes administrativos de prevenção de riscos (iv.).

i.) O princípio da protecção de bens ambientais (saúde, animais, plantas e outros bens, conforme prevê o artigo 1 da *BlmSchG*) corresponde à noção mínima de prevenção e vincula as autoridades administrativas, perante a confirmação de uma lesão daqueles bens directamente decorrente da actuação cuja autorização se pretende, a indeferir este pedido. Trata-se de situações de causalidade comprovada através de juízos de experiência ou de dados científicos consensuais, as quais devem ser evita-

⁹⁰ Num certo sentido, pode dizer-se que o *Vorsorgegrundsatz* já está presente na Lei das instalações nucleares (*Atomgesetz*, de 1959, revista em 1976), concretamente no artigo 7, parágrafo 2, n.º 3, na medida em que esta disposição sujeita a concessão de autorizações para implantação de centrais nucleares à avaliação dos perigos daí decorrentes. No entanto, doutrina e jurisprudência convergem no sentido de considerar esta norma ainda filiada na ideia de prevenção de perigos, embora no limiar da previsibilidade – H. VON LERSNER, *Vorsorgeprinzip*, in *Handwörterbuch des Umweltsrechts*, II, org. de O. Kimminich, H. F. von Lersner e P.-Christoph Storm, Berlin, 1988, pp. 1086 segs, 1090. Vide *infra*, 4.2.2.1..

Um outro ponto de apoio do princípio costuma ser apontado, ao nível político e posteriormente à entrada em vigor da *BlmSchG*: o Relatório governamental sobre o Ambiente, de 1976, no qual se afirmava dever a prevenção em matéria ambiental ultrapassar o nível mínimo da defesa de perigos (“Umweltpolitik erschöpft sich nicht in der Abwehr drohender Gefahren und der Beseitigung eingetretener Schäden. Vorsorgende Umweltpolitik verlangt darüber hinaus, dass die Naturgrundlagen geschützt und schonend in Anspruch genommen werden”).

⁹¹ Sobre o tema, v., entre muitos, G. FELDHAUS, *Der Vorsorgegrundsatz des Bundes-Immissionschutzgesetzes*, in *DVBl*, 1980/4, pp. 133 segs; D. SELLNER, *Zum Vorsorgegrundsatz im Bundes-Immissionschutzgesetz*, in *NJW*, 1980/23, pp. 1255 segs; W. MARTENS, *Immissionsschutzrecht und Polizeirecht*, in *DVBl*, 1981/13, pp. 597 segs; H.-WERNER RENGELING, *Die Immissionsschutzrechtliche Vorsorge als Genehmigungsvoraussetzung*, in *DVBl*, 1982/14, pp. 622 segs; J. IPSEN, *Die Genehmigung technischer Grossanlagen. Rechtliche Regelung und neuere Judikatur*, in *AÖR*, Band 107, 1982, pp. 259 segs, 261 segs; E. GRABITZ, *Zweck und Maß der Vorsorge nach dem Bundes-Immissionschutzgesetz*, in *WisVw*, 1984/4, pp. 232 segs; G. SCHWERTFEGGER, *Das System der Vorsorge im BlmSchG*, in *WisVw*, 1984/4, pp. 217 segs; C. SCHRÖDER, *Vorsorge als Prinzip des Immissionsschutzrechts*, Frankfurt/Bern/New York/Paris, 1987, esp. pp. 64 segs; A. REICH, *Gefahr...*, *cit.*, pp. 10 segs; M. KLOEPFER e H. KRÖGER, *Zur Konkretisierung...*, *cit.*; F. PETERSON, *Schutz und Vorsorge*, Berlin, 1993, esp. pp. 116 segs (sobre o sentido no n.º 1) e 191 segs (sobre o sentido do n.º 2); M. GERMANN, *Das Vorsorgeprinzip als vorverlagerte Gefahrenabwehr*, Wien/New York, 1993, pp. 29 segs.

das pelas entidades competentes sob pena de violação do dever de protecção enunciado no nº 1. A jurisprudência administrativa federal entende que esta disposição adstringe as autoridades a um dever de protecção no sentido da exclusão de riscos cuja probabilidade se revele suficiente⁹².

O dever de prevenção de riscos inscrito no nº 2 tem como objectivo evitar ou minimizar consequências nocivas possíveis para o ambiente através do recurso à técnica e no limite das possibilidades desta. Estamos aí perante uma prevenção realizada na medida do possível, e por isso estreitamente ligada ao princípio da proporcionalidade. Quanto mais prejudicial se configurar o hipotético efeito lesivo para os bens jurídicos protegidos pela norma, e quanto mais valiosos estes se revelarem, menor deverá ser o grau de probabilidade exigível para desencadear a ingerência administrativa na sujeição da autorização a parâmetros de segurança⁹³. A diluição dos pressupostos de facto do exercício da competência, em virtude da introdução do factor incerteza no nº 2, em contraposição à previsão do nº 1 — que aponta no sentido da verificabilidade da superveniência do dano —, leva GRABITZ a afirmar que, embora ambas as normas se dirijam à prevenção de perigos, o nº 1 exige-a, enquanto o nº 2 apenas a aconselha⁹⁴.

A ponderação de valores, corporizada na proporcionalidade em sentido estrito — proibição de excesso — surge aqui como elemento constitutivo do princípio da prevenção de riscos⁹⁵. O seu manuseamento pelas autoridades deve ser cuidadoso, a fim de evitar, quer uma sobrevalorização, quer uma subvalorização da habilitação competencial administrativa⁹⁶. Com efeito, o problema não reside só na existência da cláusula habilitante de ingerência mas também, e sobretudo, na interpretação do seu alcance: se ficar aquém do limiar de previsibilidade, as autoridades estarão a demitir-se do exercício da sua função de prevenção de danos ambientais; se for além do humanamente previsível (por recurso aos melhores dados científicos), podem ver-lhes assacada a acusação de invasão do reduto ineliminável de liberdade (de iniciativa económica, de investigação científica).

ii.) Na doutrina alemã desenham-se fundamentalmente duas posições relativamente à interpretação dos nºs 1 e 2 do parágrafo 1 do artigo 5 da BImSchG: para uns, a diferença entre as duas normas reside no grau de probabilidade de ocorrência de efeitos lesivos, dirigindo-se o nº 1 à defesa contra perigos, enquanto o nº 2 constitui um imperativo de minimização de riscos do acto autorizativo, que a Administração prossegue através da ponderação de valores e por recurso à técnica⁹⁷.

⁹² D. SELLNER, *Zum Vorsorgegrundsatz...*, *cit.*, p. 1256; G. SCHWERDTFEGER, *Das System...*, *cit.*, p. 220.

⁹³ M. KLOEPFER e H. KRÖGER, *Zur Konkretisierung...*, *cit.*, p. 11 (v. também as considerações tecidas na página seguinte sobre a suspeita de perigo — *Gefahrenverdacht*).

⁹⁴ E. GRABITZ, *Zweck...*, *cit.*, p. 238.

⁹⁵ A. REICH, *Gefahr...*, *cit.*, pp. 217, 218.

⁹⁶ D. SELLNER, *Zum Vorsorgegrundsatz...*, *cit.*, p. 1257.

⁹⁷ Neste sentido, H.-WERNER RENGELING, *Die Immissionsschutzrechtliche...*, *cit.*, pp. 625 segs; J. IPSEN, *Die Genehmigung...*, *cit.*, p. 262; G. SCHWERDTFEGER, *Das System...*, *cit.*; C. SCHRÖDER, *Vorsorge...*, *cit.*, pp. 149 segs, *max.* 160, 161; F. OSSENBÜHL, *Vorsorge...*, *cit.*, p. 162; A. REICH, *Gefahr...*, *cit.*, esp. pp. 177 segs; M. KLOEPFER e H. KRÖGER, *Zur Konkretisierung...*, *cit.*; F. PETERSON, *Schutz...*, *cit.*, pp. 203 segs (*max.* 211).

Para outros, o nº 2 atribui um espaço de livre decisão (*Freiraum*) à Administração que lhe permite, por recurso à técnica e nos limites da proporcionalidade, contextualizar mais amplamente o exercício da competência autorizativa, trazendo para a ponderação elementos tais como o ordenamento do território, urbanismo, economia, planeando assim a concessão de autorizações ambientais em função da distribuição equilibrada das fontes de risco e da protecção das condições de fruibilidade ambiental das gerações vindouras⁹⁸.

A primeira tese debate-se com a extrema dificuldade em fixar as fronteiras da previsibilidade – pressuposto da escolha entre o nº 1 e o nº 2⁹⁹. Teoricamente, pode dizer-se que a prevenção a que alude o artigo 5 reveste dois graus¹⁰⁰: o grau de previsibilidade comprovada dos efeitos lesivos de uma actividade poluente (que integra o nº 1), e o grau de possibilidade lesiva dessa actividade, aferido à luz do (défice de) conhecimento científico actual (que só o nº 2 permite avaliar e gerir)¹⁰¹. Na prática, o problema é, como já se observou, aferir qual o mínimo de possibilidade exigível para integrar o nº 2 e qual o máximo de probabilidade para justificar a aplicação do nº 1¹⁰². Nomeadamente, os autores afadigam-se em torno da distinção entre uma mera suspeita e uma probabilidade suficiente de produção de consequências nocivas para os bens jurídicos ambientais¹⁰³.

Esta orientação é considerada como um mero prolongamento do dever de prevenção ínsito no nº 1, retirando, por isso, ao risco qualquer significação autónoma como forma de extensão do alcance da competência administrativa. “O nº 2 não é uma extensão quantitativa do nº 1, não se traduz numa «antecipação» antecipativa do dever ínsito no nº 1”, escreve FELDHAUS, um dos críticos desta posição e principal arauto da segunda tese¹⁰⁴. Os defensores da tese da *Freiraum* como espaço de discricionariedade de planeamento reconduzem todas as lesões de ocorrência minimamente provável ao nº 1, abrindo ao nº 2 um espaço próprio, determinado pelo fim da protecção-promoção da qualidade regenerativa dos bens ambientais naturais no quadro de um desenvolvimento sustentado¹⁰⁵ – enquanto a posição contrária, centrada na prevenção das actividades poluentes, se restringiria ao objectivo da protecção-conservação¹⁰⁶.

⁹⁸ Neste sentido, G. FELDHAUS, *Der Vorsorgegrundsatz...*, *cit.*, pp. 135 segs; D. SELLNER, *Zum Vorsorgegrundsatz...*, *cit.*, p. 1257; W. MARTENS, *Immissionsschutzrecht...*, *cit.*, p. 603; E. GRABITZ, *Zweck...*, *cit.*, *passim* (mas esp. p. 243).

⁹⁹ H.-WERNER RENGELING, *Die Immissionsschutzrechtliche...*, *cit.*, p. 625.

¹⁰⁰ Não se trataria de duas categorias diversas, mas antes de duas gradações de uma mesma noção (de prevenção) – E. REHBINDER, *Das Vorsorgeprinzip im internationalen Vergleich*, Düsseldorf, 1991, pp. 249, 250.

¹⁰¹ M. KLOEPFER e H. KRÖGER, *Zur Konkretisierung...*, *cit.*, pp. 11 segs.

¹⁰² Equacionando os limites mínimos da *Vorsorge* (*Grenzen der Vorsorge nach unten*), v. M. GERMANN, *Das Vorsorgeprinzip...*, *cit.*, pp. 44 segs.

¹⁰³ M. KLOEPFER e H. KRÖGER, *Zur Konkretisierung...*, *cit.*, p. 12.

¹⁰⁴ G. FELDHAUS, *Der Vorsorgegrundsatz...*, *cit.*, p. 135 (v. também pág. 137, onde o Autor esclarece que “der Vorsorgegrundsatz nicht auf «Risikovorsorge», sondern auf eine planende Umweltgestaltung im gefahrenfreien Raum ausgerichtet ist”).

¹⁰⁵ Cfr. G. FELDHAUS, *Der Vorsorgegrundsatz...*, *cit.*, p. 135 (o Autor identifica dois espaços de discricionariedade: um destinado à garantia do espaço vital, outro incidente sobre a salvaguarda do objectivo da industrialização).

¹⁰⁶ H. VON LERSNER, *Vorsorgeprinzip*, *cit.*, p. 1088.

Em contrapartida, os defensores da tese da *Vorsorge* como forma de minimização dos riscos derivados de emissões poluentes começam por frisar que nada, nem na letra, nem na estrutura da norma do nº 2 permite concluir no sentido da concessão de tamanha abertura objectivo-temporal do espaço de livre decisão administrativa¹⁰⁷. Tal *construção* abrangente dos fins da ponderação concreta contribui para a perda de uniformidade do critério de minimização do risco que a lei enunciou – por recurso à cláusula do estado da técnica (*Stand der Technik*) –, e provoca a dissolução do fim da prevenção numa amálgama de outros objectivos não individualizados como fins da protecção promovida pela BImSchG¹⁰⁸. Esta compreensão extensiva do nº 2, segundo REICH, legitimaria as autoridades competentes, na prática, a abdicar do limite nacional estabelecido na lei, da possibilidade técnica de minimização dos riscos e a substituí-lo por limites regionais (naturalmente correspondentes ao seu âmbito competencial) que o contextualizam à luz das realidades ambientais, sociais, económicas, do espaço em que se inserem¹⁰⁹.

Uma segunda crítica à tese da *Freiraum* assenta na demonstração de que os espaços de ponderação – que implicam, da parte da autoridade competente, a realização de juízos de prognose relativamente à evolução da situação futura –, são inerentes a qualquer decisão de controlo das fontes de perigo¹¹⁰. A avaliação da adequação das medidas abstractamente idóneas a servir o fim projectado, a harmonização de interesses e direitos numa lógica de equilíbrio são fases do *iter* decisório que a Administração percorre em qualquer operação de prognose destinada à (re) construção dos objectivos da norma, sobretudo se tal operação incidir sobre pressupostos de facto *escorregadios*, cuja evolução esteja envolta em alguma incerteza¹¹¹.

Os autores que defendem a atribuição de uma margem de escolha ponderativa entre o objectivo de minimização das emissões e outros fins igualmente relevantes esquecem que, não só tal abertura acaba por desvirtuar o objectivo legal de protecção dos bens ambientais (numa acepção ampla), como optam por ignorar que na

¹⁰⁷ Neste sentido, R. SCHMIDT, *Der Staat...*, cit., p. 754; H.-WERNER RENGELING, *Die Immissionsschutzrechtliche...*, cit., pp. 624, 625; M. KLOEPFER e H. KRÖGER, *Zur Konkretisierung...*, cit., p. 10; UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, cit., pp. 93, 94.

¹⁰⁸ M. GERMANN (*Das Vorsorgeprinzip...*, cit., p. 37) realça que o objectivo da BImSchG é tão-só a redução das emissões, não contendo qualquer alusão a uma decisão-programa de planeamento.

¹⁰⁹ A. REICH, *Gefahr...*, cit., pp. 184, 185. Realce-se que os defensores da tese da *Vorsorge* como imperativo de minimização de riscos de emissões poluentes através da autorização não negam a importância do princípio da prevenção como técnica de planeamento; insurgem-se, sim, com a incorporação de objectivos não expressamente previstos na norma que estatui sobre os pressupostos de concessão da autorização em nome de uma implícita habilitação de ponderação espaço-temporal por mero efeito da existência de um risco – cfr. H.-WERNER RENGELING, *Die Immissionsschutzrechtliche...*, cit., p. 624; *idem*, *Der Stand der Technik bei der Genehmigung umweltgefährdender Anlagen*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1985, pp. 33, 34.

¹¹⁰ Sobre a discricionariedade no âmbito da actividade de prevenção de perigos, em geral, F. OSSENBÜHL, *Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum*, in *DÖV*, 1976/13,14, pp. 463 segs. Em especial no domínio do controlo das emissões poluentes, A. REICH, *Gefahr...*, cit., p. 186; M. KLOEPFER e H. KRÖGER, *Zur Konkretisierung...*, cit., pp. 13 segs; F. PETERSON, *Schutz...*, cit., pp. 152 segs; M. BECKMANN, *Die Umweltverträglichkeitsprüfung und das rechtssystematische Verhältnis von Planfeststellungsbeschlüssen und Genehmigungsentscheidungen*, in *DÖV*, 1987/21, pp. 944 segs, 947 segs.

¹¹¹ Cfr. P. FEUCHTE, *Prognose, Vorsorge und Planung bei der Genehmigung industrielle Anlagen*, in *DV*, 1977/10, pp. 291 segs, 300 segs.

cláusula operativa-conformativa do *Stand der Technik* já estão balizadas, expressa e implicitamente, margens de valoração suficiente para a produção de uma decisão equilibrada¹¹².

iii.) Na verdade, quer a *Freiraumthese*, quer a tese da *Risikominimierung* tendem a obter, através de diferentes premissas, o mesmo resultado: a conformação da decisão autorizativa de gestão do risco derivado de emissões poluentes a partir de uma equação que coloca, de um lado, a necessidade de protecção do ambiente e, de outro lado, a não inviabilização do progresso económico e social dependente do crescimento industrial. A “domesticação do risco”¹¹³ é, em ambas as teses, promovida através do recurso à técnica e rege-se pelos parâmetros do princípio da proporcionalidade, ou seja, traduz sempre uma tentativa de minimização de danos (mais ou menos) previsíveis, na medida do equilíbrio entre o risco que o conhecimento humano permite calcular e os bens que a norma obriga a proteger¹¹⁴.

A razão última da contenda doutrinal parece residir na ausência de filiação de um objectivo de protecção integrada do ambiente na Lei Fundamental¹¹⁵ — o qual, como sabemos, só foi inscrito em 1994 (artigo 20A). Tendo a lei tomado a dianteira do processo, num intuito de responder à pressão da realidade, fê-lo de forma faseada e parcelar, através de leis especiais para cada domínio de intervenção (energia nuclear, emissões poluentes, água, resíduos), dispensando, contudo, um diploma unificador, que fixasse objectivos globais. Esta fraccionação induz, aparentemente, uma consideração estanque das realidades ambientais, desenquadrada do cenário sócio-económico que lhes está fatalmente subjacente.

Na verdade, porém, e sob pena de uma sobrevalorização da protecção do ambiente em relação a outros interesses relevantes para a comunidade, todos esses factores têm que entrar, de forma mais ou menos assumida, na fundamentação do acto autorizativo, quer através do apelo à discricionariedade, quer pela via da minimização na medida do possível (*soweit wie möglich*). Actualmente, a crescente elaboração de planos de desenvolvimento económico e de planos especiais de pro-

¹¹² Cfr. C. SCHRÖDER, *Vorsorge...*, *cit.*, pp. 168 segs; A. REICH, *Gefahr...*, *cit.*, pp. 76 segs; UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, pp. 90 segs. Refira-se que desde logo no artigo 3 da BImSchG se encontra um primeiro espaço de ponderação, que aponta para a qualificação do potencial de emissões da instalação como “grave” (*erheblich*) — limite aplicável, quer ao n.º 1, quer ao n.º 2 do artigo 5 (cfr. F. PETERSON, *Schutz...*, *cit.*, pp. 64 segs). O *Stand der Technik* surge como um padrão específico de controlo da incerteza, que aponta directamente para uma avaliação o mais objectiva possível dos pressupostos de facto, aludindo indirectamente à margem de livre decisão de que a Administração dispõe por força do défice de conhecimento revelado pela técnica, a qual será gerida com o apoio dos critérios da adequação e da proibição do excesso.

¹¹³ A expressão é de P. SOUSA MENDES, *Vale a pena...*, *cit.*, p. 53.

¹¹⁴ Vincando a necessidade de ponderação integrada de objectivos em ambas as teses, M. GERMANN, *Das Vorsorgeprinzip...*, *cit.*, p. 38.

¹¹⁵ Apelando à consagração constitucional da tarefa estadual de protecção do ambiente como forma de (entre outros objectivos) promover uma gestão integrada da realidade ambiental e de fornecer à Administração bases de ponderação, C. SCHRÖDER, *Vorsorge...*, *cit.*, pp. 36, 37. Para alguns exemplos reais dos resultados da falta de coordenação entre a política industrial e a política ambiental na Alemanha, A. ROHDE, *Staatsaufgabe Umweltschutz: Probleme der Praxis*, in *DÖV*, 1979/13,14, pp. 485 segs.

tecção do ambiente¹¹⁶, a par da consagração constitucional da tarefa estatal de protecção do ambiente, legitima claramente a Administração a realizar tal ponderação global, subordinada aos parâmetros da proporcionalidade.

O papel fulcral do princípio da proporcionalidade na conformação da decisão de gestão do risco é, com efeito, o ponto em que ambas as teses convergem claramente¹¹⁷. FELDHAUS acentua a subordinação do imperativo de prevenção de riscos a este princípio, afirmando que a ponderação administrativa deve ter em conta, quer o interesse do empresário, quer os interesses da comunidade¹¹⁸. REICH, por seu turno, acentua o carácter constitutivo do princípio, que insufla o dever de prevenção de riscos de uma componente de racionalidade utilizada pela Administração para, a partir da fixação de padrões objectivos de segurança estabelecidos por recurso à técnica, modelar a decisão autorizativa concreta dentro desses limites, indicando as medidas de minimização mais adequadas e menos restritivas dos interesses do empresário (que são também interesses públicos, na medida em que o desenvolvimento económico induzido pela indústria se reflecte na comunidade), ainda que visando sempre a melhor gestão possível da margem de incerteza em jogo¹¹⁹.

A centralidade da *Verhältnismässigkeit* no ordenamento jurídico-ambiental alemão resulta, como sintetiza VON MOLTKE, da sua dupla função. “Na medida em que a *Vorsorge* é reconhecidamente um objectivo político, a proporcionalidade actua como um propulsor quanto à adopção de medidas que vão além da protecção contra riscos plenamente identificados. Simultaneamente, a proporcionalidade constitui um travão, pois exclui qualquer tentativa de eliminação total das perturbações ambientais, objectivo que poderia revelar-se excessivo”¹²⁰.

iv.) O “simpático”¹²¹ princípio da *Vorsorge* traduz, assim, para a doutrina alemã uma evolução, quantitativa ou qualitativa, do dever de defesa de perigos, sendo certo que a preocupação de controlo do risco gerado pela incerteza — nomeadamente, através da técnica — visa promover as intervenções humanas na realidade ambiental no grau mais seguro possível, mas não evitá-las por causa daquela incerteza e em nome da preservação absoluta do ambiente e da saúde pública. A sua *geometria variável* leva alguns autores a duvidar da sua juridicidade como forma autónoma da prevenção e a qualificá-lo como directiva de orientação política¹²².

¹¹⁶ Cfr. W. HOPPE, *Staatsaufgabe Umweltschutz*, in *VVDStRL* 38, 1980, pp. 211 segs, 245 segs.

¹¹⁷ No sentido da nossa análise, H. SENDLER, *Grundprobleme des Umweltrechts*, in *JuS*, 1983/4, pp. 255 segs, 257; A. REICH, *Gefahr...*, *cit.*, pp. 191 segs; G. LÜBBE-WOLFF, *Präventiver Umweltschutz. Auftrag und Grenzen des Vorsorgeprinzips im deutschen und im europäischen Recht*, in *Sicherheit, Vielfalt, Solidarität. Ein neues paradigma des Verfassungsrechts?*, coord. de J. Bizer e J. Koch, Baden-Baden, 1998, pp. 47 segs, 62 segs.

¹¹⁸ G. FELDHAUS, *Der Vorsorgegrundsatz...*, *cit.*, p. 139.

¹¹⁹ A. REICH, *Gefahr...*, *cit.*, pp. 217 segs (o critério da proporcionalidade ganha ainda mais relevo no campo das decisões sobre o risco de funcionamento de pequenas indústrias, não subordinadas à cláusula *Stand der Technik*, domínio onde a ponderação administrativa se traduz numa pura análise custo-benefício — *idem, idem*, pp. 220 segs). V. também W. MARTENS, *Immissionsschutzrecht...*, *cit.*, p. 607; F. PETERSON, *Schutz...*, *cit.*, pp. 280 segs; C. SCHRÖDER, *Vorsorge...*, *cit.*, pp. 144 segs, e F. OSSENBÜHL, *Vorsorge...*, *cit.*, pp. 167, 168.

¹²⁰ K. VON MOLTKE, *The relationship...*, *cit.*, p. 102.

¹²¹ F. OSSENBÜHL, *Vorsorge...*, *cit.*, p. 162.

¹²² Neste sentido, R. SCHMIDT, *Der Staat...*, *cit.*, p. 756; F. OSSENBÜHL, *Vorsorge...*, *cit.*, p. 166.

Por outras palavras, o tratamento doutrinal do *Vorsorgegrundsatz* demonstra, em primeiro lugar, que qualquer forma de prevenção que redunde numa ingerência em posições jurídicas fundamentais (salvo, naturalmente, aquela que deriva da actuação motivada pela urgência) deve ter na lei a sua base habilitante específica, quer quanto ao *se*, quer quanto ao *como*, ainda que tal descrição se contenha em normas (apenas) finalisticamente determinadas.

Por isso, afirma OSSENBÜHL, “a prevenção enquanto princípio jurídico está estruturalmente dependente de cada domínio material de intervenção que a requeira”¹²³. Acrescentaríamos nós: conceber uma regra geral de prevenção de riscos à guisa de cláusula geral de defesa de perigos típica do Estado liberal (mas potenciada pela multitude de espaços de intervenção do Estado Social) – uma espécie de *ordem pública ecológica*¹²⁴ – é criar um princípio frontalmente oposto ao da reserva de lei e constitui um perigoso retrocesso relativamente à salvaguarda da liberdade encarnada por este.

Em segundo lugar, a preocupação dos autores na fixação dos limites da incerteza, a qual pressupõe uma distinção jurídica entre o perigo, o risco e o risco residual, denota o melindre da teorização de um princípio que coloca a segurança, ambiental e sanitária, acima de qualquer outro objectivo. Jurisprudência e doutrina alemãs esforçam-se, como se verá adiante [4.2.2.1. i.)], por realçar a fronteira do risco residual como barreira intransponível pela ingerência administrativa, barreira imposta pelo consenso social e traduzida na lei enquanto veículo de opções políticas fundamentais. A palavra de ordem não é prevenir cegamente, mas sim racionalmente. Recorrendo mais uma vez a uma reflexão de OSSENBÜHL, podemos dizer que “a prevenção racional deve estar orientada para a reacção a novos perigos, mas há-de fazê-lo fundamentadamente, com base em dados estatísticos e análises científicas credíveis”¹²⁵.

Enfim, o controlo do risco não pode significar a troca do imperativo *in dubio pro libertate*, símbolo do Estado de Direito democrático, por uma equívoca máxima *in dubio pro securitate*¹²⁶, reminescente de regimes autoritários ou totalitários, ou de poderes públicos puramente paralisados pelo medo do desconhecido. O risco gera receios mas também progresso e bem-estar, e por isso a decisão administrativa tomada em domínios onde a medida da incerteza ombreie com a medida de risco para bens jurídicos fundamentais deve ser apoiada em critérios de racionalidade. A incerteza gere-se, não se elimina; é um factor de instabilidade, mas não deve ser, em regra, uma justificação da paralisia¹²⁷.

Após esta sumária análise das raízes da *Vorsorge* no seu sistema natal, estamos em condições de avançar para a abordagem explicativa da sua apropriação pelo Direito Internacional, transmutando-o num novo e controverso “princípio da precaução”.

¹²³ F. OSSENBÜHL, *Vorsorge...*, *cit.*, p. 164. No mesmo sentido, R. SCHMIDT, *Der Staat...*, *cit.*, p. 756.

¹²⁴ Alertando para o perigo de tal noção, B.-FRANK MACERA, *El deber industrial...*, *cit.*, pp. 291 segs.

¹²⁵ F. OSSENBÜHL, *Vorsorge...*, *cit.*, p. 167.

¹²⁶ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, pp. 51, 52.

¹²⁷ Neste sentido, H.-HEINRICH TRUTE, *From past...*, *cit.*, pp. 74 e 101.

3.2.2. A apropriação internacional da ideia de antecipação de riscos: da prevenção à precaução

“*In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation*” – assim reza o princípio 15 da Declaração do Rio, de 1992, que universalizou a ideia de precaução. Esta “versão”, no entanto, não é, nem a primeira, nem a única¹²⁸.

a) A fluidez do conceito de precaução

Como já tivemos ocasião de escrever noutro local¹²⁹, a precaução é uma ideia emergente do Direito do Mar¹³⁰, com uma filiação directa na consternação generalizada gerada pelos graves problemas de poluição causados por acidentes com petroleiros¹³¹. As primeiras alusões à precaução surgem em instrumentos de prevenção da poluição marinha para depois se alargarem a outros domínios. A recepção do conceito não tem sido, no entanto, homogênea (*i.*), o que faz duvidar da (por muitos reivindicada) natureza do princípio da precaução como princípio de Direito Internacional geral (*ii.*).

¹²⁸ A multiplicação de definições, anteriores e posteriores à da Declaração do Rio leva C. DE ROANY (Des principes de précaution. Analyse de critères communs et interprétation différenciée, in *RJE*, 2004/2, pp. 143 segs, *passim*) a considerar, não um, mas vários princípios da precaução...

¹²⁹ C. AMADO GOMES, *A protecção...*, *cit.*, pp. 711 segs.

¹³⁰ Cfr. O. McINTYRE e T. MOSEDALE, *The precautionary principle as a norm of customary international law*, in *JEL*, 1997, n° 2, pp. 221 segs, 224 segs; P. MARTIN-BIDOU, *Le principe de précaution en Droit International de l’Environnement*, in *RGDIP*, 1999/3, pp. 631 segs, 635 segs; N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, pp. 137 segs; M. TERRITO, *The precautionary principle in marine fisheries conservation and the U.S. Sustainable Fisheries Act of 1996*, in *VLR*, 2000/3, pp. 1351 segs, 1352 segs; M. MacGARVIN, *Fisheries: taking stock*, in P. HARREMOËS, D. GEE, M. MacGARVIN, A. STIRLING, J. KEYS, B. WYNNE e S. GUEDES VAZ, *The precautionary principle in the 20th century. Late lessons from early warnings*, London/Sterling VA, 2002, pp. 10 segs, *max.* 19 segs.

Sustentando que a lógica de “err in the side of caution” associada à precaução seria, na verdade, oriunda do Direito Internacional dos Direitos Humanos, M. KAMMINGA, *The precautionary approach in International Human Rights Law: how it can benefit the environment*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 171 segs, 184 (na apreciação de casos relacionados com a protecção de direitos do Homem, sobretudo da vida, da integridade física, da liberdade, os tribunais internacionais, na dúvida, tomariam o partido do requerente contra o Estado alegadamente agressor).

¹³¹ Cfr. R. C. EARLL, *Commonsense and the precautionary principle - an environmentalist’s perspective*, in *MPBul*, 1992/4, pp. 182 segs, 183.

i.) Da Declaração resultante da Segunda Conferência Ministerial do Mar do Norte, sobre poluição marítima¹³² – Declaração de Londres, 1987 – consta uma tomada de posição quanto à vinculação dos signatários a uma atitude de precaução que, sem embargo de anteriores referências esparsas a esta noção¹³³, tem sido identificada como a primeira formulação do princípio. Assim, nos termos do artigo XVI/1:

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

A partir daí, a precaução teve larga divulgação no plano internacional: em decisões adoptadas no seio das Comissões de Paris e Oslo, datadas de 1989¹³⁴; na Declaração da Conferência governamental de Bergen sobre o Desenvolvimento Sustentado, de 1990¹³⁵; na Convenção de Bamako, sobre a interdição de transporte de substâncias perigosas em África, de 1991¹³⁶; na Convenção de Paris sobre a protecção do meio

¹³² Sobre a abordagem ao princípio da precaução nas Declarações das Conferências do Mar do Norte, L. GÜNDLING, *The status in International Law of the principle of precautionary action*, in *IJECL*, 1990/1, 2, 3, pp. 23 segs; E. HEY, *The precautionary approach. Implications of the revision of the Oslo and Paris Conventions*, in *MP*, 1991/7, pp. 244 segs; J. M. MACDONALD, *Appreciating the precautionary principle as an ethical evolution in ocean management*, in *OD&IL*, Vol. 26, 1995, pp. 255 segs, 267 segs; D. FREESTONE e E. HEY, *Origins and development of the precautionary principle*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 3 segs, 5 segs.

¹³³ É verdade que o baptismo de uma determinada fórmula linguística como “princípio da precaução” ocorreu pela primeira vez na 2ª Conferência do Mar do Norte. Porém, indícios de uma lógica de antecipação de riscos podem encontrar-se na moratória de 1970 contra a pesca da baleia, na *Carta Mundial da Natureza* (1982), concretamente no Princípio II/11, b) – cfr. G. FULLEM, *The precautionary principle: environmental protection in the face of scientific uncertainty*, in *Willamette LR*, 1995/2, pp. 495 segs, 502 –, bem como na Convenção-quadro para a protecção da camada de ozono, adoptada em Viena, em 1985, a que seguiu, em 1987, o Protocolo de Montreal, que estabelece um calendário para a eliminação ou redução das emissões nocivas – cfr. P. MARTIN-BIDOU, *Le principe...*, *cit.*, pp. 634, 635.

¹³⁴ N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, p. 139, nota 305. Veja-se também J. CAMERON, *The status of the precautionary principle in international law*, in *Interpreting the precautionary principle*, org. de T. O’Riordan e J. Cameron, Londres, 1994, pp. 262 segs, 267 segs.

¹³⁵ Nos termos seguintes: “In order to achieve sustainable development, policies must be based on the precautionary principle. Environmental measures must anticipate, prevent and attack the causes of environmental degradation. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation”.

¹³⁶ Leia-se a alusão ao princípio feita no artigo 3/f): “Each party shall strive to adopt and implement the preventive, precautionary approach to pollution problems which entails, *inter alia*, preventing the release into the environment of substances which may cause harm to humans or the environment without waiting for scientific proof regarding such harm. The parties shall co-operate with each other in taking the appropriate measures to implement the precautionary principle to pollution prevention through the application of clean production methods, rather than the pursuit of a permissible emissions approach based on assimilative capacity assumptions”.

marinho do oceano Atlântico¹³⁷, nas Convenções de Helsínquia sobre a protecção e utilização dos rios e lagos internacionais¹³⁸, e sobre a protecção do meio marinho na zona do Mar Báltico¹³⁹, todas de 1992. Mas o documento que gerou mais impacto — e controvérsia — relativamente à noção de precaução foi o já citado artigo 15 da Declaração do Rio.

O impacto deve-se, naturalmente, à visibilidade mundial da Declaração, que conferiu à ideia de precaução uma projecção alargada, não só em termos espaciais, como em termos materiais, desligando-a do domínio específico da poluição marítima e pretendendo fazer dela uma directiva de actuação aplicável em todas as áreas do ambiente. Mas este alargamento não se fez sem contrapartidas, nitidamente perceptíveis no confronto entre as fórmulas do Rio e da Declaração de Londres: em primeiro lugar, a medida de aplicação da precaução varia consoante as possibilidades dos Estados, nos termos da Declaração do Rio, condição que não se encontra na Declaração de Londres; em segundo lugar, acentua-se a seriedade do prejuízo ambiental (que deve revelar-se irreversível) na Declaração do Rio, relativamente à pura verificação de um efeito pernicioso exigida pela Declaração de Londres; por fim, em terceiro lugar, introduz-se um elemento de ponderação de custos (*cost-effective measures*) no Rio¹⁴⁰, totalmente ausente em Londres — que resulta, ao cabo e ao resto, num controlo de proporcionalidade¹⁴¹.

Esta “híbrida”¹⁴² consagração do “princípio” (que, aliás, o artigo 15 da Declaração do Rio *degrada* em “precautionary approach”¹⁴³), logo repetida noutros instru-

¹³⁷ No artigo 2/a), a precaução é definida como sendo um princípio “selon le quel des mesures de prévention doivent être prises lorsqu’il y a des motifs raisonnables de s’inquiéter du fait que des substances ou de l’énergie introduite dans le milieu marin puissent entraîner des risques pour la santé de l’homme, nuire aux ressources biologiques et aux écosystèmes de la mer, même s’il n’y a pas de preuves concluantes d’un rapport de causalité entre les apports et les effets”.

¹³⁸ O artigo 2 enuncia o princípio da precaução como aquele “en vertu duquel [les Parties] ne diffèrent pas la mise en oeuvre de mesures destinées à éviter que le rejet de substances dangereuses puissent avoir un impact transfrontière au motif que la recherche scientifique n’a pas pleinement démontré l’existence d’un lieu de causalité entre ces substances, d’une part, et un éventuel impact transfrontière, d’autre part”.

¹³⁹ No artigo 3/2), estabelece-se que a actuação de acordo com o princípio da precaução consiste “à prendre des mesures préventives dès lors que l’on est fondé à penser que les substances ou l’énergie introduites directement ou indirectement dans le milieu marin peuvent mettre en danger la santé de l’homme, nuire aux ressources biologiques et de la mer, même lorsque le rapport de causalité entre les apports et leurs effets n’est pas établi”.

¹⁴⁰ A introdução do “not-so-innocuous rider «cost-effective»”, já discutido na Conferência Mundial sobre as alterações climáticas de 1990, deu-se por iniciativa da delegação americana presente na Cimeira do Rio, tendo merecido a discordância da Comunidade europeia — PETER SAND, *The precautionary principle: coping with risk*, in *IJIL*, 2000, pp. 1 segs, 3.

¹⁴¹ Neste sentido, C. BACKES e J. VERSCHUUREN, *The precautionary principle in International, european and Dutch wildlife law*, in *CJELP*, 1998/1, pp. 43 segs, 50; P. MARTIN-BIDOU, *Le principe...*, *cit.*, pp. 654.

¹⁴² G. FULLEM, *The precautionary...*, *cit.*, p. 506.

¹⁴³ Segundo T. SCOVAZZI, a Declaração do Rio “preferisce la formula «approccio precauzionale», evocando così più una linea di condotta pratica che un principio teorico” — *Sul principio precauzionale...*, *cit.*, p. 700. O debate prolongou-se em Joanesburgo, tendo-se novamente verificado o “braço-de-ferro” entre a posição da União Europeia — favorável ao “principle” — e a posição dos Estados- Unidos e da Austrália — defendendo a lógica do “approach”. Cfr. M. PALLEMAERTS, *International Law...*, *cit.*, p. 8.

mentos internacionais¹⁴⁴ [como, por exemplo, no artigo 3/3 da Convenção da Organização das Nações Unidas sobre as alterações climáticas, assinada em Nova Iorque em 1992¹⁴⁵, ou no artigo 4/3, a) da Convenção de Barcelona sobre a protecção do meio marinho e do litoral mediterrânico, de 1995] tem alimentado um intenso debate doutrinal sobre a natureza da ideia de precaução, nomeadamente sobre a sua justa caracterização como princípio de Direito Internacional, cogente da actuação dos Estados no campo da protecção ambiental¹⁴⁶. Com efeito, as diferentes “caras” com que o princípio se apresenta, em vários documentos internacionais relativos à protecção ambiental¹⁴⁷, geram a dúvida de saber se a ideia de precaução tem uma significação própria e suficientemente estável de modo a permitir a identificação de um princípio¹⁴⁸.

Acresce à instabilidade da fórmula utilizada a natureza não vinculante da grande maioria dos instrumentos que pretensamente o consagram — declarações, resoluções, recomendações, protocolos —, facto que enfraquece a sua ambição de consolidação a título de princípio de Direito Internacional de base costumeira, nos termos do artigo 38, §1, b) do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça¹⁴⁹. A não vinculatividade jurídica poderia ser colmatada com o reconhecimento material da relevância do princípio, aferível, concretamente, através da análise da prática dos Estados no plano internacional, e sobretudo, se pensamos num costume universal, na atitude de Estados cuja actuação, em virtude do seu peso político, é preponderante na determinação das opções fundamentais de regulação da comunidade internacional¹⁵⁰.

Todavia, não só *gigantes poluentes* como a China e os Estados Unidos da América têm colocado os seus interesses económicos (nomeadamente, no plano do desen-

¹⁴⁴ Cfr. P. MARTIN-BIDOU, *Le principe...*, *cit.*, pp. 638, 639.

¹⁴⁵ Cfr. W. LANG e H. SCHALLY, *La Convention cadre sur les changements climatiques*, in *RGDIP*, 1993/2, pp. 321 segs, 326.

¹⁴⁶ Defendendo a natureza de princípio de Direito Internacional geral, por força da consolidação de uma *opinio juris* conformativa de um costume internacional em torno da atitude precaucionista, e apesar das variações que o princípio revela, E. HEY, *The precautionary concept in Environmental policy and law: institutionalizing caution*, in *The GIELR*, 1992, pp. 303 segs, 307; J. CAMERON, W. WADE-GERY e J. ABOUCHAR, *Precautionary principle...*, *cit.*, pp. 98 segs; O. McINTYRE e T. MOSEDALE, *The precautionary...*, *cit.*, p. 235; J. CAMERON, *The precautionary principle in International Law*, in *Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O’Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 113 segs, 133.

¹⁴⁷ D. VANDERZWAAG, *The concept...*, *cit.*, p. 46, informava (em 1993) ser possível detectar pelo menos 12 definições diferentes do princípio da precaução em vários instrumentos internacionais.

¹⁴⁸ Cfr. outros exemplos em C. BACKES e J. VERSCHUUREN, *The precautionary...*, *cit.*, pp. 52 segs.

¹⁴⁹ Neste sentido, L. GÜNDLING, *The status...*, *cit.*, pp. 29, 30; M. IYNEDJIAN, *Le principe de précaution en Droit International Public*, in *RDISDP*, 2000/3, pp. 247 segs, 250 segs.

¹⁵⁰ No sentido da relevância de uma dimensão *qualitativa* da participação dos Estados na formação de um costume internacional, E. CORREIA BAPTISTA, *Direito Internacional Público*, I, Lisboa, 1998, pp. 104 segs; M. MENDELSON (relator), *Statement of principles applicable to the formation of general customary international law*, *Committee on formation of customary general international law*, International Law Association, London Conference (2000), p. 26.

volvimento industrial) à frente das necessidades de protecção ecológica¹⁵¹ (*vide* o caso paradigmático da recusa de ratificação do Protocolo de Quioto sobre redução das emissões poluentes para a atmosfera¹⁵²), recusando fazer concessões ainda que confrontados com dados indiciadores de sérios riscos para o ambiente, como mesmo Estados que afirmam, em determinada ocasião, a sua adesão à lógica da precaução, infirmam essa tendência noutra momento (por exemplo, a França negou a natureza costumeira do princípio da precaução no *caso dos ensaios nucleares II*, apreciado pelo Tribunal Internacional de Justiça em 1995, mas consagrou, no mesmo ano, o princípio no seu ordenamento interno – *v. infra 3.2.3.2.*)¹⁵³.

ii.) A variabilidade do conteúdo e a consequente incerteza quanto ao significado real da precaução ficam a dever-se, desde logo – como realça GÜNDLING –, a questões de tradução dos termos nas várias línguas dos Estados intervenientes¹⁵⁴. Depois, à errância da noção de precaução, que começa na sua enunciação¹⁵⁵ e continua na oscilação quanto à definição dos pressupostos de aplicação – diferente capacidade dos Estados para avaliar os riscos; grau de gravidade exigível do dano iminente; necessidade de ponderação de interesses, sobretudo económicos *versus* ambientais –, a qual está estreitamente dependente do domínio ambiental em que o instrumento

¹⁵¹ Muito embora enaltecendo a vertente precaucionista das negociações sobre diminuição das emissões poluentes com vista ao controlo do aquecimento global, M. TORRE-SCHAUB (*Le principe de précaution dans la lutte contre le réchauffement climatique: entre croissance économique et protection durable*, in *REDE*, 2003/2, pp. 151 segs, 159 e 168 segs) vê-se obrigada a reconhecer que a imposição aos Estados de medidas restritivas não cede facilmente perante o argumento do crescimento económico.

¹⁵² O protocolo de Quioto entrou em vigor em Fevereiro de 2005, após a ratificação da Rússia. Celebrado no âmbito da Convenção-Quadro da ONU para as alterações climáticas (1994), o Protocolo (assinado em Quioto em 1997) tem por objectivo reduzir, até 2012, as emissões de gases com efeito de estufa para a atmosfera em 5% (para muitos Estados, este corte significa, na prática, uma redução de “30% from business-as-usual scenarios” – F. YAMIN, *The Kyoto protocol: origins, assessment and future challenges*, in *RECIEL*, 1998/2, pp. 113 segs, 113), sendo que a União Europeia se comprometeu a alcançar a meta dos 8%. Com a entrada em vigor do Protocolo, a União Europeia conseguiu implementar um projecto que vinha maturando desde 2000: o mercado de emissões poluentes, figura importada do *Clean Air Act* norte-americano de 1990. Com a aprovação da directiva 2003/87/CE, do Conselho e do Parlamento, de 13 de Outubro (que Portugal transpôs através do DL 233/04, de 14 de Dezembro), estão criadas as condições para a transacção de quotas de poluição (circunscritas a seis tipos de gases – causadores do efeito de estufa: dióxido de carbono, metano, óxido nitroso, hidrofluorocarbonetos, perfluorocarbonetos e hexafluoreto de enxofre). Para mais desenvolvimentos, veja-se TIAGO ANTUNES, *O comércio de emissões poluentes à luz da Constituição da República portuguesa*, Lisboa, 2006, pp. 37 segs.

¹⁵³ Cfr. PETER SAND, *The precautionary...*, *cit.*, p. 4.

¹⁵⁴ L. GÜNDLING, *The status...*, *cit.*, p. 25.

¹⁵⁵ Podem ver-se nomeações tão diversas quanto “precautionary principle”, “precautionary approach”, “precautionary action”, “precautionary measures”, “precautionary management”, “precautionary policy”, conforme nos dá conta G. HEWISON, *The precautionary approach to fisheries management: an environmental perspective*, in *IJMCL*, 1996/3, pp. 301 segs, 313.

internacional se coloca¹⁵⁶. Por exemplo, a precaução é uma ideia que penetra muito mais facilmente no campo da protecção do meio marinho contra descargas, acidentais ou voluntárias, de materiais tóxicos¹⁵⁷, do que no campo da conservação das espécies marinhas contra a sobre-exploração piscatória¹⁵⁸ — a ponderação do interesse económico e social da pesca impõe uma maior contenção política na vinculação a um princípio teoricamente ultraprotector do ambiente, observa MACDONALD¹⁵⁹.

Enfim, um outro problema — talvez o mais relevante — é o da (in)determinação do grau de incerteza que faz desencadear a precaução¹⁶⁰. Tendo em consideração que é o elemento do risco, da impossibilidade de prever, por recurso a precedentes, regras de experiência ou nexos de causalidade de base científica comprovada, que fundamenta a atitude de precaução, torna-se necessário fixar o limite mínimo de incerteza que justifica a abstenção de intervenção (ou a sua suspensão), ou que obriga a uma actuação¹⁶¹. Retomemos mais uma vez o confronto entre as fórmulas das Declarações de Londres e do Rio: onde a primeira se basta com “no scientific evidence”, a segunda exige “lack of full scientific certainty”. Acresce a esta oscilação — aponta ainda MARTIN-BIDOU — o facto de a determinação do objecto do risco variar também de documento para documento: alguns estatuem que a incerteza recai sobre a própria existência do risco; outros, em contrapartida, dão como certa a

¹⁵⁶ Conforme realça M. YOUNG (*Inter-generational...*, *cit.*, p. 20), a precaução ganha mais força no domínio da gestão dos recursos não renováveis (aqueles que não têm substituto e que, na lógica da protecção dos interesses das gerações futuras, convém não condenar de forma irreversível).

¹⁵⁷ A par da prevenção da poluição provocada pelo petróleo e seus derivados, a utilização da noção de precaução tem sido também defendida no campo do transporte de materiais radioactivos — cfr. J. VAN DYKE, *Applying the precautionary principle to ocean shipments of radioactive materials*, in *ODIL*, 1996/4, pp. 379 segs.

¹⁵⁸ Mesmo a Convenção de Montego Bay, na sua versão inicial, determinava a adopção de um regime muito mais exigente relativamente à exploração de minerais nos fundos marinhos (que considera património comum da Humanidade), e à prevenção da poluição (com a estatuição de um conjunto de deveres concretos), do que quanto à regulação da pesca — cfr. J. COOKE e M. EARLE, *Towards a precautionary approach to fisheries management*, in *RECIEL*, 1993/3, pp. 252 segs, 254; R. J. WILDER, *Law of the Sea Convention as stimulus for robust environmental policy: the case for precautionary action*, in *Environment* (University of Chicago), 1996, pp. 207 segs, 214.

Sem embargo desta aparente menor protecção dos recursos marinhos vivos, a evolução registada no tratamento internacional desta matéria é muito sensível, como demonstra J. M. MACDONALD (*Appreciating...*, *cit.*, pp. 270 segs). Actualmente, com a aprovação do Acordo de 1995, a regulação da actividade piscatória sofre mais limitações (cfr. o nosso *A protecção...*, *cit.*, pp. 719 segs), tendo em vista uma harmonização entre a necessidade de aproveitamento económico dos recursos marinhos e a sua conservação — facto que gera dificuldades de compatibilização entre o *texto-mãe* da Convenção e o do Acordo que constitui seu desenvolvimento (sobre este ponto, v. G. HEWISON, *The precautionary...*, *cit.*, pp. 318 segs).

¹⁵⁹ J. M. MACDONALD, *Appreciating...*, *cit.*, pp. 256 e 277, 278. Alertando para o mesmo problema, S. M. GARCIA, *The precautionary principle: its implications in capture fisheries management*, in *O&CM*, vol. 22, 1994, pp. 99 segs, 110, 111; M. TERRITO, *The precautionary...*, *cit.*, pp. 1374 segs

¹⁶⁰ Cfr. J. HICKEY e V. WALKER, *Refining the precautionary principle in International Environmental Law*, in *VELJ*, 1995/3, pp. 423 segs, 437.

¹⁶¹ Leiam-se, no entanto, as observações de E. FISHER (*Precaution, precaution everywhere: developing a «common understanding» of the precautionary principle in the European Community*, in *MJECL*, 2001/1, pp. 7 segs, 17), realçando que “(...) in case of scientific uncertainty legal certainty cannot depend on factual certainty”.

possibilidade de dano, mas denotam a incerteza sobre a magnitude dos efeitos desse dano¹⁶².

A diferente formulação da equação de precaução condena a ambição de assunção do estatuto de princípio (de Direito Internacional), na medida em que não se consegue impor com um significado unívoco. Ora, por mais vago que um princípio, por definição¹⁶³, seja, tem que reunir um núcleo mínimo de elementos que veiculem a sua aplicação homogénea a um conjunto similar de situações¹⁶⁴; deve, “numa perspectiva material, prescrever um comportamento determinado aos destinatários”¹⁶⁵; enfim, tem que ser normativo¹⁶⁶. A *deriva formativa* da noção de precaução leva a que se entreveja nesta um “simples objectivo programático, que indica uma direcção mas não fixa uma regra”, realça MARTIN¹⁶⁷.

Aqui residiria o *calcanhar de Aquiles* da ideia de precaução, mas também, pensa MACDONALD, o segredo do seu sucesso¹⁶⁸. Isto porque a precaução, na concepção radical é, não só irrealista em face da actual impossibilidade de alcançar certezas no plano científico, como “absolutista” na sua intenção de privilegiar o interesse ambiental em detrimento de quaisquer outros e de erradicar riscos benéficos em nome de uma lógica de risco-zero¹⁶⁹, como, finalmente, se revela gravemente atentatória da soberania dos Estados que, em nome de meras dúvidas, vêem limitado o seu poder de decisão em matérias que envolvem interesses económicos e sociais de grande relevo¹⁷⁰.

É sobretudo esta a razão que explica o surgimento das referências ao “princípio” em instrumentos de *soft law*, incapazes de lhe conferir força vinculante contra a

¹⁶² P. MARTIN-BIDOU, *Le principe...*, *cit.*, p. 646.

¹⁶³ Cfr. R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Londres, (8ª imp.) 1996, pp. 22 segs, onde distingue normas de princípios, sobretudo a partir do confronto entre a concreção e a paridade hierárquica das primeiras, e a porosidade e disparidade hierárquica dos segundos. Veja-se também D. FREITAS DO AMARAL, *Manual...*, *cit.*, pp. 499, 500.

Especialmente sobre os conceito, fundamento e funções dos princípios emergentes no âmbito do Direito Internacional do Ambiente, L. PARADELL-TRIUS, *Principles...*, *cit.*, pp. 95 segs.

¹⁶⁴ Nas palavras de R. DWORKIN, “Both sets of standards [principles and legal rules] point to particular decisions about legal obligations in particular circumstances (...)” – *Taking rights...*, *cit.*, p. 24.

¹⁶⁵ N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, p. 237. Perante esta afirmação, é de certa forma surpreendente que o Autor venha a afirmar o carácter de princípio da fórmula da precaução (*idem*, pp. 257 segs), sendo certo que reconhece a alternância – e mesmo a contraditoriedade – que as suas várias definições revestem (*idem*, pp. 173 segs, *max.* 189). No mesmo erro lógico cai L. LUCCHINI, *Le principe de précaution en Droit International de l’Environnement: ombres plus que lumières*, in *AFDI*, 1999, pp. 710 segs, 719 segs – o Autor, depois de afirmar que a precaução constitui um princípio de Direito Internacional, vem depois negar a sua natureza de princípio de direito costumeiro em virtude da imprecisão e da instabilidade da formulação, acompanhadas da indiferença revelada pela jurisprudência internacional. No final (a p. 730), afirma mesmo que é um princípio director, sem conteúdo jurídico.

¹⁶⁶ Cfr. M. S. GIANNINI, *Genesi e sostanza dei principi generali del Diritto*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, II, Milão, 1996, pp. 901 segs, 903.

¹⁶⁷ G. MARTIN, *Précaution et évolution du droit*, in *Ch.D.*, 1995, pp. 299 segs, 300.

¹⁶⁸ J. M. MACDONALD, *Appreciating...*, *cit.*, p. 269. Alertando também para este aspecto, J. HICKEY e V. WALKER, *Refining the precautionary...*, *cit.*, pp. 425 e 438.

¹⁶⁹ Neste sentido, A. NOLLKAEMPER, “What you risk...”, *cit.*, pp. 74 segs.

¹⁷⁰ Cfr. L. BAGHESTANI-PERREY, *La valeur...*, *cit.*, p. 27; J. HICKEY e V. WALKER, *Refining the precautionary...*, *cit.*, p. 431, nota 33.

vontade dos Estados¹⁷¹. A ideia de precaução apresentar-se-ia, assim, mais como uma directiva política¹⁷², moldável de acordo com aspectos conjunturais, do que como um padrão de comportamento obrigatório (o qual, de resto, está longe de ser, por força da variabilidade da sua formulação)¹⁷³. Há até quem diga que, uma vez sob o jugo de uma juridicidade constrangente, a precaução perderá a sua magia¹⁷⁴! Enfim, parece que os Estados estendem um tapete vermelho à precaução na entrada principal do Direito Internacional e depois encaminham-no, subtilmente, para as traseiras...

Tal não significa, naturalmente, que a preocupação de antecipação de riscos que a precaução traduz não valha, nos precisos termos em que é estabelecida, nos instrumentos internacionais que a acolhem, *maxime* em tratados internacionais plenamente vinculantes das partes contratantes. O que não implica é a sua transformação em princípio de Direito Internacional geral – pelo menos por enquanto, como sublinham alguns¹⁷⁵. A atitude preventiva – que está sempre subjacente à ideia de precaução –, fundamental num domínio em que os danos têm, muitas vezes, carácter irreversível, não deixa de imperar, contudo, por força do já consagrado princípio da prevenção. Em jeito de retrospectiva, atentemos um pouco sobre a noção de prevenção em Direito Internacional do Ambiente.

b) A consagração da noção de prevenção

O princípio da prevenção de danos ambientais – que significa que os Estados devem adoptar condutas que permitam antecipar as causas de um prejuízo tendencialmente irreversível para os bens ambientais, tentando evitar a sua eclosão – despontou no panorama internacional na sequência da jurisprudência *Trail Smelter*

¹⁷¹ Cfr. P.-MARIE DUPUY, *Soft law...*, *cit.*, pp. 428 segs; J. M. MACDONALD, *Appreciating...*, *cit.*, p. 265.

¹⁷² Neste sentido, S. M. GARCIA, *The precautionary...*, *cit.*, p. 116, 177; A. STEBBING, *Environmental capacity and the precautionary principle*, in *MPBul*, 1992/6, pp. 287 segs, 294; T. SCOVAZZI, *Sul principio precauzionale...*, *cit.*, p. 700; S. DOVERS e J. HANDMER, *Ignorance, the precautionary principle and sustainability*, in *Ambio*, 1995/2, pp. 92 segs, 94 (caracterizando o princípio da precaução como uma “moral injunction, reminding decision makers of this societal expectation”); M. IYNEDJIAN, *Le principe...*, *cit.*, p. 257; L. LUCCHINI, *Le principe...*, *cit.*, p. 730.

¹⁷³ Cfr. T. SCOVAZZI, *Sul principio precauzionale nel Diritto dell’ambiente*, in *RDI*, 1992/3, pp. 699 segs, 700.

¹⁷⁴ L. LUCCHINI, *Le principe...*, *cit.*, p. 731.

¹⁷⁵ Neste sentido, PHILIPPE SANDS, *The “greening” of International Law: emerging principles and rules*, in *IJGLS*, 1994/1, pp. 293 segs, 301; W. DOUMA, *The precautionary principle*, in *Úlfljóttur*, 1996/2, pp. 417 segs, 430, P. MARTIN-BIDOU, *Le principe...*, *cit.*, p. 664; G. HEWISON, *The precautionary...*, *cit.*, p. 315; D. VANDERZWAAG, *The precautionary principle in environmental law and policy: elusive rhetoric and first embraces*, in *JELP*, 1998, pp. 355 segs, *max.* 375; M.-BÉATRICE GRANET, *Principe de précaution et risques d’origine nucléaire: quelle protection pour l’environnement?*, in *JDI*, 2001/3, pp. 755 segs, 758 e 769.

¹⁷⁶ Cfr. J. JUSTE RUIZ, *Derecho...*, *cit.*, p. 72; J. VESSEY, *The principle of prevention in International Law*, in *ARI&EL*, 1998/3, pp. 181 segs, 185; N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, p. 107; P. JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, *El principio de prevención en el Derecho Internacional del medio ambiente*, Madrid, 2001, pp. 64, 65.

A decisão do caso *Trail* veio afastar a *doutrina Harmon* (nome do Presidente do *Supreme Court* americano que a lançou), que pontificou no século XIX, sustentáculo de posições de soberania absoluta sobre os recursos naturais e de conseqüente irresponsabilidade internacional, nomeadamente em casos de

(1938/41), sobre um problema de poluição transfronteiriça¹⁷⁶. Na verdade, apesar de o nascimento do dever de prevenção andar frequentemente associado ao princípio 21 da Declaração de Estocolmo, a própria letra desta disposição permite concluir que, em 1972, a noção de prevenção aliava-se a um outro princípio, com o qual se confundia – o princípio da soberania dos Estados sobre os recursos naturais existentes no seu território.

Prevenir danos ambientais enquanto ameaça à integridade do território e à saúde das populações foi o primeiro passo na consolidação do princípio da prevenção (*i.*). A circunscrição da atitude preventiva à vertente internacional implica, todavia, uma redução do potencial protectivo do princípio, razão pela qual a jurisprudência internacional tem vindo a desenvolver um trabalho de sedimentação da prevenção enquanto princípio destinado à protecção de bens ambientais *qua tale*, ou seja, independentemente da “pertença” à jurisdição de um Estado e mesmo contra esta (*ii.*). O princípio da prevenção revela, assim, uma progressão coerente, por oposição ao percurso zigzagueante da precaução, a qual lhe confere uma clara preferência (*iii.*).

i.) As relações entre a prevenção e a protecção da integridade territorial são facilmente apreensíveis. O Estado, enquanto sujeito autonomamente reconhecido no seio da comunidade internacional, tem o direito de proteger os bens e pessoas que se encontrem no seu território contra agressões externas. Assim se compreende que a prevenção encontre um precedente próximo numa ideia de boa vizinhança (o *general principle of good-neighbourliness* a que se refere o artigo 74 da Carta da ONU) – com o mero objectivo de salvaguarda da soberania territorial –, tendo adquirido conotação ambiental com a decisão arbitral *Trail*.

“*No state has the right to use or permit the use of territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another of the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence*” – esta é a máxima de actuação que se retira da jurisprudência *Trail*. A esta obrigação de abstenção de produção de danos ambientais, o caso do *Estreito de Corfu*, decidido pelo Tribunal Internacional de Justiça em 1949 juntaria, segundo alguns autores, uma outra dimensão da prevenção, desta feita positiva: a obrigação de vigilância das fontes de emissões poluentes sitas no território do Estado sob sua jurisdição, em ordem a prevenir fenómenos de poluição transfronteiriça¹⁷⁷.

O caminho percorrido até Estocolmo, que inclui concretizações convencionais embrionárias do princípio da prevenção em domínios específicos¹⁷⁸, explica a fórmula utilizada no princípio 21 da Declaração. Da leitura das duas partes desta disposição extrai-se claramente a descendência do princípio da prevenção do princípio da soberania do Estado sobre os recursos naturais integrados no seu território. O que nos conduz a uma segunda conclusão: a de que a prevenção de danos ambientais de *per se* – ou seja, independentemente do seu potencial lesivo de interesses de Estados

poluição fluvial – M. -BÉATRICE GRANET, *Principe de précaution...*, *cit.*, p. 771 e nota 40.

¹⁷⁷ Cfr. J. JUSTE RUIZ, *Derecho...*, *cit.*, pp. 72, 73; J. VESSEY, *The principle...*, *cit.*, p. 186.

¹⁷⁸ Cfr. as indicações de J. VESSEY, *The principle...*, *cit.*, p. 186.

vizinhos: como ofensa ambiental *stricto sensu* – não tem apenas sede no princípio 21, mas sim na sua conjugação com outros princípios, tais como o 6 (interrupção de descargas tóxicas para a atmosfera), 7 (prevenção da poluição marítima) e 13 (racionalização da gestão dos recursos naturais), que o complementam.

Na verdade, só a junção das duas dimensões – interna e internacional – torna plenamente operativo o princípio da prevenção: o Estado não só tem a obrigação de diligenciar (*due diligence*) no sentido de se abster de provocar danos ambientais em zonas além da sua jurisdição (princípio 21 da Declaração¹⁷⁹), como também deve adoptar políticas ambientais que permitam realizar uma gestão racional dos recursos e prevenir a sua degradação. Nesta medida, cumpre observar que a aplicação que a jurisprudência internacional tem feito do princípio – nomeadamente nos casos que opuseram a Austrália e a Nova Zelândia à França, em 1974 e 1995 (questão dos ensaios nucleares, I e II), e a Eslováquia à Hungria, em 1997 (problema da construção da barragem de Gabčíkovo-Nagymaros), ambos apreciados pelo Tribunal Internacional de Justiça – incide apenas sobre a sua dimensão externa.

No que concerne aos casos que opuseram França e Nova Zelândia, sublinhe-se que o primeiro não chegou à fase de julgamento, porque a França decidiu unilateralmente fazer cessar os ensaios nucleares atmosféricos, passando a realizá-los ao nível subterrâneo do espaço marinho. O Tribunal declarou extinto o pedido de medidas provisórias pela Austrália e Nova Zelândia, já deferidas, considerando que havia perdido o objecto (a proibição de realização de ensaios atmosféricos que poderiam causar dano ambiental àqueles Estados). Nessa altura, a doutrina dividiu-se em torno da questão de saber se o princípio da prevenção de danos ambientais além da jurisdição nacional, no qual o Tribunal se baseara, já teria adquirido natureza de costume internacional.

Quando o problema se recolocou e o Tribunal, a título atípico e não expressamente regulado no seu Estatuto mas previsto no §63 da decisão de 1974, emitiu um parecer de reexame da situação – na sequência da realização, pela França, de ensaios subterrâneos –, vários juízes se pronunciaram no sentido do reconhecimento do princípio da prevenção como princípio geral de Direito Internacional, de base costumeira, pertencendo ao Juiz Weeramantry a única sugestão de aplicação do princípio da precaução¹⁸⁰.

Relativamente à decisão *Gabčíkovo-Nagymaros*, a noção de prevenção do risco esteve no centro da discussão sobre a verificação ou não de um “estado de necessidade ecológico”, alegado pela Hungria como excepção de incumprimento do Tratado que visava a construção de uma barragem no Rio Danúbio. O TIJ rejeitou esta alegação, por entender que é necessário mais do que a mera dúvida para con-

¹⁷⁹ Observa H. HOHMANN (*Precautionary legal duties and principles of modern environmental law*, Londres, 1994, p. 184, nota 1) que a extensão do dever de prevenção de danos ecológicos além da jurisdição estadual é resultado do princípio 21 da Declaração de Estocolmo, dado que a jurisprudência *Trail* apenas previne a eclosão de danos em território sob jurisdição estadual.

¹⁸⁰ Cfr. a análise de PHILIPPE SANDS, *L'affaire des essais nucléaires II (Nouvelle-Zélande c. France): contribution de l'instance au Droit International de l'Environnement*, in *RGDIP*, 1997/2, pp. 447 segs, *max.* 458 segs. Sobre a posição de Weeramantry, vejam-se ainda J. HOLDER, *Safe science? The precautionary principle in International Law*, in *The impact of EC Environmental Law in the United Kingdom*, org. de J. Holder, Londres, 1997, pp. 123 segs, 128, e O. McINTYRE e T. MOSEDALE, *The precautionary...*, *cit.*, pp. 232, 233.

substanciar tal excepção, fazendo assim prevalecer a noção de prevenção sobre a de precaução (cfr. §57)¹⁸¹.

Significa isto que a prevenção não é, afinal, mais do que um princípio de responsabilização do Estado por danos causados a terceiros, ainda que num domínio específico (o ambiental)¹⁸²? Tal conclusão, ainda que aparentemente admissível, não é legítima, desde logo porque as situações que levaram a justiça internacional a pronunciar-se sobre o assunto tiveram a ver com a resolução de diferendos entre um Estado alegadamente lesado no seu património ambiental e um Estado alegadamente agressor desse património. Ou seja, a vertente internacional era aquela que directamente interessava equacionar, pois é aí que transparece a necessidade de protecção de um bem do Estado enquanto coisa, não enquanto valor imaterial relevante para toda a comunidade internacional. Nesta perspectiva, a prevenção traduz-se numa obrigação meramente indirecta de salvaguarda da integridade dos bens ambientais, e apenas impõe aos Estados a adopção das medidas necessárias e possíveis em vista à evitação de danos graves para o ambiente¹⁸³.

Brandir o princípio da prevenção contra um Estado, sem que nenhuma ameaça de lesão se tenha registado relativamente a bens ambientais sitos em territórios vizinhos, ou mesmo em áreas fora de qualquer jurisdição estadual, mas antes que tenha incidido sobre bens naturais integrados no território desse Estado força, segundo HOHMANN, a uma mudança de paradigma, ou seja, ao abandono do modelo

¹⁸¹ Em especial sobre esta decisão, vejam-se S. MALJEAN-DUBOIS, *L'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, in *AFDI*, 1997, pp. 286 segs; J. FITZMAURICE, *The ruling of the International Court of Justice in the Gabčíkovo-Nagymaros case: a critical analysis*, in *EELR*, 2000/3, pp. 80 segs.

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

¹⁸² A ideia de prevenção aplicada ao plano internacional tem, paradoxalmente, algo de retórico e por isso a associamos no texto à vertente da responsabilização. É que, como nota B. REILLY (*"Clear and present danger"*..., *cit.*, p. 772), os casos em que é accionado o princípio da prevenção junto de instâncias internacionais apresentam-no normalmente como fundamento da reacção contra uma lesão ambiental já consumada, e não como travão a um comportamento potencialmente lesivo. Mesmo quando são convocados utensílios preventivos tão adequados como as medidas provisórias — que o Tribunal Internacional de Justiça foi solicitado a decretar e efectivamente decretou contra a França, no sentido de esta se abster de realizar novos ensaios nucleares nos mares da Nova Zelândia —, a demora na sua concessão pode inviabilizar a sua utilidade (precisamente, quando o Tribunal tornou pública a sua decisão, a França já havia detonado o primeiro engenho).

Acresce a esta constatação a necessidade de ponderação de interesses, inevitável em qualquer processo mas sobretudo num de natureza cautelar — em razão da sua acessoriedade relativamente ao processo principal —, a qual pode tornar-se difícil para o julgador, na medida em que contra o valor da protecção ambiental jogarão muitas vezes argumentos económicos de peso, tais como a perda de fonte de subsistência das populações ou despedimentos em massa (*idem, idem*, pp. 775, 776).

¹⁸³ Neste sentido, R. WOLFRUM, *Purposes and principles of International Environmental Law*, in *GYIL*, 1990, pp. 308 segs, 317; W. GULLETT, *Environmental protection and the «precautionary principle»: a response to scientific uncertainty in environmental management*, in *EPLJ*, 1997/1, pp. 52 segs, 53.

estritamente antropocêntrico e à abertura a um modelo mais ecocêntrico¹⁸⁴. Na prática, tal mudança implicaria, ou o reconhecimento a tais bens de um estatuto de património comum da Humanidade ou equiparado, ou a existência de um regime de tutela internacional (nomeadamente ao nível da prevenção e responsabilização por infracções cometidas)¹⁸⁵ – ambos acompanhados da consagração da figura da legitimidade popular com fins de defesa ambiental –, o qual primaria sobre o princípio da soberania sobre os recursos naturais e equivaleria, em última análise, a um direito de ingerência ambiental¹⁸⁶.

Apesar da manifestação de intenção dos Estados no sentido de assegurar uma protecção especial para certos bens ambientais (os oceanos, os fundos marinhos, a camada de ozono), em nome da importância vital que tais bens revestem para a sobrevivência da humanidade, na prática essas intenções reduzem-se a muito pouco, em virtude da incapacidade de gerar consensos que antepõem a preservação do ambiente à prossecução de objectivos de cariz económico. Só a existência de uma autoridade mundial com competência para determinar regras de conduta relativamente a bens ambientais vitais para a humanidade, bem como dotada de mecanismos de coacção dos Estados no sentido do seu cumprimento, tornaria possível a emergência de um sistema verdadeiramente eficaz de protecção do ambiente. A ausência destes factores caracteriza, afirma WOLFRUM, “um défice estrutural do Direito Internacional cujas raízes se encontram no princípio da soberania do Estado”¹⁸⁷.

Testar jurisprudencialmente a vertente interna do princípio da prevenção no plano internacional não se afigura, por isso, fácil¹⁸⁸ – *rectius*: possível, no estágio actual do Direito Internacional Público. O que não impede a afirmação da vinculação estadual a um dever geral de prevenção de danos ambientais, no seu território e

¹⁸⁴ H. HOHMANN, *Precautionary legal...*, *cit.*, pp. 186 segs.

¹⁸⁵ B. REILLY propõe uma via alternativa, a partir do sistema das Nações Unidas, que passaria pela qualificação de determinados comportamentos lesivos do ambiente como atentados contra a paz e segurança da Humanidade, facto que legitimaria o Conselho de Segurança a adoptar medidas sancionatórias dos Estados envolvidos nessas práticas, as quais poderiam evoluir do plano económico até ao plano militar – “*Clear and present danger*”..., *cit.*, pp. 776 segs. Salvo melhor opinião, parece-nos uma sugestão juridicamente interessante mas praticamente impossível de implementar, dada a falta de vontade política dos Estados em aceitar mecanismos de coacção do cumprimento de obrigações de carácter ambiental – que se revela, desde logo, na preferência por instrumentos de *soft law* para consagrar tais comportamentos. O próprio Autor, aliás, não deixa de considerar as fragilidades desta solução.

¹⁸⁶ G. CORDINI (*La notion d’ingérence en matière de’environnement. L’apport d’une analyse comparative des législations*, in *RIDC*, 1992/3, pp. 689 segs, 691, 692) faz depender a consagração de um direito de ingerência ambiental, ou da criação de uma Agência Internacional do Ambiente, ou de um Tribunal Internacional do Ambiente. Refira-se que o Tribunal Internacional de Justiça tem, desde 1993, uma secção especialmente dedicada à apreciação de litígios de natureza ambiental cuja intervenção, todavia, não foi solicitada até à data.

JOÃO LOUREIRO (*Da sociedade técnica...*, *cit.*, p. 838) dá como exemplo de justificação de uma “eco-intervenção” o caso do incêndio dos poços de petróleo por Saddam Hussein, durante a Guerra do Golfo, mas assinala o défice de exequibilidade de tal figura, quer em face do baixo nível de efectividade das normas de Direito Internacional do Ambiente, quer no quadro apertado do artigo 39 da Carta da Organização das Nações Unidas.

¹⁸⁷ R. WOLFRUM, *Purposes...*, *cit.*, p. 324.

¹⁸⁸ Cfr. P. JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, *El principio...*, *cit.*, pp. 66, 67 e nota 164.

fora dele¹⁸⁹, que inclui obrigações negativas e positivas¹⁹⁰, já enunciadas, de forma dispersa, no texto da Declaração de Estocolmo, mas especialmente desenvolvidas, por exemplo, na Convenção de Montego Bay (nos artigos 198 e segs)¹⁹¹, das quais destacaríamos as de informação, investigação científica, notificação de acidentes, actualização de dados e de técnicas relativas ao combate à poluição marítima. A par destas concretizações do dever de prevenção no domínio específico do Direito do Mar, a Declaração do Rio confere espectro universal às obrigações parcelares decorrentes da ideia de prevenção¹⁹².

ii.) O dever de prevenção de danos ambientais na ordem interna é um pressuposto da possibilidade de evitação ou redução do risco de ocorrência de efeitos lesivos para terceiros Estados decorrentes de tais danos. Mesmo que se não confirme a afirmação explícita da vertente interna da prevenção, a operatividade do princípio ficaria gravemente comprometida sem ela. Isso mesmo reconheceu o Tribunal Internacional de Justiça, no caso *Gabcikovo-Nagymaros*, quando realçou a necessidade de proceder a uma avaliação constante das condições de realização do projecto de construção da barragem no Danúbio, respeitando o ritmo de alteração de circunstâncias ao nível ecológico (§112), bem como ao caracterizar a existência de um imperativo de vigilância e prevenção de riscos para a natureza por parte dos Estados (§140) – de resto, já resultante da jurisprudência *Trail Smelter*.

A mesma preocupação de salvaguarda dos recursos naturais marinhos vivos surge – mediatizada embora pelo interesse económico que, em concreto, o atum, representa para o Estado sob cuja jurisdição se inserem as águas onde se movimentam¹⁹³ – na decisão prolatada pelo Tribunal Internacional para o Direito do Mar, em 1999, que opôs

¹⁸⁹ Neste sentido, O. McINTYRE e T. MOSEDALE, *The precautionary...*, *cit.*, p. 232.

¹⁹⁰ A exigibilidade do cumprimento destas obrigações relativamente a Estados não signatários das convenções em que elas se encontram previstas coloca o difícil problema da eficácia dos tratados em relação a terceiros. Como nota R. WOLFRUM (*Purposes...*, *cit.*, pp. 325, 326), o Tribunal Internacional de Justiça, num *obiter dictum* do caso *Barcelona Traction* (1970), ter-se-á pronunciado no sentido de alargar a imposição de comportamentos relativos à salvaguarda de bens de interesse comum a todos os Estados da Comunidade Internacional, independentemente da sua vinculação aos instrumentos que os prevejam. E acrescenta que “in the Court’s view a breach of this kind of obligation gives legal standing to States not materially damaged to react by resorting to legal remedies provided by international law at the juridical, arbitral or diplomatic level”. A questão é a de efectivar esta reacção, no sentido de conseguir constranger o Estado prevaricador a alterar a sua conduta, sendo certo que ele está fora do sistema de injunções eventualmente consagrado na convenção onde se inscrevem as obrigações violadas. Por último, sobre os efeitos dos instrumentos de vinculação internacional em relação a terceiros, F. LOUREIRO BASTOS, *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, Lisboa, 2005, pp. 752 segs.

¹⁹¹ Cfr. o nosso *A protecção do ambiente...*, *cit.*, pp. 698 segs; D. FREESTONE e E. HEY, *Implementing the precautionary approach: challenges and opportunities*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 249 segs, 261 segs.

¹⁹² Outros exemplos da emergência de regras de responsabilização do Estado por condutas causadoras de danos ecológicos podem encontrar-se em R. WOLFRUM, *Purposes...*, *cit.*, p. 317.

¹⁹³ Cfr. P. NICKLER, *A tragedy of the commons in coastal fisheries: contending prescriptions for conservation, and the case of the Atlantic bluefin tuna*, in *BCELR*, 1999/3, pp. 549 segs, 555, 556.

Austrália e Nova Zelândia ao Japão¹⁹⁴. Os dois primeiros Estados acusaram o Japão de violar o dever de gestão racional dos recursos marinhos imposto nos artigos 64 e 119 da Convenção de Montego Bay, em virtude da actividade de pesca experimental de certa espécie de atum (*southern bluefin tuna*)¹⁹⁵. Ambas as partes reconheciam o estado depauperado dos estoques; todavia, não havia consenso quanto aos efeitos da actividade dos programas de pesca experimental sobre a capacidade de regeneração das espécies.

Concedendo provimento ao pedido de medidas provisórias requerido por aqueles dois Estados, com base no artigo 290/5 da Convenção de Montego Bay, o Tribunal confirmou a necessidade de adopção de uma atitude preventiva relativamente às espécies piscícolas em questão, que assenta na contenção da capacidade pesqueira dentro dos limites que a Biologia, ainda que não de forma plenamente comprovada, entende serem os da renovabilidade daquelas, sob pena de extinção¹⁹⁶. CAMERON considera este caso um “exemplo particularmente luminoso” da importância do princípio da precaução no âmbito do Direito Internacional¹⁹⁷, mas o Tribunal nunca o invocou¹⁹⁸.

O Tribunal Internacional para o Direito do Mar veio a ter nova oportunidade de lançar mão do princípio no *caso Mox Plant* (2001), que opôs o Reino Unido à Irlanda¹⁹⁹. Estava em causa a protecção do mar irlandês da descarga e transporte de resíduos radioactivos pela fábrica Mox, que a Irlanda considerava ilegal em face da regulação inserida na

¹⁹⁴ Como nota M. EVANS, baseando-se em declarações de voto de vários juizes, se o objectivo principal da contenda fosse a protecção das espécies por si só, então também a Austrália e a Nova Zelândia, em face do estado dos estoques, deveriam reduzir o volume de capturas – **The southern bluefin tuna dispute: provisional thinking on provisional measures?**, in *YIEL*, 1999, pp. 7 segs, 14.

¹⁹⁵ Deve dizer-se que o apelo aos artigos da Convenção de Montego Bay baseou-se no facto de ser essa a forma de garantir a aplicação de medidas provisórias pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar enquanto não se recorresse a nenhuma outra instância com jurisdição aceite pelas partes. Na verdade, existe um instrumento internacional mais directamente aplicável (*Convention on the conservation of the southern bluefin tuna*, de 1993) – porque especialmente dedicado à regulação da pesca do atum –, o qual exige o consentimento expresso dos Estados no sentido do reconhecimento de jurisdição obrigatória, atitude que o Japão se recusou a tomar. Sobre o complexo processo de fixação da jurisdição competente para tomar a decisão de fundo sobre este caso (que acabou por ser resolvido, em 2001, por acordo entre as partes), veja-se o comentário de M. EVANS, *The Southern Bluefin Tuna Arbitration*, in *ICLQ*, 2001, pp. 447 segs, e C. ROMANO, *The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a world to come... like it or not*, in *OD&IL*, 2001, pp. 313 segs, 317 segs.

¹⁹⁶ Cfr. E. HEY, *Considerations regarding the Hormones Case, the precautionary principle and international dispute settlement procedures*, in *LJIL*, nº 13, 2000, pp. 239 segs, 245, 246.

¹⁹⁷ J. CAMERON, *The precautionary...*, *cit.*, p. 129. Matizando um pouco esta ideia, embora favorável à lógica da precaução, D. FREESTONE (*Caution or precaution: «A rose by other name...»?*, in *YIEL*, 1999, pp. 25 segs, 32) entende poder ler-se esta decisão como “a classic application of precautionary methodology”.

¹⁹⁸ A diversidade de entendimentos a que se presta a precaução fica bem patente nas análises deste caso reunidas no volume de 1999 do *Yearbook of International Environmental Law*, que lhe é dedicado. Apesar de o Tribunal não se ter referido expressamente ao princípio, Autores há que vêem na decisão uma aplicação particularmente feliz da lógica precaucionista (A. FABRA), mesmo se essa lógica já vem de tão longe quanto de 1893, data em que, segundo F. ORREGO VICUÑA, um tribunal arbitral nela se inspirou para resolver o caso *Bering Sea fur-seals*. Sobre esta “deriva” dos pressupostos da precaução, que a jurisprudência internacional tenta conter dentro dos limites da prevenção, veja-se também L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Unilateralism and environmental protection: issues of perception and reality of issues*, in *EJIL*, 2000/2, pp. 315 segs, 332 segs.

¹⁹⁹ Desenvolvidamente sobre o caso *Mox Plant*, B. KWIATKOWSKA, *The Ireland v United Kingdom (Mox Plant) Case: applying the doctrine of treaty parallelism*, in *IJMCL*, 2003/1, pp. 1 segs, 6 segs.

Convenção de Montego Bay. Perante a recusa do Reino Unido em demonstrar a inocuidade das operações da instalação fabril para o meio marinho, a Irlanda solicitou ao Tribunal a medida provisória de suspensão da actividade daquela até tal prova ser produzida. A Alta Instância desatendeu o pedido irlandês, fundamentado no princípio da precaução²⁰⁰, embora tenha ordenado às partes que cooperassem no sentido da troca de toda a informação relevante sobre o funcionamento da fábrica e seus efeitos sobre o ambiente marinho, e na adopção de medidas de prevenção da poluição marinha, numa atitude de prudência²⁰¹.

Parece correcto afirmar-se, tendo em conta o que ficou dito, que o Direito Internacional acolhe e a jurisprudência internacional confirma, um princípio que se traduz na obrigação de evitação de danos de gravidade relevante para os bens ambientais, pelo menos no plano externo. Quer isto dizer que a ideia de prevenção assumiu já o estatuto de princípio de Direito Internacional e que vincula a conduta dos Estados, independentemente da sua explicitação convencional²⁰². Em contrapartida, a adstricção a deveres concretos em que se traduz a atitude preventiva depende da sua específica inserção nos instrumentos de vinculação internacional, porque todos eles importam em limitações de soberania que é necessário salvaguardar (e não esqueçamos o delicado equilíbrio entre a prevenção e o domínio sobre os recursos naturais situados no território sob jurisdição do Estado, a que o princípio 2 da Declaração do Rio, na senda do princípio 21 da Declaração de Estocolmo, alude)²⁰³.

Este princípio, que em Estocolmo – compreensivelmente, se atendermos ao recente *despertar ecológico* da comunidade internacional – era tratado de forma fragmentária e numa perspectiva de primeira consolidação²⁰⁴ de uma regra de responsabilização do Estado por danos ambientais causados a terceiros, foi no Rio reequacionado à luz dos desenvolvimentos das duas anteriores décadas, nomeadamente no quadro da crescente consciencialização da globalização dos riscos ambientais.

²⁰⁰ O Tribunal considerou não ter sido produzida prova bastante no sentido de atestar o risco (ou o aumento) de radioactividade no meio marinho por força das descargas efectuadas pela Mox. Nas palavras do Juiz Treves, “Scientific evidence linking risks to the marine environment specifically to the commissioning of the Mox Plant within the relevant time-frame was not substantial and focussed enough to permit discussing whether such evidence was, or was not, conclusive as to the causal relationship between the activity envisaged and the risk to the marine environment” (*Separate Opinion*, §8).

²⁰¹ Alguns juízes manifestaram-se nas suas opiniões dissidentes, não obstante, no sentido da aproximação do Tribunal ao princípio da precaução, ainda que o pedido da Irlanda tenha sido desatendido e que o Tribunal não tenha invocado expressamente tal máxima. Cfr. PHILIPPE SANDS, *O princípio da precaução*, in *Princípio da precaução*, org. de M. Dias Varela e A. F. Barros Platiau, Belo Horizonte, 2004, pp. 29 segs, 41, e N. DE SADELEER, *O estatuto do princípio da precaução no Direito Internacional*, in *Princípio da precaução*, org. de M. Dias Varela e A. F. Barros Platiau, *cit.*, pp. 47 segs, 69, 70.

Para B. KWIATKOWSKA (*The Ireland...*, *cit.*, p. 43), é especialmente curioso o paradoxo em que o Tribunal faz assentar o decretamento de medidas provisórias, na medida em que desconsidera a prova produzida como “inconclusiva” para aplicar o princípio da precaução, mas já a tem por suficiente para preservar “procedural rights” da Irlanda (os deveres genéricos de cooperação e prudência com vista à prevenção de riscos).

²⁰² Neste sentido, PHILIPPE SANDS, *L'affaire...*, *cit.*, p. 463 (apoiando-se em opiniões dos juízes Weeramantry, Koroma e Palmer emitidas no âmbito do parecer de reexame no caso dos *Ensaio Nucleares II*).

²⁰³ Esta definição de obrigações de prevenção ambiental é tão essencial na vertente preventiva como na ressarcitória, na medida em que o primeiro pressuposto da responsabilidade internacional do Estado é o estabelecimento de um dever preciso cujo cumprimento foi inobservado – C. TINKER, *State responsibility and the precautionary principle*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 53 segs, 57.

²⁰⁴ “Codificação”, na expressão de J. VESSEY (*The principle...*, *cit.*, p. 184).

Aliada à vertente externa, surge então uma clara consagração da vertente interna (*vide*, na Declaração do Rio, os princípios 13 – desenvolvimento do instituto da responsabilidade por danos ecológicos na legislação interna –, 16 – implementação da regra do poluidor-pagador – e 17 – consagração do procedimento de avaliação de impacto ambiental a nível interno), que aponta para um alargamento do âmbito da prevenção, numa lógica de extensão da ponderação de riscos comprovados a riscos cuja ocorrência e efeitos estão envoltos num manto de incerteza.

iii.) Em face da incerteza quanto ao grau de incerteza (passe a repetição) necessário para accionar a precaução, esta acaba por não ganhar autonomia em face da prevenção. Realce-se que, mesmo em documentos internacionais que avançam uma versão mais estrita de precaução, não se prescinde de uma “razão para crer” (*reason to assume*) na superveniência de um evento lesivo, o que esbate a linha separatória entre perigo e risco (Declaração de Londres, artigo XVI/1). O princípio 15 da Declaração do Rio é bem exemplo disso, quando desenha um círculo mais amplo de análise de riscos, mas não abdica da fórmula essencial: “to prevent environmental degradation”.

Ou seja, independentemente das oscilações de conteúdo que se detectem nas várias fórmulas referentes à ideia de precaução, o núcleo essencial da noção de antecipação de riscos estará sempre salvaguardado pelo princípio da prevenção, numa leitura abrangente²⁰⁵. A diferença entre precaução e prevenção não é de natureza, mas sim de grau²⁰⁶. O princípio da precaução traduz a mais avançada forma de prevenção, noção que continua a ser a base fundamental das medidas de protecção do ambiente²⁰⁷. Parafraçando PHILIPPE SANDS, “em qualquer caso, o princípio da precaução pode bem significar uma formulação mais moderna e também mais exigente do princípio geral da prevenção do dano ecológico *lato sensu*”²⁰⁸. Isto sem embargo da necessidade de, caso a caso – i.e., convenção a convenção –, se determinar, com a fidelidade possível, os pressupostos da ponderação exigíveis em função do tipo de riscos que a matéria potencialmente envolver²⁰⁹.

À semelhança da conclusão a que se chega sobre o *Vorsorgeprinzip* no âmbito do ordenamento alemão, pode afirmar-se que a atitude de precaução não existe em

²⁰⁵ Neste sentido, L. GONZÁLEZ VAQUÉ, L. EHRING, C. JACQUET (*Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé*, in *RMUE*, 1999/1, pp. 79 segs, 88), quando escrevem que “(...) le champ d’application de la prévention est beaucoup plus large que celui de la précaution. À vrai dire le premier inclut le second, si bien qu’une mesure plus large peut être ou non une mesure de précaution, alors qu’une mesure de précaution est obligatoirement une mesure de prévention”.

²⁰⁶ Neste sentido, A. NOLLKAEMPER, *The precautionary principle in International Environmental Law: what’s new under the sun?*, in *MPBul*, 1991/3, pp. 107 segs, 108; L. LUCCHINI, *Le principe...*, *cit.*, p. 715.

²⁰⁷ Neste sentido, A. KISS e D. SHELTON, *International...*, *cit.*, p. 265; A. NOLLKAEMPER, *The precautionary...*, *cit.*, 110.

²⁰⁸ PHILIPPE SANDS, *L’affaire...*, *cit.*, p. 471.

²⁰⁹ Neste sentido, C. BACKES e J. VERSCHUUREN, *The precautionary...*, *cit.*, p. 50; C. TINKER, *State responsibility...*, *cit.*, pp. 62 segs. Com indicação de exemplos de critérios de ponderação para o estabelecimento de deveres numa lógica de precaução, em geral, J. HICKEY e V. WALKER, *Refining the precautionary...*, *cit.*, pp. 443 segs, e em especial, no Direito do Mar, S. M. GARCIA, *The precautionary...*, *cit.*, pp. 118 a 120.

abstracto, nem no plano interno, por força dos princípios democrático, da reserva de lei, do carácter restritivo das restrições – como veremos *infra*, com mais detalhe –, nem no plano internacional, em virtude do princípio da soberania dos Estados. Com efeito, este princípio – emanação externa da independência nacional e do princípio da soberania popular – determina o estabelecimento de deveres de actuação concretos por forma expressa, bem como a idêntica explicitação do âmbito de ponderação do risco, sob pena de esvaziamento da capacidade de decisão política do Estado em domínios fundamentais da vida económica e social em contextos de crescente incerteza.

As fragilidades do princípio não foram suficientes, no entanto, para o manter afastado do Direito Comunitário. A sua penetração no ordenamento europeu, em face de casos recentes relacionados sobretudo com a segurança alimentar das populações e da consequente necessidade de reconquistar a confiança dos consumidores, foi inevitável.

3.2.2.1. A inclusão do “princípio” no Tratado de Roma

Os *senhores dos Tratados* comunitários não ficaram indiferentes perante a “moda” do princípio da precaução²¹⁰. A comprová-lo está o facto de lhe terem feito uma referência expressa em sede de política do ambiente – por ocasião da 2ª revisão formal do Tratado de Roma –, incluindo-o no lote de princípios fundamentais, a par da integração, da gestão racional, da prevenção, da correcção na fonte, do poluidor-pagador e da responsabilização, no artigo 130R/2 (hoje 174/2)²¹¹. Mas a entrada em cena da precaução provoca dúvidas de vária ordem.

a) As interferências da precaução com o sistema comunitário

A inclusão da precaução como directiva de conformação da política ambiental comunitária levantou desde logo uma questão: a de saber qual o seu conteúdo, uma vez que o Tratado não apresenta qualquer definição de precaução (*i.*). Depois, colocou-se o problema da delimitação do seu âmbito: objectivo, por um lado, na medida em que a acepção ampla de ambiente adoptada no artigo 174/1 parece abranger também o domínio da saúde pública; subjectivo, por outro lado, devendo apurar-se se apenas vincula os órgãos comunitários, quer ao nível político, quer no plano legislativo, ou se constrange também a actuação dos órgãos dos Estados membros, no plano do direito interno (*ii.*). Em particular, no primeiro caso verifica-se a necessidade de compatibilização do “princípio da precaução” com outros princípios conformadores da actuação da Comunidade, nomeadamente a legalidade, a prevenção, a proporcionalidade, o desenvolvimento sustentado (*iii.*). Enfim, dá-se progressivamente conta da interferência da precaução com um dos pilares da organização económica comunitária – que se reflecte no plano das liberdades dos operadores no mercado –,

²¹⁰ Sobre este ponto, em geral, *vide* G. CORCELLE, *La perspective communautaire du principe de précaution*, in *RMCUE*, n° 450, 2001, pp. 447 segs; P. RAMBAUD, *Un nouveau principe du Droit communautaire: le principe de précaution*, in *Mélanges Paul Sabourin*, Bruxelles, 2001, pp. 311 segs;

²¹¹ Cfr. B. CARAVITA, *I principi della politica comunitaria in materia ambientale*, in *RGA*, 1991/2, pp. 207 segs;

a saber, a liberdade de circulação de mercadorias, a qual pode obstruir, com base no artigo 30 do Tratado de Roma, sob a forma de cláusulas de salvaguarda invocadas por um Estado-membro relativamente a produtos oriundos de outro Estado-membro, em caso de dúvida sobre a nocividade daqueles (iv.).

i.) Relativamente ao conteúdo do princípio, a ausência de definição dos seus contornos não constituiria um entrave à sua aplicação caso se pudesse efectuar uma remissão para os parâmetros internacionais. Já vimos, no entanto, que a fluidez na consagração da precaução, ao nível dos instrumentos internacionais, não permite a realização, com êxito, de tal remissão²¹². O que significa que terá que ser a própria Comunidade, a partir das concretizações legislativas que for fazendo da ideia de precaução, a construir o(s) seu(s) modelo(s), o que tanto mais se justifica se pensarmos na multitude de domínios de intervenção da legislação comunitária.

Com efeito, diferentes riscos podem implicar diferentes abordagens, a começar pelos bens envolvidos (v.g., saúde pública, qualidade de consumo, ambiente, dada a amplitude da noção de ambiente subjacente ao artigo 174/1 do Tratado de Roma), passando pelos meios utilizados, a definir em função da gravidade da ameaça, do tipo de interesses em jogo, da magnitude dos efeitos, terminando, enfim, com a questão da definição do risco residual, ou seja, da margem de risco que a Comunidade considera tolerável, sopesando os valores em presença.

A recente Comunicação da Comissão europeia sobre o princípio da precaução – v. *infra*, c) – não avançou qualquer definição, o que acaba por confirmar a imprecisão do “princípio” e a sua imprestabilidade enquanto instrumento de conformação imediata de situações jurídicas, alheio às necessárias ponderações que os diferentes tipos de risco acarretam.

ii.) A definição do âmbito objectivo do princípio não se afigura fácil, pois embora na sua génese a precaução tenha surgido e sido desenvolvida no domínio do ambiente, depressa revelou as suas potencialidades no campo da saúde pública. No Tratado de Roma, contudo, ambiente e saúde têm sedes diferentes – artigos 174 e 152 –, o que levanta a dúvida de saber se os órgãos comunitários estão nessa sede vinculados à observância do princípio da precaução. Confrontando-se com essa questão, GONZÁLEZ VAQUÉ, EHRING e JACQUET respondem, em princípio, negativamente. Ou seja, salvo quando a medida comunitária – adoptada ao abrigo do artigo 175 – visar, *além* da protecção do ambiente, *também* a protecção da saúde pública, a Comunidade não se deve considerar adstrita ao respeito pelo princípio²¹³.

Esta posição parece-nos correcta, tendo em consideração os princípios da especialidade e da competência por atribuição subjacentes à actuação dos órgãos comunitários, e nem por isso enfraquece o objectivo de protecção sanitária prosseguido pela Comunidade. É que, mesmo reconhecendo – como fazem os Autores citados – a competência primária dos Estados para levarem a cabo a salvaguarda da saúde dos

²¹² Considerando a remissão suficiente, P. RAMBAUD, *Un nouveau principe...*, *cit.*, p. 315, nota 11.

²¹³ L. GONZÁLEZ VAQUÉ, L. EHRING, C. JACQUET, *Le principe de précaution...*, *cit.*, pp. 104, 105. Indicando alguns diplomas comunitários nos quais a precaução é invocada, no quadro da aliança saúde/ambiente, T. DAEMEN, *The European Community's evolving precautionary principle. Comparisons with the United States and ramifications for Doha Round trade negotiations*, in *EELR*, 2003/1, pp. 6 segs, 15, 16.

seus cidadãos, quer impondo um nível de protecção elevado, quer invocando, se necessário, o artigo 30 do Tratado de Roma²¹⁴, a Comunidade sempre estaria vinculada ao princípio da prevenção por força do nº 1 do artigo 152, o que — pelo menos para quem desvalorize a autonomia da precaução — esvazia o problema.

Quanto ao âmbito subjectivo de aplicação do “princípio”, a dúvida reside em descortinar se este tem efeito directo, de modo a constringer a actuação dos órgãos dos Estados para lá das situações de aplicação do Direito Comunitário (de forma directa, via regulamento, ou indirecta, na sequência da transposição de directivas). A doutrina tem-se pronunciado no sentido da vinculação exclusiva da Comunidade²¹⁵, o que bem se compreende, se atentarmos na ausência de normatividade do princípio, ou seja, na indefinição do seu conteúdo — que inviabiliza a possibilidade de caracterizar disposições claras, precisas e incondicionais, pressuposto do efeito directo. Note-se que a *força de bloqueio* das normas inseridas em directivas no período que antecede a sua transposição efectiva, a qual impede a emissão de actos normativos nacionais que comprometam os resultados prescritos naquelas (por força do princípio da solidariedade comunitária inscrito no artigo 10 do Tratado de Roma), configura, se tanto, um fenómeno de aplicabilidade directa passiva²¹⁶.

A precaução é uma linha de actuação política, que vincula o legislador comunitário na fase prévia à emissão das normas, no sentido da fixação dos parâmetros de risco tolerável e intolerável na regulação de uma determinada matéria, da competência dos órgãos comunitários, em harmonia com o sentimento geral das populações dos Estados-membros e com o apoio dos dados científicos disponíveis e credíveis²¹⁷. Com a introdução da noção de precaução no Tratado de Roma, a União Europeia consciencializou expressamente a margem de incerteza que rodeia determinados domínios vitais para as comunidades humanas, assumiu a responsabilidade pelas escolhas que aí se perfilam e deu um passo no sentido da legitimação das decisões através da procedimentalização da avaliação e gestão do risco a elas inerente [cfr. *infra*, c), a comunicação da Comissão sobre o princípio da precaução].

iii.) No que toca à necessidade de compatibilização do “princípio” da precaução com outros princípios consolidados no acervo comunitário — por força, mormente, do labor jurisprudencial do Tribunal de Justiça, que os trabalhou a partir da sua consagração nos ordenamentos internos e os introduziu na ordem jurídica comunitária

²¹⁴ L. GONZÁLEZ VAQUÉ, L. EHRING, C. JACQUET, *Le principe de précaution...*, *cit.*, p. 107.

²¹⁵ Neste sentido, O. McINTYRE e T. MOSEDALE, *The precautionary...*, *cit.*, p. 230; J. HOLDER, *Safe science?...*, *cit.*, pp. 128 segs; A. DOYLE e T. CARNEY, *Precaution and prevention: giving direct effect to article 130R without direct effect*, in *EELR*, 1999/2, pp. 44 segs, 47; N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, p. 253.

O Tribunal de Justiça também já declarou que o artigo 174 se limita a definir os objectivos gerais da Comunidade em matéria de ambiente, não vinculando directamente os Estados-membros — Acórdão de 14 de Julho de 1994, Caso C-379/92, in *Col.* 1994, I-3453 segs, 3505.

²¹⁶ Abstraindo das qualificações empregues, parece ser esta a tese de A. DOYLE e T. CARNEY, *Precaution...*, *cit.*, p. 47 (embora os Autores apontem para uma dimensão aparentemente positiva, traduzida na necessidade de criação de condições para a implementação efectiva da directiva, ainda que concretizada numa mera obrigação de *stand-still*). V. também J. HOLDER, *Safe science?...*, *cit.*, p. 139.

²¹⁷ O. GODARD, *Le principe de précaution, un principe politique d'action*, in *RJE* - 2000, nº especial, pp. 127 segs, 133.

a título de princípios gerais de Direito Comunitário —, deve começar-se por realçar a relação próxima entre prevenção e precaução. A primeira faz frente a ameaças identificadas, lida com nexos de causalidade firmes entre intervenção projectada (ou omissão dela) e dano ambiental relevante; a segunda, por seu turno, assume a relatividade do conhecimento científico e pretende dar resposta a situações em que existe uma dúvida sobre a verificação do dano e/ou a sua extensão na sequência de determinada intervenção (ou inacção). Por outras palavras, e na linha da abordagem ao problema feita na Alemanha e no plano do Direito Internacional, a prevenção ocupa-se de perigos, a precaução opõe-se a riscos.

Perante este quadro de proximidade — se não de sobreposição —, há quem entenda que a precaução absorve a prevenção, em razão do mais amplo espectro da primeira²¹⁸. No entanto, a incerteza quanto aos pressupostos (e limites) da precaução faz duvidar desta leitura, sendo questionável a menção das duas noções. LÜBBE-WOLFF deixa transparecer a sua perplexidade na alusão equiparada dos dois princípios, uma vez que a precaução, no seu entender, está contida na prevenção, constituindo um complemento mas não um *substracto autónomo*²¹⁹. O que muda com a precaução não é a forma de abordagem das questões ambientais — sempre preferencialmente preventiva —, mas apenas os meios, concretamente em razão da introdução de parâmetros técnicos no processo de decisão, com vista à gestão da incerteza, i. e., à minimização/evitação de riscos²²⁰. A precaução é um *indirizzo* técnico que conforma o procedimento de avaliação de riscos num quadro de incerteza, não um princípio substantivo, afirma ICARD²²¹.

Alterando-se os meios e, acrescentamos nós, alargando-se o âmbito de ponderação na disposição que constitui a base de exercício de competência, tem forçosamente que se prever, de modo expresso, o poder de intervenção, o seu objecto e os seus limites. A legalidade comunitária, imperativo reforçado no confronto com a legalidade estadual em virtude do princípio da especialidade que está subjacente à criação da Comunidade e à actuação dos seus órgãos, obriga à definição precisa dos contornos da precaução, caso a caso. Não é, pois, suficiente invocar o princípio da precaução, incondicionada e imprecisamente, como fundamento de ingerência em posições jurídicas dos particulares, desde logo pela Comissão, no âmbito do exercício do seu poder sancionatório. A reserva de lei depõe contra esta possibilidade²²².

O cruzamento com a proporcionalidade é determinante para a operacionalidade da ideia de precaução. Num espaço de confrontação de valores, individuais e colectivos — liberdade de iniciativa económica vs. protecção do ambiente; direito de propriedade vs. qualidade do consumo; liberdade de investigação vs. saúde pública —, a

²¹⁸ S. IZCARA PALACIOS, *La contaminación agraria y el principio de cautela. Hacia una regulación de los riesgos medioambientales originados por la intensificación agraria en la Unión Europea*, in *REE*, nº 21, 1999, pp. 49 segs, 52.

²¹⁹ G. LÜBBE-WOLFF, *Präventiver Umweltschutz...*, *cit.*, p. 51.

²²⁰ G. LÜBBE-WOLFF, *Präventiver Umweltschutz...*, *cit.*, pp. 52, 53 e 61.

²²¹ P. ICARD, *L'articulation...*, *cit.*, p. 30. No mesmo sentido, também J. BOUDANT, *Principe de précaution et risques: l'exemple des OGM*, in *RJE*, 1998/4, pp. 415 segs, 426 (“[le principe de précaution] indique donc plus une direction qu'il ne fixe une règle”).

²²² Neste sentido, I. APPEL, *Europas Sorge um die Vorsorge*, in *NVwZ*, 2001/4, pp. 395 segs, 398.

medida de razoabilidade é um factor essencial à legitimidade da decisão. A acrescer a esta consideração, está o imperativo de gestão da incerteza quanto aos pressupostos de facto e sua evolução, que reforça a exigência de ponderação fundamentada na proporção directa do grau de incerteza²²³.

Enfim, o desenvolvimento sustentado – num entendimento pragmático, à *la Déclaration do Rio* –, cuja referência penetrou no ordenamento comunitário com a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão (no artigo 2), seria afectado pela convivência com o princípio da precaução. Isto na medida em que, sublinha APPEL, a unidireccionalidade da precaução obnubila a necessidade de optimização de políticas decorrente da noção de sustentabilidade²²⁴. Também aqui a proporcionalidade pode ser a chave para operacionalizar a convivência (mais ou menos) pacífica entre as preocupações ambientalistas e as ambições economicistas, suavizando os fundamentalismos das primeiras e refreando a voracidade das segundas.

iv.) O problema da articulação do princípio da precaução com o artigo 30 do Tratado de Roma é talvez, pela sua relevância prática, o que mais inquietações provoca. Esta disposição abriga a possibilidade de os Estados, em defesa da saúde e da vida de pessoas e animais ou da preservação das plantas, decretarem medidas de salvaguarda, provisórias, contra produtos oriundos de outros Estados-membros. O antagonismo entre a utilização desta via legal e a proibição de medidas que possam comprometer a liberdade de circulação de produtos no espaço comunitário fez com que a jurisprudência sempre tenha interpretado de forma restritiva estas excepções, nomeadamente exigindo a comprovação da iminência do perigo, a gravidade da sua repercussão e a identificação dos valores fundamentais nacionais em jogo²²⁵.

Em que medida pode a precaução intrometer-se neste quadro? A interferência pode revelar-se de forma perniciosa, banalizando a excepção de ordem pública em nome de suspeitas de árdua confirmação, as quais podem justificar-se por força da responsabilidade política dos Governos perante os cidadãos, que reclamam a protecção dos seus interesses, mas que podem também camuflar intenções puramente proteccionistas, ditadas por necessidades económicas conjunturais ou por lóbis. A indefinição do princípio abre, com efeito, as portas a interpretações oportunistas, baseadas na multiplicação indiscriminada do conceito de precaução, que adquire diferentes pesos e diferentes medidas consoante o interesse defendido.

Pode, é certo, dizer-se que a utilização da precaução como base fundamentante de medidas proteccionistas vem, de algum modo, na linha da previsão dos artigos 174/2, §2º e 176 do Tratado de Roma, que permitem aos Estados adoptar ou manter regimes de protecção ambiental mais exigentes do que os previstos na legislação comunitária (a qual, assumindo-se como complementar, se pauta pelo estabelecimento de *standards* mínimos). Porém, nesse caso, o pressuposto é o de que tais medidas, visando um nível de protecção o mais elevado possível, sejam ainda compatíveis com os objectivos do Tratado.

²²³ Cfr. I. APPEL, *Europas Sorge...*, *cit.*, p. 398.

²²⁴ I. APPEL, *Europas Sorge...*, *cit.*, p. 397.

²²⁵ Cfr. G. KARYDIS, *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable*, in *RTDE*, 2002/1, pp. 1 segs, 5, 6 e 8.

A alegação de sérias dúvidas quanto à nocividade de um produto constitui motivo de perturbação do sistema de liberdades comunitário, pelo menos sempre que os Estados estejam livres para invocar padrões de precaução próprios. Há, com efeito, que distinguir duas situações, como nota ICARD: por um lado, os casos em que a harmonização legislativa é considerada completa, encontrando-se os Estados totalmente subordinados ao regime comunitário – mormente aos padrões de avaliação do risco estabelecidos; por outro lado, as situações em que a harmonização, ou não está realizada, ou está incompleta, deixando margem ao aparecimento de concepções estaduais sobre a incerteza dos pressupostos de facto susceptíveis de corporizar excepções à liberdade de circulação de um determinado produto, nomeadamente por recurso ao artigo 30 do Tratado de Roma (ver também o artigo 174/2, §2º)²²⁶.

Porém, não deve esquecer-se que, mesmo no âmbito de sectores onde a harmonização é plena, o artigo 95 (anteriormente 100A) veio, na sequência da revisão de 1998, operada pelo Tratado de Amesterdão, abrir a possibilidade de uma actualização permanente dos padrões de protecção vigentes num determinado domínio. Conforme já referimos no Capítulo I da Parte I (ponto 2.1.), o novo nº 5 do artigo 95 suporta a alegação, por qualquer Estado-membro, da existência de dados científicos novos (posteriores à adopção da directiva) justificativos da introdução de normas nacionais desconformes com o preceituado na directiva, de modo a alcançar a melhor protecção possível do ambiente e do meio de trabalho. Para além disso, e na sequência do regime transitado do antigo artigo 100A/5 (actual 95/10), o Direito Comunitário abre a porta à invocação da necessidade de protecção de interesses não económicos tais como o ambiente ou a saúde pública (inscritos no artigo 30), nos termos concretos especificados em cada directiva, possibilitando a adopção de medidas de salvaguarda, de carácter precário e sujeitas a um rigoroso controlo de proporcionalidade²²⁷.

Este quadro de regulação condicional, sob reserva de actualização, reflecte a preocupação de antecipação de riscos típica da precaução. A polémica que envolveu a aplicação da directiva sobre a disseminação de organismos geneticamente modificados (directiva 90/220/CEE, de 23 de Abril) é especialmente ilustrativa desta realidade²²⁸. Com efeito, o artigo 16 da directiva 90/220, ao abrigo do disposto no (então) artigo 100A/5, admitia a possibilidade de derrogações nacionais, a título provisório, suportadas por pareceres baseados na mais recente informação científica sobre a nocividade de tais produtos para o organismo humano ou para o ambiente. A descon-

²²⁶ P. ICARD, *Le principe de précaution: exception à l'application du Droit Communautaire?*, in *RTDE*, 2002/3, pp. 471 segs, 489 e 493 segs.

²²⁷ Sobre este novo regime de harmonização, veja-se N. DE SADELEER, *Les clauses...*, *cit.*.

²²⁸ Cfr. P. THIEFFRY, *Le contentieux naissant des organismes génétiquement modifiés: précaution et mesures de sauvegarde*, in *RTDE*, 1999/1, pp. 81 segs; J. BOUDANT, *Le principe...*, *cit.*; K. FOUCHER, *Organismes génétiquement modifiés: la soumission des autorités nationales à la contrainte communautaire*, in *RJE*, 2001/3, pp. 463 segs.

fiança de alguns Estados relativamente aos OGMs ditou a caducidade de facto²²⁹ — ou em virtude do desuso — do regime da directiva 90/220 (hoje revogada pela directiva do Parlamento Europeu e do Conselho nº 2001/18, de 12 de Março), tendo vindo a válvula de escape criada a revelar-se um apoio determinante das decisões nacionais de recusa de autorização emitidas pela própria Comissão²³⁰.

Deve frisar-se, todavia, que as condições de invocação válida desta cláusula são bastante restritivas, para tentar obviar a uma alegação indiscriminada de fundamentos pretensamente precautórios. No processo de questões prejudiciais de interpretação que o Conselho de Estado francês colocou ao Tribunal de Justiça, em 1998²³¹, a propósito de saber em que condições e em que momento (ou até que momento) pode ser utilizada a cláusula de salvaguarda, a Alta Instância comunitária respondeu: 1) que um Estado pode lançar mão de medidas restritivas da comercialização de OGMs caso a investigação científica conduza à descoberta de dados novos, os quais ponham em dúvida a segurança e qualidade dos produtos relativamente à saúde humana e ao ambiente; e 2) que a descoberta desses novos dados tem de ser invocada, ou no decurso do processo de oposição que a directiva previa (no âmbito do qual os Estados podiam levantar objecções ao pedido de introdução de um OGM no mercado por parte do Estado junto do qual foi requerida a comercialização e efectuada a avaliação

²²⁹ Cujá origem é detectada na declaração feita por cinco Estados-membros (Itália, França, Grécia, Dinamarca e Luxemburgo) no Conselho de Ministros do Ambiente de Junho de 1999, afirmando a sua intenção de usar todos os meios possíveis no sentido de bloquearem a continuação de aplicação da directiva — R. PAVONI, *Misure unilaterali di precauzione, prove scientifiche e autorizzazioni comunitarie al commercio di organismi geneticamente modificati: riflessioni in margine al caso Greenpeace*, in *DC&SI*, 2000/4, pp. 725 segs, 726, nota 6.

Esta moratória de facto estendeu-se para além da aprovação da directiva de 2001, na medida em que estes Estados exigiam não só a alteração da regulação da avaliação do risco anterior à autorização de comercialização como também a imposição de regras quanto à determinação da origem dos alimentos contendo produtos geneticamente manipulados e no que respeita à etiquetagem. O que adiou, na prática, o fim da moratória de facto até 2004, data da aprovação de dois Regulamentos (1829/2003 e 1830/2003) complementares da Directiva 18/2001, quadro legal que já permitiu à Comissão Europeia autorizar, em 19 de Maio de 2004, a importação e comercialização no mercado europeu de uma semente de milho doce fabricado pela Sygenta. A desconfiança do público europeu em face dos OGMs (fomentada pelos escândalos alimentares recentes, *maxime* da “doença das vacas loucas”), por um lado, e a oposição de Dinamarca, Grécia, França, Luxemburgo, Áustria e Portugal à introdução da semente (que, não obstante, não impediu a Comissão de conceder a autorização), por outro lado, levou a Sygenta a optar pela não comercialização do produto no mercado europeu. Este caso parece indicar que a controvérsia em torno dos alimentos geneticamente manipulados não terminará com a nova directiva — cfr. E. TSIΟΥMANI, *Genetically modified organisms in the EU: public attitudes and regulatory developments*, in *RECIEL*, 2004/3, pp. 279 segs, *passim*; M. LEE, *EU Environmental Law. Challenges, Change and Decision-making*, Oxford/Portland, 2005, pp. 239 segs (Cap. 9 da obra: “Law, Risk and genetically modified organisms”).

²³⁰ Sobre o complexo procedimento de concessão de autorização de comercialização de produtos à base de OGMs, de acordo com a directiva 90/220, M.-ANGÈLE HERMITTE e C. NOIVILLE, *La dissémination volontaire d’organismes génétiquement modifiés dans l’environnement. Une première application du principe de prudence*, in *RJE*, 1993/3, pp. 391 segs, 409 segs; J. BOUDANT, *Principe...*, *cit.*, pp. 426 segs; P. THIEFFRY, *Le contentieux...*, *cit.*, pp. 88 segs.

²³¹ Acórdão de 21 de Março de 2000, Caso C-6/99, in *Col.* 2000, I-1651 segs.

de riscos), ou até à adopção do acto autorizativo nacional que virá na sequência da autorização comunitária, providenciada pela Comissão²³².

O ponto que gostaríamos de realçar é que, mesmo em domínios onde a harmonização foi concluída, os Estados podem, com base numa dúvida com sedimento científico firme mas não forçosamente unânime no seio da comunidade científica, e em nome do mais alto nível de protecção de interesses tais como a saúde pública e o ambiente, estabelecer cláusulas diferenciadas quer, nos termos do artigo 95/5, sob controlo *a priori* da Comissão²³³ – cujo assentimento, explícito ou implícito, é condição de validade do regime nacional derogatório da legislação comunitária (leia-se: excepção de incumprimento legítima) –, quer sob controlo *a posteriori* da mesma entidade, na hipótese prevista no nº 10 do artigo 95.

Neste último caso, a proximidade com as situações em que inexistente harmonização completa e os Estados pretendem, ao abrigo do artigo 30 do Tratado de Roma, obstar à aplicação do Direito Comunitário em nome do princípio da precaução contra riscos mais ou menos remotos, ainda que com base em dados científicos inconclusivos, é apenas aparente. O que se pretende prevenir com o artigo 95/10 é o recurso indiscriminado dos Estados-membros às cláusulas de salvaguarda do artigo 30 em domínios onde a harmonização está em marcha. Sempre que a directiva previr, homogeneamente, processos de excepcionar a aplicação das suas disposições, em termos provisórios, é a esta modalidade que os Estados deverão recorrer, estando-lhes vedada a via do artigo 30 (onde dispõem de maior latitude de escolha), pelo menos sempre que invoquem razões não económicas. O que significa que, caso a directiva preveja uma *fuga supervisionada* que envolva definição de parâmetros de risco a respeitar pelos Estados (nos termos do artigo 95/10), a amplitude de manobra daqueles fica, em teoria, reduzida de forma considerável, embora, em última análise, só o fique *de facto* caso a fiscalização exercida pela Comissão (e pelo Tribunal, se for caso disso) seja efectiva²³⁴.

Sem embargo das tentativas descritas no sentido de cercear a capacidade de oposição dos Estados à aplicação dos regimes comunitários em zonas de incerteza – e sobretudo naquelas que envolvem zonas mais sensíveis, na perspectiva da pressão das populações (e das oposições políticas) sobre os Governos –, a perturbação aberta pela introdução do princípio da precaução no Tratado de Roma é considerável. É certo que a uniformidade de aplicação da legislação comunitária fica relativamente resguardada, não só devido ao carácter provisório das medidas estaduais, como em virtude do controlo que a Comissão (e o Tribunal) exerce nas situações previstas,

²³² Para mais pormenores, v. K. FOUCHER, *Organismes génétiquement modifiés:...*, *cit.*, pp. 465 segs; R. PAVONI, *Misure unilaterali...*, *passim*; A. MASTROMATTEO, *A lost opportunity for European regulation of genetically modified organisms*, in *ELR*, 2000/4, pp. 425 segs, *passim*.

²³³ Que deve ser notificada da pretensão do Estado, nos termos do nº 10 do artigo 95 do Tratado de Roma, e decidir num prazo de seis meses, prorrogável até um ano, em casos de especial complexidade – cfr. N. DE SADELEER, *Les clauses...*, *cit.*, p. 69 e nota 58.

²³⁴ Leiam-se as considerações de R. PAVONI a propósito da decisão *Greenpeace*, Caso C-99, *cit.* (*Misure unilaterali...*, *cit.*, pp. 736, 737 e nota 33), constatando a falta de eficácia de tal controlo e a consequente quebra de uniformidade na aplicação do Direito Comunitário.

quer no artigo 30, quer no artigo 95/10²³⁵. Mas não é menos verdade que, até à detecção da situação e propositura da acção de incumprimento pela Comissão, e ainda durante a pendência do eventual litígio, o Direito Comunitário pode ver a sua eficácia suspensa pelo bloqueio prático dos Estados, com base em dúvidas mais ou menos consistentes²³⁶.

Este problema é susceptível de agravamento caso a avaliação de risco não esteja centralizada ao nível comunitário, situação que ocorria, por exemplo, relativamente à comercialização de OGMs sob a égide da directiva de 1990. Embora o sistema actual se revele *potencialmente* bipartido – uma vez que ao parecer inicial da entidade estadual *pode* acrescer um parecer da Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos²³⁷, caso haja objecções da parte de outros Estados que levem a Comissão a requerer assessoria científica para confirmar/infirmar tais dúvidas (cfr. os artigos 18, 28 e 30 da directiva 2001/18/CE) –, há uma caminhada nítida no sentido da centralização da avaliação de risco por aquela Autoridade, que pode remeter os Estados-membros a um papel meramente consultivo²³⁸. O risco pode ser alvo de uma avaliação por um organismo comunitário – de resto, a directiva 2001/18/CE apela ao estabelecimento de uma “metodologia comum” (v. Preâmbulo, consid. 20) –, com divulgação da informação, contraditório público e rigorosa fundamentação da decisão relativamente a opiniões divergentes²³⁹. Qualquer recusa de “acatamento” da autorização de introdução do OGM no mercado por parte dos Estados-membros (plausível, na medida em que a Comissão, perante a ausência de pronúncia do Conselho por maioria qualificada e em presença de um parecer positivo quanto à avaliação de risco, pode assumir exclusivamente a responsabilidade da concessão da autorização) só pode ser contestada com base em dados científicos surgidos posteriormente à avaliação do risco que esteve na base da autorização²⁴⁰.

Denota-se, assim, uma evolução sensível relativamente ao regime estabelecido na directiva de 1990, que suscitou um recurso indiscriminado à cláusula de salvaguarda, na maior parte das vezes de forma ilegítima, uma vez que não se pretendia

²³⁵ P. RAMBAUD, *Un nouveau principe...*, *cit.*, p. 314.

²³⁶ Fazendo eco desta preocupação, R. PAVONI, *Misure unilaterali...*, *cit.*, pp. 740 segs, *max.* 748.

²³⁷ Criada pelo Regulamento 178/2002, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2002 (com as alterações introduzidas pelo Regulamento 1642/2003, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Julho de 2003). Nos termos dos artigos 22 e seguintes, a Autoridade centraliza os procedimentos de consulta no domínio da segurança dos alimentos humanos e para animais, assessorando a Comissão Europeia e os Estados-membros no sentido de “promover e coordenar o desenvolvimento de metodologias uniformes de avaliação dos riscos” [artigo 23/b)], desempenhando um papel central em situações de crise (artigos 55 e seguintes).

²³⁸ Cumpre referir neste ponto o sistema *REACH* (acrónimo inglês de *Registration, Evaluation and Authorisation of Chemicals*), proposto pela Comissão no sentido de implementar um novo enquadramento regulamentar da utilização de produtos químicos da União Europeia. O *REACH* pressupõe a criação de uma Agência Europeia dos Produtos Químicos, que gerirá uma base central de dados, recepcionará os pedidos de registo e procederá à divulgação da informação não confidencial ao público, além de estabelecer os critérios de avaliação de riscos a utilizar pelos Estados-membros no que tange a produtos químicos. Entrará em vigor em 1 de Junho de 2007.

²³⁹ Cfr., pormenorizadamente, M. LEE, *EU Environmental Law...*, *cit.*, pp. 242 segs.

²⁴⁰ Cfr. M. LEE, *EU Environmental Law...*, *cit.*, p. 244 (afirmando que a nova directiva OGMs “dramatically restricts the possibility of autonomous safeguard action”).

invocar quaisquer novos dados, antes contestar os critérios de avaliação de risco utilizados. O passo lógico para evitar a multiplicação de (falsos) argumentos de precaução traduz-se, pois, na emissão de uma autorização, não pelas autoridades nacionais, mas antes pelos órgãos comunitários, centralizando o procedimento (é o que sucede no domínio dos medicamentos, por força da criação da Agência Europeia de avaliação dos medicamentos de uso humano pelo Regulamento do Conselho 2309/93, de 22 de Julho)²⁴¹. Porque os Estados-membros põem em causa os métodos dos seus pares, a transmissão da responsabilidade pela avaliação de risco para uma instância comunitária constitui uma resposta para ultrapassar o problema da desconfiança mútua²⁴².

Problemática nos sectores onde a harmonização falha, a uniformização dos critérios de aplicação da precaução acaba por não o ser muito menos naqueles em que a harmonização está em curso ou mesmo concluída. Isto porque, como se vê, ainda que a questão jurídica de delimitação do âmbito do risco ponderável esteja resolvida na legislação comunitária, fica por resolver a questão prática da escolha dos métodos de avaliação desse risco. Donde a necessidade de implementação de estruturas de supra-coordenação da pesquisa científica (v.g., a Agência Europeia do Ambiente, criada pelo Regulamento do Conselho 1210/90, de 7 de Maio²⁴³), com competência para, em colaboração com as estruturas mais representativas das comunidades científicas nacionais, definir os padrões de identificação dos elementos de risco, área por área, a fim de que, uma vez realizada a normalização técnica, o legislador comunitário os possa incorporar na norma jurídica e estabelecer, assim, uma base de partida comum a todos os Estados-membros²⁴⁴.

b) A reacção jurisprudencial à precaução

Conforme acabámos de expor, caberá em última análise ao Tribunal de Justiça decidir sobre a verificação ou não de razões legitimantes das pretensões estaduais ancoradas na lógica da precaução, quer sejam elas derogatórias de um quadro normativo comunitário (quando ele exista), quer constituam excepções aos princípios da liberdade de circulação de mercadorias e à igualdade de condições de actuação dos operadores no mercado (pressuposto da lealdade de concorrência), pilares fundamentais do sistema económico comunitário. A tendência que este Tribunal tem revelado na interpretação restritiva dos fundamentos das cláusulas a que alude o artigo 30 do Tratado de Roma leva a crer que a motivação das excepções deva ter por base uma dúvida séria, indiciadora de um risco real (conquanto de consequências não inteiramente definidas) para um bem jurídico nacional, e que as medidas de salvaguarda se apresentem adequadas e não excessivas²⁴⁵.

²⁴¹ Neste sentido, K. FOUCHER, *Organismes génétiquement modifiés:...*, *cit.*, pp. 469 segs.

²⁴² M. LEE, *EU Environmental Law...*, *cit.*, pp. 245, 246.

²⁴³ Refira-se que esta Agência não tem competências ao nível operativo de avaliação do risco, limitando-se a coligir informação no sentido de assegurar a comparabilidade dos dados ambientais no plano europeu e a processá-la sistematicamente em estudos, de forma a promover a adopção de políticas eminentemente preventivas – cfr. o artigo 2º do Regulamento 1210/90.

²⁴⁴ Neste sentido, P. ICARD, *L'articulation...*, *cit.*, pp. 52, 53.

²⁴⁵ Cfr. E. FISHER, *Precaution, precaution...*, *cit.*, p. 25.

Foi esta a orientação seguida pelo Tribunal no caso da proibição de importação de tricloretileno imposta pelo Governo sueco, contestada por uma empresa junto dos tribunais daquele Estado²⁴⁶. A formulação da questão prejudicial pelo tribunal sueco ao Tribunal de Justiça²⁴⁷, indagando da compatibilidade entre esta proibição (decretada ao abrigo do artigo 30 do Tratado de Roma) e o princípio da liberdade de circulação de mercadorias, levou a alta instância comunitária a desdobrar a análise da questão em três fases – constatação da inexistência de impedimento, por parte da Comunidade, à regulamentação nacional da utilização do tricloretileno; análise do estado do conhecimento relativamente aos efeitos desta substância e verificação da justificabilidade da medida, em função da seriedade do risco; adequação da medida nacional ao objectivo de salvaguarda da saúde pública –, sendo certo que em nenhuma delas fez menção ao princípio da precaução e à possibilidade de diluição do nexo de causalidade como fundamento justificativo de excepções deste tipo, para além de um determinado patamar de comprovabilidade do risco.

Uma outra oportunidade perdida (?) para o Tribunal de Justiça, no sentido da tomada de posição sobre o princípio da precaução, foi o caso que opôs a Comissão à França, na sequência da adopção, por parte deste Estado, de medidas de salvaguarda impeditivas da importação de carne bovina inglesa, quando já estavam em vigor normas comunitárias sobre a matéria, julgadas, no entanto, insuficientes pelo Governo francês. A França não conseguiu demonstrar que o risco adveniente do consumo de carne bovina britânica era superior ao da ingestão do mesmo tipo de carne importada de outros Estados-membros. Daí que o Tribunal tenha contornado a alegação francesa do princípio da precaução (não basta alegar uma suspeita, é necessário comprovar a existência de um risco), limitando-se a emitir uma condenação por incumprimento da legislação comunitária²⁴⁸, nomeadamente em razão da violação do artigo 28 do Tratado de Roma²⁴⁹.

A credibilidade do sistema demanda a aplicação do mesmo critério – comprovabilidade mínima do risco – às situações em que a Comissão impõe restrições à liberdade de circulação em nome da salvaguarda de interesses públicos de relevo. Um teste a esta afirmação pode ser feito compaginando a referência à forma como a Comunidade, nomeadamente a Comissão, lidou com o problema da encefalopatia espongiforme bovina, mais conhecida como “doença das vacas loucas”, decretando, em 1996, um embargo à exportação de carne de vaca oriunda do Reino Unido²⁵⁰. No pedido de medidas provisórias apresentado pela Coroa britânica contra a decisão

²⁴⁶ Cfr. P. ICARD, *Le principe...*, *cit.*, p. 495.

²⁴⁷ Acórdão de 11 de Julho de 2000, Caso C-473/98, *in Col.* 2000, I-5681 segs.

²⁴⁸ Acórdão de 13 de Dezembro de 2001, Caso C-1/00, *in Col.* 2001, I-9989 segs.

²⁴⁹ Cfr. T. HAMONIAUX, *Principe de précaution et refus de la France de lever l’embargo sur la viande bovine britannique*, *in AJDA*, 2002/2, pp. 164 segs; P. ICARD, *Le principe de précaution et le refus de mettre fin à l’embargo sur la viande britannique*, *in JCP*, 2002, n°s 31/35, pp. 1468 segs; O. GODARD, *O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais*, *in Princípio da precaução*, org. de M. Dias Varela e A. F. Barros Platiau, Belo Horizonte, 2004, pp. 156 segs, 190 segs.

²⁵⁰ Sobre este ponto, N. DE GROVE-VALDEYRON, *Libre circulation et protection de la santé publique*:

comunitária, que o Tribunal de Justiça decidiu a favor da Comunidade²⁵¹, afirmou-se que a enfermidade dos animais é susceptível de constituir um perigo grave para a saúde das populações, não estando a Comissão sujeita a esperar pela comprovação científica do nexo de causalidade entre a ingestão da carne e a contracção da doença pelos seres humanos. Nas palavras do Tribunal, “deve admitir-se que, enquanto subsistam incertezas quanto à existência ou alcance dos riscos para a saúde das pessoas, as instituições podem adoptar medidas de protecção sem terem que esperar que a realidade e a gravidade de tais riscos sejam plenamente demonstradas” (§99).

Se no caso do tricloretileno o Tribunal exigiu a verificação de um risco sério, na avaliação da validade do embargo decretado pela Comissão à exportação de carne bovina inglesa já se contentou, aparentemente, com a invocação de um estado de incerteza sobre o nexo de causalidade, fazendo primar a protecção da saúde sobre a liberdade de comércio. Da forte possibilidade de verificação de uma lesão de bens jurídicos fundamentais à impossibilidade de exclusão de um risco vai uma distância só mensurável a partir de dados concretos e da concreta medida de prevenção exigível. Não é isento de “culpa”, nesta deriva conceptual, o papel moderador e modelador do princípio da proporcionalidade, que reforça a legitimidade da intervenção restritiva na razão directa dos valores em jogo e na medida inversa do limiar de certeza sobre a verificação do risco e suas consequências – ou seja, quanto mais valiosos os bens ameaçados, menor certeza quanto à superveniência de danos se exige. Mas, se o princípio da proporcionalidade é largamente referenciado pelo Tribunal, a precaução, em contrapartida, não é mencionada, pelo menos directamente²⁵².

Aliás, num caso anterior e decidido ainda antes da entrada em vigor do Tratado de Maastricht, o Tribunal de Justiça, confrontado com um pedido de anulação de um regulamento do Conselho sobre a proibição de utilização de redes de arrasto (*drift nets*), em cumprimento das obrigações de preservação do ambiente marinho assumidas pela Comunidade no âmbito da Convenção de Montego Bay, recusou a anulação, defendendo a proporcionalidade da medida²⁵³. Isto apesar de a empresa pesqueira requerente alegar a não conclusividade dos dados científicos no sentido da ameaça que o uso de tais redes constituiria para os estoques de atum do Mar do Norte. Ou seja, num quadro em que os pressupostos da precaução estão reunidos mas ainda sem consagração do princípio no ordenamento comunitário, o Tribunal apreciou o acto do Conselho à luz da “mera” obrigação de prevenção ambiental, temperada

la crise de “la vache folle”, in *RMCE*, nº 403, 1996, pp. 759 segs, esp. 763 segs; R. ROSSOLINI, Morbo della “mucca pazza” e tutela comunitaria della salute, in *DC&SI*, 1997/3, pp. 353 segs, 357 segs; P. VON ZWANENBERG e E. MILLSTONE, “Mad cow disease” 1980s-2000: how reassurances undermined precaution, in P. HARREMOËS, D. GEE, M. MaCGARVIN, A. STIRLING, J. KEYS, B. WYNNE e S. GUEDES VAZ, *The precautionary principle in the 20th century. Late lessons from early warnings*, London/ Sterling VA, 2002, pp. 170 segs.

²⁵¹ Acórdão de 12 de Julho de 1996, Caso C-180/96, in *Col.* 1996, I-2265 segs.

²⁵² Cfr. P. ICARD, *Le principe...*, cit., p. 495; P. RAMBAUD, *Un nouveau principe...*, cit., pp. 318 segs (o Autor observa que o Tribunal de Justiça se inspira na precaução, embora nunca a nomeie, eximindo-se da espinhosa tarefa de avançar uma definição); N. SALMON, *A european perspective on the precautionary principle, food safety and the free trade imperative of the WTO*, in *ELR*, vol. 27, 2002, pp. 138 segs, 141.

²⁵³ Acórdão de 24 de Novembro de 1993, caso C-405/92, in *Col.* 1993, I-6133 segs.

pela proporcionalidade²⁵⁴.

Este reconhecimento da necessidade de ponderar a incerteza sem o nomear, esta actuação do “princípio da precaução” sob uma espécie de anonimato, confere-lhe “um ar de charmosa esquizofrenia”, na curiosa expressão de STOKES²⁵⁵. Enquanto as alusões à incerteza, à avaliação do risco, à adequação e equilíbrio das medidas são uma constante nos arestos que se debruçam sobre a validade da actuação dos órgãos comunitários em situações de risco sanitário e ambiental, a menção directa do princípio da precaução é evitada, o que demonstra a intenção do juiz comunitário em resistir ao compromisso com uma noção “saturada de ambiguidade”²⁵⁶.

A resistência terá sido finalmente quebrada pela pena do Tribunal de Primeira Instância, numa tomada de posição recente (aliás, em duas decisões, decididas na mesma data e por recurso a uma argumentação similar)²⁵⁷. Perante o risco, não comprovado, de transmissão humana de bactérias tornadas resistentes a um antibiótico administrado a animais (virginiamycin) há mais de 30 anos, a Comissão decidiu, na sequência de medidas unilaterais tomadas por Suécia e Dinamarca, emitir um regulamento no qual, entre outros, proibia o uso de tal antibiótico. Numa decisão muito parecida com a proferida no caso do embargo à carne bovina inglesa, o Tribunal de Primeira Instância rechaçou o recurso de anulação do regulamento adoptado pela Comissão interposto pela empresa Pfizer (que comercializava o antibiótico), invocando *expressis verbis* o princípio da precaução²⁵⁸. Esta decisão deve ser vista, segundo CRUZ VILAÇA, como o “caso seminal” do tratamento jurisprudencial do princípio da precaução (formalmente nomeado)²⁵⁹.

Apesar da ausência de prova cabal da possibilidade de transmissão da bactéria aos seres humanos, com os riscos inerentes para a saúde, o Tribunal considerou que o “balanceamento” da incerteza levado a cabo pela Comissão, em face dos dados disponíveis após uma exaustiva análise dos factores de risco, fora adequado (§389). Neste aresto, tal como no da carne de vaca contaminada com encefalopatia espongi-forme, o juiz comunitário foi sensível à presença do valor da saúde pública em face de interesses económicos. Reconhecendo a ausência de risco actual, cientificamente comprovado, assim como a interrogação sobre a evolução para uma situação de risco

²⁵⁴ Cfr. as observações de L. HANCHER, *EC Environmental policy...*, *cit.*, p. 205. Vendo neste caso o primeiro reconhecimento implícito do princípio da precaução no ordenamento comunitário, PETER SAND, *The precautionary...*, *cit.*, p. 7.

²⁵⁵ E. STOKES, *Precautionary steps: the development of the precautionary principle in EU jurisprudence*, in *EL&M*, 2003/1, pp. 8 segs, 8.

²⁵⁶ E. STOKES, *Precautionary steps:...*, *cit.*, p. 12.

²⁵⁷ Cfr. as decisões de 11 de Setembro de 2002, casos T-13/99 (*Pfizer Animal Health*) e T-70/99 (*Alpharma*), ambas precedidas de pedidos de suspensão da eficácia do regulamento comunitário que bania substâncias produzidas pelas empresas em causa (indeferidos pelo Tribunal – Despachos de 30 de Junho de 1999, caso T-13/99R, in *Col.* 1999, II-1961 segs, e caso T-70/99R, in *Col.* 1999, II-2027 segs). Para uma análise destas decisões na perspectiva evolutiva do tratamento do princípio da precaução pela jurisprudência comunitária, E. STOKES, *Precautionary steps:...*, *cit.*, pp. 13 segs.

²⁵⁸ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Setembro de 2002, Caso T-13/99, in *Col.* 2002, II-3305 segs. Para uma análise desta decisão, W. DOUMA, *Fleshing out the precautionary principle by the Court of First Instance*, in *JEL*, 2003/3, pp. 394 segs; J. L. CRUZ VILAÇA, *The precautionary principle in EC Law*, in *European Public Law*, 2004/2, pp. 369 segs, 378 segs.

²⁵⁹ J. L. CRUZ VILAÇA, *The precautionary...*, *cit.*, p. 405.

futuro, o Tribunal sancionou uma análise muito próxima do risco-zero, justificada em razão da extensão, intensidade e dificuldade de reversão dos efeitos do risco hipotético.

Não nos iludamos, porém. Se é verdade que o Tribunal de Primeira Instância não receou nomear o princípio, o que fez, na verdade, foi limitar-se a aplicar o princípio da prevenção com especial cuidado na avaliação da racionalidade da medida adoptada face aos dados disponíveis [rejeitando a aceitação de “riscos puramente hipotéticos” (consid. 143) e asseverando a equilibrada ponderação realizada pelas instituições (consid. 409 e seguintes)]²⁶⁰. Mais: neste como noutros arestos das instâncias comunitárias, a “precaução” é utilizada como um “escudo” – ou seja, como base da invocação de falhas de avaliação no iter decisório –, não como uma “espada”, pretendendo legitimar a adopção de medidas mais lesivas no campo da antecipação de riscos²⁶¹.

Certo é que o Tribunal de Justiça se não deixou impressionar por esta atitude “progressista”, continuando a não nomear o princípio nas decisões que proferiu, posteriormente aos casos *Alpharma*, *Pfizer* e *Artegodan*²⁶². Esta recusa²⁶³, longe de ser rotulável de mera “caturrice” ou receio de inovação, deve ser vista, em nossa opinião, como uma postura sensata de abordagem à revisão jurisdicional das decisões tomadas em cenários de incerteza, apelando aos arrimos firmes da prevenção e da proporcionalidade.

c) A Comunicação da Comissão sobre o princípio da precaução, de 2 de Fevereiro de 2000

As perturbações geradas no sistema comunitário pelo princípio da precaução trazem à memória a história do Cavalo de Tróia, acolhido pelos Troianos como um presente dos deuses, mas que viria a contribuir decisivamente para a submissão da cidade ao exército grego. A precaução é vista por muitos como uma fórmula mágica, capaz de fazer face à incerteza reinante em áreas como o ambiente, a qualidade alimentar, a saúde pública, todos os dias alvo de múltiplas emissões normativas pelos órgãos comunitários²⁶⁴. “O princípio da precaução – observa CORCELLE – responde a uma necessidade da sociedade europeia actual: uma sucessão de «crises», de origem

²⁶⁰ Cfr. J. L. CRUZ VILAÇA, *The precautionary...*, *cit.*, pp. 382, 383 e 396 segs.

²⁶¹ “(...) the precautionary principle essentially expands the substantive discretion of decision-makers. It is much less obviously amenable to being used as a sword, to constrain substantive discretion, in an action claiming that regulation is insufficiently precautionary. If nothing else, the precautionary principle leaves a broad margin of discretion to decision-makers, and in these circumstances judicial review is limited to a consideration of whether a decision is «vitiated by a manifest error or a misuse of power or whether the Community institutions clearly exceeded the bounds of their discretion»” – M. LEE, *EU Environmental Law...*, *cit.*, p. 105.

²⁶² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Novembro de 2002, Caso T-74/00, *in Col.* 2002, I-4945 segs.

²⁶³ Cfr. Acórdãos do Tribunal de Justiça de 24 de Outubro de 2002, Caso C-121/00, *in Col.* 2002, I-9193 segs; e de 22 de Maio de 2002, Caso C-393/01, *in Col.* 2003, I-5405 (neste último, o Tribunal de Justiça, expressamente instado pela França a aplicar o princípio da precaução para anular uma decisão da Comissão sobre o controlo das exportações de carne bovina, ignorou tal fundamento).

²⁶⁴ Cfr. G. CORCELLE, *La perspective...*, *cit.*, p. 449.

e natureza diversas, que tiveram forte eco nos meios de comunicação social, que mobilizaram opinião pública e que, em consequência, geraram reacções nos meios políticos e científicos”²⁶⁵, os quais se viram forçados a dar uma resposta aos cidadãos no sentido de promover a recuperação da confiança nas instituições comunitárias.

A resposta foi pronta, mas provavelmente não decisiva. A “nebulosa conceptual” envolvente do “princípio da precaução” transforma-o numa arma de dois gumes, tanto propulsiva como repulsiva dos objectivos comunitários. As oscilações do princípio e a manipulação a que ele está sujeito levaram a Comissão a emitir uma comunicação sobre o assunto, a pedido do Conselho, datada de 2 de Fevereiro de 2000²⁶⁶, a título de contribuição para o debate sobre o sentido e os limites da precaução no âmbito comunitário. Permitimo-nos destacar quatro pontos desta comunicação:

- em primeiro lugar, o carácter eminentemente político da decisão de fixação do sentido da precaução num determinado domínio. A delimitação do risco residual resulta de uma opção política, por envolver escolhas fundamentais para os membros da comunidade. É com base nestas opções, vertidas em acto legislativo com a precisão possível, que o poder executivo conformará a sua actuação e a dos particulares, e que os tribunais controlarão a razoabilidade da acção executiva;
- em segundo lugar, a necessidade de verificação da seriedade da dúvida quanto aos riscos e aos seus efeitos, com base em estudos científicos credíveis – ainda que não necessariamente consensuais. A justificação da acção ou omissão das autoridades não pode fundar-se em meros boatos ou em fontes pouco sérias;
- em terceiro lugar, a contextualização cuidadosa das medidas utilizadas para fazer face aos riscos pressentidos, que podem variar desde a mera informação ao público até à proibição de comercialização de um determinado produto – sendo certo que a provisoriedade será uma constante, na medida em que a evolução do conhecimento gera uma obrigação de reexame periódico. Sopesar, com transparência, os interesses em jogo, procurando harmonizá-los de forma adequada, é uma preocupação visível da Comissão;
- em quarto lugar, o estabelecimento de um conjunto de princípios norteadores do procedimento decisório em quadros de incerteza, como forma de legitimação, quer das opções políticas, quer da sua implementação por parte do executivo, a saber: a proporcionalidade, a não discriminação, a coerência, a necessidade de ponderação de custos, a revisibilidade, a inversão do ónus da prova.

²⁶⁵ G. CORCELLE, *La perspective...*, *cit.*, p. 454.

²⁶⁶ COM (2000) 1 final, de 2 de Fevereiro de 2000. Sobre esta declaração, v. em especial, G. CORCELLE, *La perspective...*, *cit.*, pp. 449 segs; N. McNEILS, *EU Communication on the precautionary principle*, in *JIEL*, 2000, pp. 545 segs.

Refira-se que já antes a Comissão tivera oportunidade de se pronunciar sobre a atitude de precaução – embora sem a nomear – que deve presidir à emissão de legislação sobre a saúde pública, nomeadamente no plano da segurança alimentar, no *Livro Verde da Comissão sobre princípios gerais da legislação alimentar da União Europeia*, de 30 de Abril de 1997 (COM (97) 176 final), e na Comunicação de 1 de Dezembro de 1998, delineando o *Plano de acção para a política dos consumidores 1999/2000* (COM (98) 969 final) – P. ICARD, *L’articulation...*, *cit.*, p. 37; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, L. EHRING, C. JACQUET, *Le principe de précaution...*, *cit.*, pp. 99, 100.

Rapidamente se conclui que a comunicação da Comissão nada acrescenta à (in)definição do princípio da precaução — de resto, não tinha de o fazer, dado o carácter opinativo do acto. A Comissão limitou-se a sumariar os principais problemas colocados pela atitude de precaução e a esboçar um quadro de princípios orientadores da decisão, sem clarificar os momentos de aplicação destes — se à fase de tomada de decisão política, se ao momento de execução, se a ambos. Nomeadamente, a máxima da proporcionalidade parece constituir apenas uma medida de controlo da aplicação das medidas restritivas ditadas pela precaução, não se descortinando limites à possibilidade de conformação legislativa (prévia) do âmbito dos riscos intoleráveis. Ou seja, a decisão política seria tendencialmente incontrolável, afirma McNEILS²⁶⁷.

Talvez precisamente pela sua intenção mais descritiva que construtiva, a comunicação da Comissão foi bem recebida no seio das instituições comunitárias, que lhe aditaram pequenos contributos. Segundo informa CORCELLE²⁶⁸, o Parlamento europeu incentivou o recurso à precaução, o qual deveria ocorrer em todos os domínios de intervenção da Comunidade e assumir um pendor mais marcadamente *pro* ambiente e *pro* saúde pública — desvalorizando assim a medida de razoabilidade preconizada pela Comissão. O Comité Económico e Social, por seu turno, deu o seu aval à comunicação, chamando a atenção para a necessidade de proceder a um enquadramento sociológico das questões relacionadas com a precaução, além de realçar o conflito entre “segurança técnica” e “segurança ética” que o princípio coloca. Para o Comité, é imperativo alcançar um consenso internacional sobre o conteúdo do princípio. Também o Conselho sublinhou a importância da harmonização de entendimentos em torno do significado da precaução, quer na resolução de 4 de Dezembro de 2000 (Resolução sobre o princípio da precaução), quer (sob a forma de Conselho Europeu) nas Conclusões da Cimeira de Nice (cfr. o Anexo III.C e III.K)²⁶⁹.

d) A rarefacção da precaução na prevenção

As incertezas que rodeiam o princípio da precaução só podem enaltecere o valor da ideia de prevenção, onde ele se filia. As conquistas da prevenção no âmbito comunitário são inquestionáveis, tendo servido de base a vasta legislação, alguma mesmo editada antes ainda da integração do objectivo de protecção do ambiente no texto do Tratado de Roma, em 1987 (com os artigos 130R, S e T, do Acto Único, recorde-se). Diplomas como a *directiva aves* (79/409/CEE, de 2 de Abril), a primeira directiva sobre a avaliação de impacto ambiental (85/337/CEE, de 27 de

²⁶⁷ N. McNEILS, *EU Communication...*, *cit.*, p. 550.

²⁶⁸ G. CORCELLE, *La perspective...*, *cit.*, p. 452.

²⁶⁹ Cfr. T. DAEMEN, *The European Community's...*, *cit.*, p. 10; O. GODARD, *O princípio...*, *cit.*, pp. 172, 173.

Junho, hoje revogada pela directiva 97/11/CE, de 3 de Março)²⁷⁰, a *directiva habitats* (92/43/CEE, de 21 de Maio)²⁷¹, só para referir alguns dos exemplos mais conhecidos, são fruto da abordagem preventiva das questões relacionadas com o ambiente.

O entrelaçar da prevenção com a proporcionalidade, adequando as medidas aos riscos, concretos e pressentidos, de acordo com a gravidade (concreta e pressentida) destes, resulta, ao cabo e ao resto, na atitude de precaução que se verbalizou com a segunda revisão do Tratado – sublinhe-se a atenção que o Tribunal de Justiça dedica à análise da razoabilidade das medidas restritivas adoptadas, quer pelos Estados-membros, quer pelos órgãos comunitários, a pretexto da precaução²⁷².

A precaução acaba por ser, antes de mais, uma resposta às inquietações das populações em razão de vários casos relacionados com a segurança alimentar – já CORCELLE alertou para esse ponto. RAMBAUD, por seu turno, frisa que a existência de riscos obriga as autoridades competentes a estabelecer um processo de gestão destes, o qual releva forçosamente da sua responsabilidade política, uma vez que é necessário fixar o nível de protecção do corpo social num dado contexto. A atitude de precaução legítima que se leve o mais longe possível a cobertura da possibilidade ou restrição de intervenção em certo domínio, sendo certo que a habilitação ou proibição deve ser baseada em indícios sérios, ainda que não forçosamente conclusivos²⁷³. Ou, segundo GRASSI, “a precaução é prevenção elevada à máxima potência”²⁷⁴.

Insista-se: a “importação” da precaução para o domínio comunitário traduz sobretudo uma tomada de posição com reflexos políticos, como, aliás, se torna claro na comunicação da Comissão, quando observa que a fixação dos limites – mínimos sobretudo –, da precaução é, mais do que qualquer outra coisa, uma questão política. Questão essa que se traduz, na síntese do Comité Económico e Social, na harmonização entre a segurança ética e a segurança técnica, ou seja, entre a liberdade e a segurança.

Sem dúvida que a ideia de precaução não é isenta de virtudes²⁷⁵. A “descoberta” do risco global e a sua integração no universo jurídico, é causa e consequência da emergência da precaução. Os problemas que tal integração levanta são inúmeros e complexos, mas hão-de ser progressivamente tratados com o cuidado que a ponderação dos interesses em jogo exige. Porque a leitura emocionada que a precaução convoca – como que sempre *à beira do vulcão* de uma opinião pública em alarme – não

²⁷⁰ Sobre a dimensão preventiva da avaliação de impacto no quadro da política comunitária de ambiente, v. J.-CRUZ ALLI ARANGUREN, *La evaluación de impacto ambiental en el Derecho Comunitario*, in *RDU&MA*, nº 190, 2001, pp. 1541 segs, 1566 segs. Defendendo a abordagem puramente preventiva da Directiva 97/11, na medida em que só visará a avaliação de riscos prováveis – e não de todos os possíveis, como uma visão radical da precaução implicaria, A. SIFAKIS, *Precaution, prevention and the EIA directive*, in *EELR*, 1998/12, pp. 349 segs. V. ainda M. MELO ROCHA, *A avaliação...*, *cit.*, pp. 129 segs.

²⁷¹ Sobre a abordagem preventiva subjacente a esta directiva, C. BACKES, J. VERSCHUUREN, *The precautionary...*, *cit.*, pp. 60 segs.

²⁷² Cfr. P. ICARD, *L’articulation...*, *cit.*, pp. 37, 38.

²⁷³ P. RAMBAUD, *Un nouveau principe...*, *cit.*, p. 324.

²⁷⁴ S. GRASSI, *Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell’ambiente*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, II, Milão, 1996, pp. 907 segs, 932.

²⁷⁵ Chamando a atenção para alguns aspectos que a ideia de precaução veio trazer para a ribalta do debate jurídico, E. FISHER, *Precaution, precaution...*, *cit.*, pp. 20 segs (procedimento legislativo, discricionariedade administrativa, participação pública, controlo jurisdicional).

se coaduna com decisões de sentido único²⁷⁶. Essa percepção tornou-se, de resto, bem nítida na fórmula da Declaração do Rio, que matizou – descaracterizando – o “princípio”, demonstrando a sua real significação de prevenção alargada a riscos²⁷⁷, temperada pela proporcionalidade²⁷⁸.

A interpretação “pragmática” da precaução que a Declaração do Rio introduziu é fruto, sobretudo, do compromisso internacional entre os Estados mais receptivos à inovação tecnológica como motor da economia, e os menos receptivos – ou seja, teoricamente mais precavidos. Um bom exemplo da oposição das duas tendências da precaução, uma mais pretensamente defensora dos interesses não económicos, outra assumidamente protectora de interesses económicos, é o da recente batalha comercial travada no seio da Organização Mundial do Comércio entre a Comunidade Europeia e os Estados- Unidos da América e o Canadá, motivada pelo embargo decretado pela primeira à carne com hormonas produzida e exportada pelos segundos. Vale a pena dedicarmos-lhe algumas linhas.

3.2.2.2. A questão da precaução no seio da Organização Mundial do Comércio

A permeabilidade da fluida noção de precaução a manipulações proteccionistas, susceptíveis de afectar a liberdade das trocas, justifica a desconfiança da Organização Mundial do Comércio relativamente à noção. Esta desconfiança manifestou-se de forma paradigmática num caso que opôs a segurança alimentar à liberdade de trocas: a *Beef hormone dispute*²⁷⁹.

²⁷⁶ Cfr. J.-SIMON CAYLA, *Le principe de précaution, fondement de la sécurité sanitaire*, in *RDSS*, 1998/3, pp. 491 segs, 493, 494.

²⁷⁷ Ou de prevenção sob pressupostos de incerteza (*Prävention unter Unsicherheitsbedingungen*), na expressão de I. APPEL (*Europas Sorge...*, *cit.*, p. 398).

²⁷⁸ Nas palavras de P. RAMBAUD (*Un nouveau principe...*, *cit.*, p. 323), prevenção e precaução são duas concretizações de um princípio geral de prudência, de grau variável.

²⁷⁹ Sobre este ponto, em especial, W. DOUMA, *The beef hormone dispute: does WTO law preclude precautionary health standards?*, in *International Law and the Hague's 75th anniversary*, org. Wybo P. Heere, Haia, 1999, pp. 333 segs, *max.* 341 segs; do mesmo Autor, v. também *The beef hormone dispute and the use of national standards under WTO Law*, in *EELR*, 1999/5, pp. 137 segs, 141 segs; H. RUIZ FABRI, *La prise en compte du principe de précaution par l'OMC*, in *RJE* - 2000, n° especial, pp. 55 segs; E. HEY, *Considerations...*, *cit.*, *passim*; M. VICTOR, *Precaution or protectionism? The precautionary principle, genetically modified organisms and allowing unfounded fear to undermine free trade*, in *TL*, 2001/1, pp. 295 segs, 309 segs; N. SALMON, *A european...*, *cit.*, pp. 148 segs.

No campo da segurança alimentar – portanto, da protecção da saúde pública –, as questões da precaução e sobretudo da relevância da prova científica como fundamento de medidas restritivas do comércio [ao abrigo do artigo XX/b) do GATT] voltaram já posteriormente a ser debatidas no seio da OMC, tendo-se o Órgão de Resolução de Conflitos apoiado na posição adoptada no caso das hormonas para negar a aplicação directa do princípio, bem como para exigir uma exaustiva avaliação do risco que, no entanto, não tem que equivaler à comprovação de um “risco zero” [nomeadamente, nos casos do salmão (Canadá vs. Austrália, 1998) e dos produtos agrícolas (Estados- Unidos vs. Japão, 1999)] – cfr. C. NOIVILLE, *Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce. Le cas du commerce alimentaire*, in *JDI*, 2000/2, pp. 263 segs, 277 segs; P. DIDIER, *Le principe de précaution: une approche communautaire et internationale*, in *Journal des Tribunaux - Droit Européen*, n° 69, 2000, pp. 118 segs; L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Unilateralism and environmental...*, *cit.*, p. 337; G. BOSSIS, *La notion de sécurité alimentaire selon l'OMC: entre minoration et tolerance timide*, in *RGDIP*, 2001/2, pp. 331 segs, 347 segs.

a) *A Beef Hormone dispute*

Tudo começou em finais dos anos 80 do século XX²⁸⁰, com o embargo à importação de carne proveniente dos Estados-Unidos e do Canadá pela União Europeia, baseando-se no argumento de que o tratamento hormonal a que os animais estão sujeitos – que acelera o crescimento e gera maior lucro para os produtores – pode ter, a longo prazo, efeitos nocivos para a saúde das pessoas (razão, aliás, que levou à proibição da utilização de tais métodos no espaço europeu²⁸¹).

O ponto de partida estabelecido no artigo 2, §§2 e 3, do Acordo sobre medidas sanitárias e fitosanitárias²⁸² (=Acordo) é o seguinte: as medidas sanitárias e fitosanitárias adoptadas pelos membros da Organização destinam-se a acautelar a saúde das pessoas, dos animais e das plantas, devem ter apoio científico no momento da emissão e durante a sua manutenção, e não-de limitar-se ao estritamente necessário, de acordo com os princípios da liberdade e igualdade nas trocas comerciais e com as regras do *Codex Alimentarius*²⁸³.

Num segundo patamar²⁸⁴, o artigo 3, §3, vem então distinguir duas situações (eventualmente cumulativas)²⁸⁵: por um lado, o estabelecimento de um nível de segurança mais elevado do que o padrão internacionalmente aceite, apoiado numa justificação científica consensual, com carácter permanente – serão situações especiais, só admitidas com base numa presunção de conformidade com padrões cientí-

²⁸⁰ O “braço de ferro” científico e comercial em torno da questão das hormonas já vinha desde os tempos do GATT, no âmbito do qual os Estados-Unidos chegaram a pedir a constituição de um comité técnico, com representantes de ambas as partes, para estudar o problema. Perante a recusa da Comunidade Europeia, os Estados-Unidos, então seguidos pelo Canadá, apresentaram nova queixa, já no âmbito da OMC, em 1996 – cfr. O. BLIN, *La politique sanitaire de la Communauté européenne à l'épreuve des règles de l'Organisation mondiale du commerce: le contentieux des hormones*, in *RTDE*, 1999/1, pp. 43 segs, 44.

²⁸¹ Directiva do Conselho 96/22/CEE, de 29 de Abril.

²⁸² Este Acordo, nos termos do artigo II do Tratado constitutivo da Organização Mundial do Comércio, integra o bloco legal do direito aplicável por esta Organização, e tem por fim incentivar a harmonização mundial das medidas sanitárias e fitosanitárias.

²⁸³ O *Codex Alimentarius* é uma organização criada pela FAO e pela OMC em 1962, no sentido de estabelecer e incentivar a normalização em sede de segurança alimentar. Através de comités constituídos por representantes de todos os membros, promove estudos e emite directivas nesse domínio, as quais são, previamente à aprovação, objecto de apreciação e debate entre os membros.

²⁸⁴ Para V. WALKER (*Keeping the WTO from becoming the «World Trans-Science Organisation»: scientific uncertainty, science policy and factfinding in the growth hormones dispute*, in *Cornell ILR*, 1998, pp. 251 segs, 273 segs), haveria ainda que considerar duas hipóteses materialmente distintas, embora ambas formalmente reconhecidas como legítimas pelo Acordo: por um lado, os casos previstos no artigo 2, §2, de conformidade/igualdade entre o padrão internacional e o utilizado pelo Estado; por outro lado, os casos previstos no artigo 3, §1, de compatibilidade/equivalência entre o padrão internacional e o adoptado pelo Estado. Aqui estariam dois patamares, sendo que o terceiro – em que as medidas revestem um grau de protecção reforçado em face dos limites internacionalmente impostos – é constituído conjuntamente pelas situações a que aludem, quer o artigo 3, §3, quer o artigo 5, §7 (*idem*, p. 286).

²⁸⁵ Cfr. M. MONTINI, *Il principio di necessità ambientale come criterio di bilanciamento tra commercio internazionale e protezione dell'ambiente*, in *RGA*, 2002/1, pp. 137 segs, 159.

ficos novos e necessários à salvaguarda de interesses não económicos²⁸⁶; por outro lado, a emissão de medidas de salvaguarda restritivas ou impeditivas da circulação de determinado produto, com base em dados científicos não consensuais, com carácter provisório²⁸⁷ — são as situações excepcionais a que se refere o artigo 5, §7, susceptíveis de afrontar a liberdade das trocas comerciais em razão da dúbia motivação que lhes subjaz²⁸⁸.

Esta disposição autoriza os membros da Organização a tomar medidas restritivas ao comércio, com carácter provisório, “mesmo que as provas científicas disponíveis sejam insuficientes”. O fundamento das medidas deverá ser explicitado e assentar em dados idóneos disponíveis (*available pertinent information*) veiculados, inclusivamente, por organizações internacionais, que os membros actualizarão continuamente em ordem a alcançar a avaliação mais objectiva possível do risco. A alusão à incerteza quanto aos pressupostos de facto da medida restritiva remete para o âmbito da precaução, embora tal expressão nunca seja utilizada no Acordo.

O artigo 5, §7, vem disciplinar a invocação do artigo XX do Acordo geral sobre as tarifas e o comércio (integrante do *corpus* jurídico da OMC, por força do artigo II/4 do Tratado constitutivo desta organização) no âmbito da segurança alimentar. O artigo XX/b) prevê um regime de excepções à liberdade de comércio em geral, numa tentativa de salvaguardar interesses não económicos dos signatários que, todavia, o deverão utilizar exclusivamente para tais fins, estando-lhes vedado lançar mão de tais medidas com intuítos proteccionistas e discriminatórios²⁸⁹.

Esta ressalva contra utilizações abusivas “dá inevitavelmente azo à necessidade de um certo nível de *objectividade* na determinação do fundamento de uma medida restritiva”²⁹⁰. Ora, foi precisamente essa ambiguidade (ou falta de objectividade) da

²⁸⁶ Trata-se, ao cabo e ao resto, de uma via de actualização do nível de protecção, que tende a ser nivelado pelo mínimo, no plano das directivas internacionais. Acresce a este facto a morosidade da integração dos novos padrões de exigência em instrumentos internacionais, dada a complexidade dos procedimentos (cfr. W. DOUMA, *The beef hormone dispute and the use...*, *cit.*, p. 139, nota 13). Assim, o artigo 3, §3, do Acordo constitui um mecanismo de salvaguarda dos interesses sanitários e ambientais dos Estados em face da vertigem da evolução tecnológica, desde que apoiado em sólidas justificações científicas que permitam, desde logo, inverter a presunção de que se trata de restrições arbitrárias e motivadas por intuítos proteccionistas.

²⁸⁷ Por quanto tempo podem manter-se em vigor estas medidas, é resposta que o Acordo não dá. Há quem entenda que, após o decurso do prazo fixado na medida ou, na sua ausência, de um prazo razoável, a não progressão no sentido da confirmação científica das causas de risco, levaria à sua caducidade ou obrigaria à sua revogação (C. NOIVILLE, *Principe...*, *cit.*, p. 275). Porém, parece mais sensato admitir que, salvo superveniência de informação credível susceptível de infirmar os dados que deram origem à medida provisória, a insuficiência de comprovação científica da sua validade é bastante para justificar a sua manutenção — neste sentido, W. DOUMA, *The beef hormone dispute:...*, *cit.*, p. 340. Leia-se também o §93 da decisão do Órgão de Resolução de Conflitos no caso dos produtos agrícolas, onde se aponta para uma análise casuística da noção de “prazo razoável”.

²⁸⁸ Este artigo 5, §7 do Acordo revela algumas parecenças com a possibilidade de adopção de medidas derogatórias à disciplina de directivas comunitárias previsto no artigo 95/10 do Tratado de Roma, nomeadamente quando se refere à provisoriedade das medidas e à sua dependência de uma análise objectiva do risco — R. PAVONI, *Misure unilaterali...*, *cit.*, p. 738.

²⁸⁹ Sendo certo que o artigo XX do GATT “is a creature of its time: it does not adress consumer interests and it has a very narrow conception of environmental protection” — M. LEE, *EU Environmental Law...*, *cit.*, p. 263.

²⁹⁰ N. SALMON, *A european...*, *cit.*, p. 147.

noção de precaução a razão invocada pelos Estados-Unidos e pelo Canadá para sustentar a invalidade do embargo decretado pela União Europeia, no conflito decidido pelo Órgão de Resolução de Conflitos da OMC²⁹¹.

Justamente, não foi do artigo 5, §7, que a União Europeia se valeu para decretar a proibição de importação de carne com hormonas — porque este preceito aponta para uma situação excepcional e transitória, quando a medida pretendia ser, na sua óptica, definitiva. O fundamento utilizado foi o princípio da precaução, considerado, de resto, bem presente ao longo do texto do Acordo. Assim, enquanto a Europa (mal recuperada ainda da crise das “vacas loucas”), ao abrigo dos artigos 3, §3, e 5, §1, do Acordo, invocava a necessidade de manutenção de um nível de segurança alimentar elevado, baseado em procedimentos de avaliação de risco internacionalmente reconhecidos cujos resultados não permitem concluir, com um grau de certeza razoável, no sentido da inocuidade da carne de animais sujeitos a tratamento hormonal, Estados-Unidos e Canadá atacavam o procedimento de avaliação de riscos realizado, negando validade aos resultados obtidos, os quais não provariam cientificamente a nocividade de tais produtos. A equação da precaução é nítida: na dúvida, travem-se as importações de toda a carne com quaisquer hormonas. O reverso também é apreensível: a emergência de uma dúvida não comprovada, nem científica, nem empiricamente, não pode servir de fundamento a entraves ao comércio internacional.

Quando, em Janeiro de 1998, o Órgão de Resolução de Conflitos deu razão aos Estados-Unidos e ao Canadá, a União Europeia não deixou, porém, de reclamar (também) a vitória. Isso porque, apesar de a OMC ter descartado a tese da consagração do princípio da precaução no Acordo (nem mesmo a título implícito, resultante da conjugação dos artigos 3, §3, e 5, §§1 e 7), e de não ter aceitado considerá-lo como um princípio de Direito Internacional consuetudinário vinculante da prática dos membros no âmbito das relações de comércio internacional (alegando, nomeadamente, a imprecisão da sua formulação, confirmada pela sua não inclusão no lote de princípios de Direito Internacional do Ambiente enunciados pelo Tribunal Internacional de Justiça, a propósito do caso *Gabcikovo-Nagymaros*)²⁹², a apreciação feita pelo Órgão de Resolução de Conflitos leva a crer que a lógica de antecipação de riscos não é estranha às disposições do Acordo²⁹³.

Assim, apesar de a decisão ter sido desfavorável à União — decretando a invalidade da proibição de importação de carne com hormonas à luz dos princípios e

²⁹¹ De acordo com o sistema de resolução de conflitos da OMC, existe uma espécie de fase pré-contenciosa em que as partes em litígio nomeiam representantes para integrar Painéis, cujas conclusões podem resolver a questão, se houver acordo quanto a elas. Na hipótese inversa, a controvérsia seguirá os seus termos junto do Órgão de Resolução de Conflitos. Descrevendo com detalhe os passos e as competências destes órgãos no que toca à (re)avaliação do risco invocado como fundamento de medidas restritivas do comércio, em geral e em especial no âmbito da *Beef Hormone Dispute*, V. WALKER, *Keeping the WTO...*, *cit.*, pp. 277 segs e 296 segs.

²⁹² Cfr. H. RUIZ FABRI, *La prise en compte...*, *cit.*, pp. 57 segs.

²⁹³ Cfr. H. RUIZ FABRI, *La prise en compte...*, *cit.*, p. 61; E. HEY, *Considerations...*, *cit.*, p. 244.

regras da OMC e do Acordo²⁹⁴ —, o Órgão de Resolução de Conflitos frisou que o seu julgamento se baseava no facto de a nocividade das hormonas identificadas não ter sido objecto de avaliação de risco, não assentando em qualquer presunção de inocuidade. Ou seja, sem negar a eventual perigosidade do tratamento de aceleração de crescimento de animais de consumo humano à base de hormonas, ainda que firmada em dados científicos não suficientemente conclusivos, o Órgão de Resolução de Conflitos observou que a União Europeia tinha extrapolado as conclusões relativas a um determinado conjunto de hormonas, ausentes da carne de origem americana e canadense, para toda a carne alimentada com *quaisquer* hormonas²⁹⁵.

Ainda por outras palavras: o Órgão de Resolução de Conflitos não infirmou a necessidade de assegurar procedimentos de avaliação e gestão de risco em zonas de incerteza, que podem até nem conduzir a resultados inequívocos mas ficar-se somente pela “demonstração da plausibilidade do risco”²⁹⁶. O que se recusou foi a tomar posição sobre o impreciso princípio da precaução, considerando tal passo “desnecessário e provavelmente imprudente” (§123 da decisão).

A lógica de prevenção alargada está subjacente ao Acordo, e concretamente ao artigo 5: porque compreende que, no âmbito da segurança alimentar, há inúmeras questões em aberto, para as quais não existem respostas definitivas; porque impõe a adopção de procedimentos de avaliação do risco baseados em métodos técnico-científicos, no sentido de o minimizar ou mesmo evitar, como suporte de decisões restritivas do comércio (cfr. os §§1 e 2); porque admite que os Estados lancem mão de medidas provisórias, devidamente ancoradas em dados científicos credíveis, em nome da salvaguarda da segurança alimentar e da protecção ambiental (artigo 5, §7); porque concede que a evolução do conhecimento científico obriga a um contínuo acompanhamento das situações de risco, implicando mesmo a revisibilidade dos seus pressupostos à luz dos novos dados (cfr. o §7); enfim, porque exige adequação entre a medida de salvaguarda e o risco invocado, nomeadamente a conformidade com o

²⁹⁴ Perante esta decisão, a Europa tinha três alternativas: a primeira, abrir o mercado à importação de carne com hormonas d’além Atlântico, o que se não afigura provável; a segunda, manter o embargo e pagar indemnizações aos Estados-Unidos e ao Canadá; por fim, a terceira, a União Europeia podia optar por proceder a nova avaliação de risco, agora englobando as hormonas não testadas, para assim conseguir fundamentar o embargo à luz dos critérios de evidência requeridos pela OMC.

A moratória de facto imposta pela União Europeia às importações de carne com hormonas provenientes dos Estados-Unidos, Canadá e Argentina significa, em última análise, a escolha da terceira via apontada — fundada na aprovação da nova directiva sobre OGMs (2001), complementada por Regulamentos relativos à proveniência e etiquetagem (2003). Em contrapartida, os Estados vítimas do “embargo” retaliaram a atitude da União Europeia aplicando sanções às importações de produtos europeus — facto que levou a União a levantar um processo contra aqueles, junto da OMC. O crescendo de conflitualidade aponta para um arrastamento deste processo por mais alguns anos.

²⁹⁵ W. DOUMA, *The beef hormone dispute:...*, *cit.*, p. 342; H. RUIZ FABRI, *La prise en compte...*, *cit.*, p. 65 (“Ainsi, dans l’affaire de la *Viande aux hormones*, l’Europe n’a pas perdu au motif que les hormones n’ont pas été considérées comme dangereuses. Elle a perdu parce qu’elle n’avait pas procédé à une évaluation du danger dont elle se prévalait pour tous les produits qu’elle mettait en cause”).

²⁹⁶ C. NOIVILLE, *Principe...*, *cit.*, p. 279; V. WALKER, *Keeping the WTO...*, *cit.*, p. 305

fim e a insusceptibilidade de substituição por medida menos gravosa para a liberdade comercial (§6)²⁹⁷.

É de um teste de proporcionalidade que se trata, teste esse que vem sendo efectuado desde 1990 e que serviu de base à resolução do *caso dos cigarros tailandeses*, ainda sob a égide do GATT²⁹⁸. NOIVILLE chega mesmo a afirmar que o embargo europeu teria sido “chumbado” pelo Órgão de Resolução de Conflitos, mais do que pela ausência de uma avaliação de risco exaustiva, pelo excesso de intensidade da medida em função do risco efectivamente detectado. Nas palavras da Autora, “(...) é admissível pensar que a Europa não teria sido condenada se tivesse adoptado, relativamente à carne com hormonas, uma simples moratória (temporária, por definição), fundada nos efeitos imunológicos e neurológicos potenciais das hormonas, e se tivesse acompanhado tal moratória de medidas reais de avaliação que permitissem justificar, quer a sua supressão, quer a sua manutenção, quer a sua reconversão sob uma forma menos estrita”²⁹⁹.

Todos estes parâmetros são característicos da chamada “abordagem de precaução”, que mais não é do que a versão modernizada da prevenção. Sem reconhecer a existência de um princípio da precaução, o Órgão de Resolução de Conflitos acaba por se render à lógica da prevenção alargada, dinâmica³⁰⁰. Ou seja, sem aceitar a validade da invocação de meras dúvidas sobre a nocividade de determinado produto alimentar para a saúde como fundamento de medidas restritivas do comércio, aquele Órgão confirma a necessidade de proceder a uma cuidadosa avaliação do risco, com base nos dados disponíveis, ainda que não maioritariamente aceites pela comunidade científica e mesmo que não testados laboratorialmente.

“O risco a avaliar – observa o Órgão de Resolução de Conflitos – não é apenas o detectável num laboratório, com variáveis estritamente controladas, mas também o risco presente nas sociedades humanas, tal como elas existem actualmente ou, por outras palavras, é o potencial de efeitos adversos para a saúde humana num mundo real, onde as pessoas vivem, trabalham e morrem” (§187 da decisão). O mesmo é dizer que os indícios do risco podem resultar de uma análise puramente empírica, ainda não plenamente comprovada, ou ser fruto de estudos levados a cabo por um grupo de cientistas inseridos numa corrente minoritária (o mero facto da dissidência atesta a incerteza dos dados e, por isso, a incerteza que envolve a decisão – afirma o Órgão de Resolução de Conflitos no §194 da decisão)³⁰¹.

Todavia, os indícios têm que resultar de uma análise objectiva e concreta; não bastam opiniões de crédito duvidoso nem apreciações abstractas. Esta decisão, es-

²⁹⁷ Para C. NOIVILLE, no entanto, “no acordo SPS, a precaução parece reduzir-se ao regime jurídico único das medidas provisórias adoptadas em carácter de urgência. Uma vez passado o prazo, a alternativa é simples: os dados científicos objectivos confirmam claramente a necessidade de manter as medidas ou estas não são amparadas por «provas científicas suficientes» e, portanto, devem desaparecer” – *Princípio da precaução e Organização Mundial do Comércio: da oposição filosófica para os ajustes técnicos?*, in *Princípio da precaução*, org. de M. Dias Varela e A. F. Barros Platiau, Belo Horizonte, 2004, pp. 317 segs, 329.

²⁹⁸ Cfr. W. DOUMA, *The beef hormone dispute and the use...*, *cit.*, p. 138.

²⁹⁹ C. NOIVILLE, *Principe...*, *cit.*, p. 282.

³⁰⁰ Cfr. H. RUIZ FABRI, *La prise en compte...*, *cit.*, p. 66.

³⁰¹ Cfr. H. RUIZ FABRI, *La prise en compte...*, *cit.*, pp. 62, 63.

creve SALMON, confirma a ideia de que “a legitimidade de *todas* as medidas tomadas ao abrigo do Acordo (incluindo aquelas que encontram suporte no artigo 5, §7) depende, em última análise, de uma avaliação científica quantificável do risco”³⁰².

A conclusão a que se chega é a de que a OMC aceita e reconhece expressamente a necessidade de estabelecer procedimentos de avaliação e gestão do risco em domínios de incerteza científica, com respeito pelo princípio da proporcionalidade na sua tripla vertente (necessidade, adequação e proibição do excesso), numa lógica de prevenção de danos para a saúde das pessoas, da fauna e da flora. Não se trata de uma prevenção às cegas, baseada em meras suspeitas sem fundamento científico e obstinada na salvaguarda de determinados valores de interesse geral (de forma mais ou menos sincera) contra outros, sem deixar espaço à ponderação. É, sim, uma prevenção temperada pela razoabilidade, que não cede a alarmismos mas também não negligencia uma análise o mais exaustiva possível dos factores de risco e das formas de os minimizar.

O termo precaução é voluntariamente ignorado em razão dos excessos que envolve, mas a materialidade subjacente a esta noção é plenamente reconhecida³⁰³. Num caso mais recente (2001), que opôs o Canadá à União Europeia, na sequência de um embargo francês aos produtos canadianos contendo asbestos (uma substância reconhecidamente carcinógena, identificada como tal pela Organização Mundial de Saúde desde 1977) terá, para alguns, sido dado mais um passo na aceitação, pelo menos implícita, do critério da precaução, na medida em que o Órgão de Resolução de Conflitos exigiu do Canadá a demonstração da inocuidade dos asbestos, numa clara alusão à lógica de inversão do ónus da prova do risco a cargo de quem o provoca³⁰⁴.

b) O princípio da precaução em face do princípio da liberdade de trocas

É nítida a *apetência* especial da precaução pelos conflitos que envolvem a protecção da saúde pública. Interesse público de superior relevo, a defesa da saúde, pela fácil comoção geral que provoca, presta-se à penetração da precaução na sua dimensão mais radical, como forma de afirmação do valor da vida humana em face de motivações de cariz mais marcadamente económico. Talvez por isso, no seio da OMC, havendo embora registo de controvérsias entre a defesa do ambiente e a garantia das condições da liberdade de comércio internacional, estas não tenham envolvido, até agora, o princípio da precaução. Com efeito, nem no litígio que opôs, em 1994, o México aos Estados- Unidos, em virtude da proibição de importação de atum pescado com redes susceptíveis de capturar acidentalmente golfinhos; nem na contenda gerada, em 1998, pelo embargo estado-unidense às importações de marisco pescado com técnicas incapazes de prevenir a captura acidental de uma espécie de tartarugas marinhas em vias de extinção, ambos decretados ao abrigo do artigo

³⁰² N. SALMON, *A european...*, *cit.*, p. 149.

³⁰³ Nas palavras de S. GAINES (*International trade...*, *cit.*, p. 267), “(...) in light of the *Beef Hormones* decision, it is not fair to say that the WTO takes no cognizance of the precautionary principle. (...) The basic problem is that there are many variants of the precautionary principle or the precautionary approach in international instruments because governments remain reluctant to embrace it as an agreed principle in international law”.

³⁰⁴ Para uma análise deste caso, M.-CLAIRE CORDONIER SEGGER e MARKUS W. GEHRING, *The WTO and precaution: sustainable development implications of the WTO asbestos dispute*, in *JEL*, 2003/3, pp. 289 segs (quanto à aceitação do critério da precaução, v. esp. pp. 314 e 321).

XX/g) do GATT³⁰⁵, a precaução foi aflorada³⁰⁶.

Evidentemente que, por detrás da fundamentação jurídica mais *pró-precaução* ou mais *pró-prevenção alargada à antecipação de riscos*, existem interesses económicos não negligenciáveis³⁰⁷, embora por vezes escondidos atrás de uma “atitude filosófica”³⁰⁸ — fonte de perigos, para a Europa; fonte de oportunidades, para os americanos — mais ou menos sincera. Não pode ignorar-se, com efeito, que a União Europeia é sobretudo consumidora, enquanto os Estados- Unidos (além de outros Estados também adeptos das biotecnologias, tais como o Canadá, a Argentina, a Austrália) são predominantemente produtores de alimentos geneticamente manipulados³⁰⁹.

Nem devemos alhear-nos, além disso, do facto de a Europa querer proteger o seu próprio mercado de produtos agrícolas e pecuários contra a avalanche de bens similares vindos de além-Atlântico, embaratecidos por técnicas inovadoras de cultivo e criação, de duvidosa inocuidade mas de indiscutível eficácia. A alegada protecção da saúde dos consumidores europeus contra todos os riscos das hormonas pode constituir apenas uma desculpa para fechar o mercado europeu às importações americanas³¹⁰. O unilateralismo, forma de actuação pretensamente excepcional em Direito Internacional mas admitido em situações de estado de necessidade ou análogas, é um *modus operandi* potenciado pela precaução³¹¹.

Há, por isso, quem pense que o *lado obscuro* da discussão em torno do princípio da precaução gira em torno da questão de saber, não tanto quanta certeza científica é precisa para proteger o ambiente ou a saúde humana, mas sim quão longe pode ir um Estado (ou qualquer outro sujeito de Direito Internacional) para proteger o seu mercado³¹². A cedência da radicalidade da precaução à racionalidade da prevenção tem, portanto, (também) razões económicas, que os juristas tentam acomodar da forma mais credível possível³¹³. A recente aprovação do *Protocolo de Cartagena sobre*

³⁰⁵ Disposição que permite a um Estado impôr medidas unilaterais restritivas do comércio internacional baseadas na necessidade de conservação dos recursos naturais. Sobre a aplicação que vem sendo feita desta norma, P. INFANTE MOTA, *O sistema GATT/OMC. Introdução histórica e princípios fundamentais*, Coimbra, 2005, pp. 439 segs.

³⁰⁶ Pormenores sobre estes casos podem ver-se em M. MONTINI, *Il principio...*, *cit.*, pp. 145 segs.

³⁰⁷ Para C. NOIVILLE, no caso da carne com hormonas, além de interesses económicos, estaria também em jogo a defesa de um modelo cultural de alimentação — *Principe...*, *cit.*, p. 267 (v. também pp. 286 segs).

³⁰⁸ P. LAMY, *apud* G. BOSSIS, *La notion...*, *cit.*, p. 347.

³⁰⁹ Refira-se, todavia, que a Agência Ambiental Europeia admitiu recentemente que o nível de prevenção de risco adoptado pelo Governo americano é, em muitos casos, superior ao europeu, avançando os exemplos da proibição dos CFCs e de determinados tipos de estrogénio, que precedeu em alguns anos a tomada de idêntica medida pela Comunidade Europeia — T. DAEMEN, *The European Community's...*, *cit.*, p. 17.

³¹⁰ Reflectindo sobre este ponto, v. A. JORDAN, *The precautionary principle in the European Union, in Reinterpreting the precautionary principle*, Londres, 2001, pp. 143 segs, 153 segs.

³¹¹ Cfr. L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Unilateralism and environmental...*, *cit.* pp. 332 segs, *max.* 336.

³¹² M. VICTOR, *Precautionism...*, *cit.*, p. 321; WOOLF, *Environmental risk: the responsibilities of the Law and Science*, in *EL&M*, 2001/3, pp. 131 segs, 136.

³¹³ Cfr. N. SALMON, *A european...*, *cit.*, p. 154.

a *biosegurança* (assinado em Montreal, em Janeiro de 2000)³¹⁴, no âmbito da Convenção das Nações Unidas sobre a Biodiversidade, que disciplina a comercialização de produtos à base de organismos geneticamente modificados³¹⁵, é um bom (?) exemplo desta necessidade de contemporização com a vertente mais radical da precaução.

Na verdade, inscrevendo embora o princípio no artigo cimeiro do seu texto (que invoca expressamente a fórmula do artigo 15 da Declaração do Rio), o Protocolo acaba por retirar do âmbito de um procedimento de autorização prévia do Estado importador (à semelhança do modelo europeu), entre outros, os produtos alimentares à base de OGMs, exigência imposta pelos Estados que adoptam esta técnica de aceleração da produção (artigo 7/2)³¹⁶. Ou seja, a precaução – sob a forma de avaliação do risco – é aconselhada, mas não imposta³¹⁷. O que vem equiparar o nível de protecção assegurado pelo Protocolo ao do Acordo da OMC, quando a intenção primordial seria introduzir-lhe uma especialidade fundada na alegada abordagem de precaução³¹⁸.

Por essa e outras razões, HERMITTE e DAVID consideram o Acordo de Cartagena “decepcionante”, na perspectiva da sedimentação da abordagem precaucionista no âmbito da OMC. Segundo estes Autores, o Anexo III aponta para os métodos tradicionais de avaliação do risco com base em nexos de probabilidade; não fornece qualquer indicação acerca do que considera serem “efeitos adversos” para a conservação da diversidade biológica e para a saúde humana decorrente da introdução de OGMs; e aposta na metodologia das “avaliações comparadas” – comparação entre riscos novos e riscos já existentes –, a qual deve ser utilizada com muitas reservas, na medida em que os riscos nem sempre têm a mesma natureza, facto que pode desequilibrar a balança a favor de riscos conhecidos contra riscos meramente potenciais (quando a precaução visa alcançar precisamente os últimos)³¹⁹.

Apetece dizer que o rótulo da precaução, em vez de conduzir à criação de regimes mais rigorosos em sede de avaliação do risco, produz o resultado inverso. A este facto não serão alheios os receios dos Estados relativamente aos excessos que o princípio, na sua pureza, evoca. As dificuldades surgidas ao longo das (longas) negociações, resultantes da árdua compatibilização entre protecção do ambiente e da saúde e liberdade de trocas internacionais, explicam que se tenha “dado com uma mão e tirado com a outra”, e que se tenha contornado a questão da autorização prévia relativamente a um conjunto importante de produtos geneticamente manipulados.

³¹⁴ Ratificado pela União Europeia e Estados-membros em 25 de Junho de 2006. Sobre a compatibilidade deste Protocolo com o Tratado de Roma, ver o Parecer do TJCE 2/00, que confirma a competência de vinculação com base nos artigos 175/1 e 300/3 do Tratado)

³¹⁵ Sobre a articulação deste Protocolo com o sistema da OMC, G. BOSSIS, *Les OGM, entre liberté des échanges et précaution*, in *REDE*, 2001/3, pp. 255 segs, 263 segs; M. LEE, *EU Environmental Law...*, *cit.*, pp. 260 segs.

³¹⁶ Cfr. N. SALMON, *A european...*, *cit.*, pp. 151, 152; S. BURGIEL, *The Cartagena Protocol on Biosafety: taking the steps from negotiation to implementation*, in *RECIEL*, 2002/2, pp. 53 segs, 54.

³¹⁷ R. HILL, S. JOHNSTON e C. SENDASHONGA, *Risk assessment and precaution in the Biosafety Protocol*, in *RECIEL*, 2004/3, pp. 263 segs, 266.

³¹⁸ Segundo G. BOSSIS, esta e outras ambiguidades do regime do Acordo só poderão ser eventualmente esclarecidas no contexto da resolução de um conflito concreto pelos órgãos da OMC – *Les OGM...*, *cit.*, p. 266. Neste sentido também J. CAMERON, *The precautionary...*, *cit.*, p. 141.

³¹⁹ M.-ANGÈLE HERMITTE e VIRGINIE DAVID, *Avaliação dos riscos e princípio da precaução*, in *Princípio da precaução*, org. de M. Dias Varela e A. F. Barros Platiau, Belo Horizonte, 2004, pp. 93 segs, 117, 118.

Certo é que, não só o Protocolo foi até agora objecto de muito poucas ratificações, como os preparativos da sua implementação têm dado azo a várias reuniões de comités intergovernamentais deveras inconclusivas. Facto que leva BURGIEL a levantar a hipótese de saber, perante a incapacidade dos Estados de chegarem a um consenso sobre a unificação de critérios de avaliação de risco, até que ponto não será o próprio mercado — o mesmo é dizer, a sensibilidade dos consumidores — a decidir do sucesso ou do fracasso da técnica da manipulação genética de alimentos³²⁰.

3.2.3. A difusão pelos ordenamentos internos

No percurso percorrido até agora, tentámos demonstrar que a precaução é mais uma lógica de actuação do que um substracto normativo, é um nome com muitos significados e plúrrimas concretizações. Por isso, e antes de fazermos o balanço de todos os significantes linguísticos da precaução a fim de os resumir a parâmetros firmes, resta ainda passar uma rápida vista sobre o contágio dos Direitos internos pela “moda” da precaução, numa tentativa de recolher mais alguns elementos que nos possam ajudar a, convincentemente, desfazer os equívocos e refazer a verdade de tal noção.

Além do caso alemão, que está na origem da ideia de precaução por força da introdução de um *Vorsorgeprinzip* que mais não é do que a adaptação do princípio da prevenção às solicitações da sociedade de risco, a doutrina encontra exemplos de aplicação do princípio um pouco por todo o mundo³²¹. Como a sua definição apresenta um grau de oscilação considerável, não é difícil multiplicar os exemplos, tendo em mente o crescente número de casos de risco, ambiental ou sanitário, e a incerteza científica que os rodeia. Como nota REHBINDER, a prevenção pode, consoante a política de ambiente seguida por cada Governo, ser mais ou menos reforçada, o que faz da precaução uma noção desdobrada em muitas noções funcionalmente equivalentes³²².

Assim, e porque tal recensão se arriscaria a resvalar para uma listagem descritiva de duvidosa utilidade, optámos por seleccionar dois casos de consagração do princípio da precaução ao nível interno: a Austrália e a França. Porquê estes dois países? Em primeiro lugar, em ambos se verifica a inscrição legislativa do enunciado da precaução; em segundo lugar, a fórmula que acolheram é diferente, espelhando a multiplicidade de entendimentos a que a precaução se presta; em terceiro lugar,

³²⁰ S. BURGIEL, *The Cartagena Protocol...*, *cit.*, pp. 60, 61.

³²¹ Cfr. E. REHBINDER, *Das Vorsorgeprinzip...*, *cit.*, pp. 21 segs; J. HOLDER, *Safe science?...*, *cit.*, pp. 131 segs; N. HAIGH, *The introduction of the precautionary principle in the UK*, in *Interpreting...*, *cit.*, pp. 229 segs; L. LAVRYSEN, *The precautionary principle in belgian jurisprudence: unknown, unloved?*, in *EELR*, 1998/3, pp. 75 segs; W. DOUMA, *The precautionary principle in the Netherlands*, in *Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O’Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 163 segs; J. ABOUCHAR, *Implementation of the precautionary principle in Canada*, in *Reinterpreting...*, *cit.*, pp. 235 segs; J. CAMERON e J. ABOUCHAR, *The precautionary...*, *cit.*, pp. 6 segs; I. LARMUSEAU, *The precautionary principle introduced in belgian jurisprudence: the need for consistency*, in *EELR*, 2000/2, pp. 40 segs; N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, pp. 151 segs; *idem*, *The enforcement of the precautionary principle by German, French and Belgian Courts*, in *RECIEL*, 2000/2, pp. 144 segs.

³²² E. REHBINDER, *Das Vorsorgeprinzip...*, *cit.*, p. 13.

dado que a alegada noção de precaução tem sido solidamente trabalhada pela doutrina e manejada – com resultados ambíguos, é certo, mas a ambiguidade é uma *imagem de marca* do princípio... – pela jurisprudência. Estes três argumentos justificam a sua selecção³²³.

A estes dois exemplos optámos por juntar um terceiro, o americano, facto que pode causar alguma estranheza em razão da não consagração do princípio neste ordenamento, bem como da recusa continuada dos Estados- Unidos em reconhecer a sua valência no plano internacional. Porém, o interesse da referência do modelo americano é precisamente esse: demonstrar que a lógica da “precaução” não implica a emergência de um novo princípio – tenha ele o conteúdo que tiver.

Naturalmente que a utilidade da comparação se perderia sem a referência ao Direito português, que começou por acolher expressamente a precaução no diploma sobre as condições de concessão da licença ambiental (DL 194/2000, de 21 de Agosto). A breve menção que lhe faremos neste ponto será depois desenvolvida numa reflexão mais profunda, concretamente por apelo ao enquadramento constitucional da questão.

3.2.3.1. Austrália

O princípio da precaução teve assento legislativo no ordenamento australiano mesmo antes da aprovação da Declaração do Rio. Com efeito, e apesar de a Constituição não fazer qualquer referência à competência, federal ou estadual, de protecção do ambiente (provavelmente por datar de 1901), o estado da Nova Gales do Sul emitiu, em 1991, uma lei-quadro de protecção do ambiente reconhecendo expressamente o princípio, nos seguintes termos: “Em caso de ameaça de dano grave ou irreversível para o ambiente, a ausência de certeza científica absoluta não deve justificar o adiamento da tomada de medidas com vista à prevenção da degradação do ambiente”³²⁴.

Esta fórmula, alheia às *nuances* introduzidas pela Declaração do Rio, viria a repetir-se em vários outros textos legais, designadamente em planos de actuação ambiental (*National strategy for ecologically sustainable development*, de 1992), em leis federais sectoriais definidoras das grandes linhas de acção em áreas tais como a pesca, a protecção da barreira de coral, a protecção da camada de ozono, e num acordo entre a Federação e as restantes entidades de governo, ao nível federal e local, no âmbito da cooperação para a protecção do ambiente (*Intergovernmental agreement on the Environment*, de 1992)³²⁵. O *Environment protection and biodi-*

³²³ Para uma perspectiva comparada europeia, vejam-se os contributos recolhidos no nº 1 de 2003 da REDP, subordinada ao tema “Direito Público e Risco”.

³²⁴ Na Nova Gales do Sul, esta lei-quadro influenciou a adopção de específicos critérios de avaliação e gestão do risco em muitos diplomas de natureza ambiental – P. STEIN, *Are decision-makers...*, *cit.*, pp. 9 segs.

³²⁵ Cfr. R. HARDING e L. FISHER, *The precautionary principle in Australia: from aspiration to practice?*, in *Interpreting the precautionary principle*, org. de T. O’Riordan e J. Cameron, Londres, 1994, pp. 252 segs; C. GIRAUD, *Le droit et le principe de précaution: leçons d’Australie*, in *RJE*, 1997/1, pp. 21 segs; W. GULLETT, *Environmental protection...*, *cit.*, pp. 61 segs; R. LYSTER, *The relevance of the precautionary principle: Friends of Hinchinbrook Society Inc vs Minister for the Environment*, in *EPLJ*, 1997/5, pp. 390 segs, 393 segs; C. BARTON, *The status of the precautionary principle in Australia: its emergence in legislation and as a common law doctrine*, in *HELR*, vol. 22, 1998, pp. 509 segs; P. STEIN, *Are decision-makers...*, *cit.*, pp. 7 segs.

versity conservation Act, de 1999, contém a mais recente e detalhada descrição de medidas concretizadoras do princípio da precaução, desde a consagração genérica da autorização prévia como título habilitativo de qualquer abate de animais, até à aprovação de específicos planos de conservação das espécies, periodicamente revisíveis em função dos dados cinegéticos³²⁶.

A sua entrada na cena legislativa australiana não deixou, nem doutrina (*i.*), nem jurisprudência (*ii.*) indiferentes.

i.) BARTON dá nota de que os diplomas legais a que aludimos apresentam a precaução como uma directriz política a utilizar em todos os níveis de governo sem, no entanto, avançarem uma noção precisa do conteúdo do princípio ou das condições e limites da sua aplicação³²⁷. Tal tarefa torna-se imprescindível para cada domínio específico de aplicação da máxima de precaução, sob pena de os poderes públicos poderem exercer as suas competências de forma excessiva ou deficitária, considerando a vaguidade da fórmula citada³²⁸. Apesar de “delicada e vasta”, esta missão de delimitação dos parâmetros no âmbito dos quais a precaução condiciona a decisão pública é essencial, afirma GIRAUD, “para se não cair numa situação em que todas as actividades potencialmente nefastas, ou são proibidas, ou são autorizadas!”³²⁹.

Trata-se, no fundo, de circunscrever a margem de livre decisão administrativa em torno de objectivos precisos e através de uma definição específica da extensão da competência decisória em hipóteses de crescente incerteza³³⁰. Ou seja, é necessário saber, em concreto, que bens ambientais estão em causa e que conflitos podem gerar-se por força dos imperativos da sua preservação — por outras palavras, quais os elementos de ponderação decisória. Cumpre averiguar, de igual modo, qual o grau de incerteza susceptível de justificar uma decisão administrativa negativa para um particular que pretende desenvolver actividades potencialmente lesivas do ambiente — ou qual o grau de certeza que o particular tem que provar para ver satisfeito o seu pedido — e que medidas pode a Administração impôr, caso decida emitir uma decisão condicionadamente favorável, com vista à minimização do risco.

Numa tentativa de determinar, mais precisamente, os pressupostos de aplicação do princípio da precaução, a doutrina australiana tem insistido sobretudo na associação entre risco e incerteza³³¹. A precaução desponta perante a impossibilidade de estabelecer nexos causais indubitáveis entre um dano ou a amplitude dos seus efeitos e uma determinada acção ou omissão. “Entre a incerteza e a certeza, é preciso escolher”, afirma GIRAUD³³² — embora, em bom rigor, o que está em causa, muitas vezes, é optar entre a maior ou menor incerteza. A escolha não deve conduzir à inacção: a precaução não é uma injunção paralisante, mas sim uma lógica de antecipação e

³²⁶ Cfr. P. STEIN, *Are decision-makers...*, *cit.*, p. 9.

³²⁷ C. BARTON, *The status...*, *cit.*, p. 524.

³²⁸ Chamando a atenção para este ponto, exemplificando com casos da jurisprudência, R. LYSTER, *The relevance...*, *cit.*, pp. 395, 396.

³²⁹ C. GIRAUD, *Le droit...*, *cit.*, p. 35.

³³⁰ Cfr. R. HARDING e L. FISHER, *The precautionary...*, *cit.*, p. 259; C. BARTON, *The status...*, *cit.*, pp. 553 segs.

³³¹ C. GIRAUD, *Le droit...*, *cit.*, pp. 29 segs; C. BARTON, *The status...*, *cit.*, pp. 510, 511.

³³² C. GIRAUD, *Le droit...*, *cit.*, p. 31.

minimização de riscos através de mecanismos jurídicos e técnicos (autorizações; estudos de impacto e análise de riscos; cláusulas técnicas)³³³.

Fundamental é, como se disse, fixar com precisão — ou com a precisão possível — o grau de risco admissível, matéria a matéria. Essa determinação substantiva releva, não só para as autoridades com poderes de decisão, como também para o julgador — que controla a plausibilidade da escolha feita sob pressupostos de incerteza, como, finalmente, para os particulares que pretendem levar a cabo actividades potencialmente lesivas do ambiente e sobre cujos efeitos a ciência não possui informações que inapelavelmente excluam a possibilidade de dano ambiental ou outro. O reflexo da fixação do nível de risco na esfera dos particulares dá-se por força da insistência da doutrina na inversão do ónus da prova em domínios de incerteza quanto aos efeitos da actividade projectada³³⁴. Ou seja, o princípio da precaução obrigaria o requerente de uma autorização ambiental, *maxime* se destinada à viabilização de um empreendimento ou à comercialização de produtos de efeitos não totalmente conhecidos, a provar que o nível de risco admissível imposto pelo legislador não será ultrapassado em virtude da concretização da actividade³³⁵.

ii.) O uso que a jurisprudência tem feito do princípio não permite estabelecer uma tendência — talvez por força das variantes que a precaução pode assumir. Os tribunais manifestam reacções díspares perante a sua invocação e, mesmo quando aplicam o princípio, deixam no ar algumas dúvidas³³⁶. Assim, num caso em que se discutia o impacto da projectada construção de uma estrada sobre a fauna residente nas áreas circundantes, nomeadamente no sentido de aferir a validade da decisão das autoridades locais de conceder autorizações para captura ou abate dos animais (*take or kill*), o juiz invocou o princípio da precaução enquanto pura regra de bom-senso (“a statement of commonsense”) para negar fundamento àquela³³⁷. Com efeito, a incerteza sobre a possibilidade de extinção de determinadas espécies levou o tribunal a decidir a favor do ambiente, apesar de aceitar que a evolução do conhecimento na área da Biologia poderia vir a legitimar a concessão de autorizações. Em contrapartida, o julgador recusou-se a admitir a inversão do ónus da prova a cargo do agente cuja acção é potencialmente lesiva, afastando desta feita uma das imagens de marca normalmente aliadas ao princípio.

Esta recondução da precaução a um argumento de bom senso é sintomática do

³³³ C. GIRAUD, *Le droit...*, *cit.*, pp. 33 segs; C. BARTON, *The status...*, *cit.*, pp. 518, 519.

³³⁴ C. BARTON, *The status...*, *cit.*, p. 519 e 549 segs — note-se que o Autor distingue entre a inversão do ónus da prova (*reversing the burden of proof*) e a extensão da obrigação de prova (*a new standard of proof*), uma distinção que nos parece especialmente lúcida e que adiante retomaremos no texto (*infra*, 4.2.4.).

³³⁵ C. GIRAUD, *Le droit...*, *cit.*, pp. 32 e 33.

³³⁶ Cfr. P. STEIN, *Are decision-makers...*, *cit.*, p. 16; E. FISHER, *Is the precautionary principle justiciable?*, in *JEL*, 2001/3, pp. 315 segs, 325 segs.

³³⁷ Decisão *Leatch vs National Parks & Wildlife Service* (1993), comentada por C. BARTON, *The status...*, *cit.*, pp. 535 segs, por W. GULLETT, *Environmental protection...*, *cit.*, p. 62, por N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, p. 166, e pelo próprio Juiz que a proferiu, P. STEIN, *Are decision-makers...*, *cit.*, p. 13.

A identificação da precaução como uma regra de bom-senso ou de prudência exigível ao homem médio tem-se repetido na jurisprudência australiana, o que justifica a invocação do “princípio” mesmo quando não é considerado juridicamente vinculante — E. FISHER, *Is the precautionary...*, *cit.*, p. 326.

pouco à-vontade dos juizes a lidar com um conceito cuja ambiguidade é grande. Desqualificando-a como princípio jurídico, pelo menos de carácter geral, o juiz australiano invoca a necessidade de concretização específica dos limites da precaução, no sentido de estabelecer qual o nível de risco suficiente para servir de base à proibição de uma determinada actividade ou ao desenvolvimento de uma acção preventiva. Num caso que envolvia a construção de uma marina em *Oyster Point*, uma zona de ilhas considerada património mundial³³⁸, o juiz desconsiderou os argumentos de uma Associação ambiental que pretendia ver os parâmetros da precaução aplicados ao procedimento autorizativo – na dúvida sobre o impacto do empreendimento no ecossistema marinho, a autorização deveria ser recusada –, pois entendeu que, tendo a Administração realizado uma avaliação de impacto que não identificava riscos relevantes, não poderia o julgador “subir a fasquia” do intolerável e invalidar a autorização com base num nível de precaução por si (re)construído.

Equívoca é a relação entre precaução e prevenção, nomeadamente em razão da quantificação do grau de incerteza que caracteriza o risco e o distingue do perigo. A alegação da precaução como fundamento da recusa de concessão de autorização de instalação de uma central de tratamento de níquel sobre a grande barreira de coral pela *Reef Marine Park Authority* é um bom exemplo³³⁹. Numa zona em que as condições de utilização devem ser compatíveis com o objectivo de conservação do parque marinho, a construção de um empreendimento com tal finalidade violaria as regras básicas de prevenção ambiental, na medida em que implicaria riscos de contaminação das águas pelos minerais. Ora, uma vez conhecidos os riscos de contaminação e os seus efeitos – a incerteza pairava sobre a amplitude destes –, o problema residia, tão só, na eleição de medidas de prevenção³⁴⁰ (se tecnicamente possíveis).

Relativamente à fixação do limite mínimo de risco que justifica a suspensão de uma actividade alegadamente lesiva do ambiente, num outro aresto, a justiça australiana deixou bem claro que não bastam vagas suspeitas ou temores para sustentar uma proibição de descarga de águas residuais contra uma empresa exploradora de minas de urânio³⁴¹. O Tribunal, contra o que seria o resultado de uma aplicação do princípio da precaução na sua fórmula radical, exigiu que os utilizadores da água alegadamente contaminada fizessem prova evidente da perigosidade dos materiais para aí lançados, uma vez que a empresa havia demonstrado não advir qualquer efeito lesivo aparente (*no noticeable effect*) do consumo de água onde aqueles houvessem sido vertidos.

Noutras situações, a precaução é olhada com cepticismo pelo julgador, que a considera irrealista. Foi o caso do juiz que, admitindo que o procedimento de avaliação de impacto não fornecia elementos conclusivos no sentido da inocuidade de uma decisão de autorização de captura ou abate de animais numa zona sujeita a

³³⁸ Decisão *Friends of Hinchinbrook Society Inc vs Minister for the Environment* (1997), comentada por R. Lyster, *The relevance...*, *cit.*, pp. 397 segs.

³³⁹ Decisão *Queensland Nickel management Pty Ltd. vs The great barrier reef Marine Park Authority & Ors* (1992), referida por C. GIRAUD, *Le droit...*, *cit.*, pp. 24, 25, e por W. GULLETT, *Environmental protection...*, *cit.*, p. 63.

³⁴⁰ Cfr. C. GIRAUD, *Le droit...*, *cit.*, p. 32.

³⁴¹ Decisão *Northern Land Council vs. Energy Resources of Australia Ltd* (1995), comentada por W. GULLETT, *Environmental protection...*, *cit.*, p. 64.

operações de reflorestação, recusou aplicar a lógica da precaução – que conduziria a negar a autorização, em caso de dúvida –, pois “levada à letra, pode revelar-se praticamente inoperativa”³⁴². Sublinhe-se, todavia, que a autorização *sub judice* fora concedida sob reserva de revogação ou adaptação em função dos resultados da monitorização das actividades do utilizador – facto que abre a porta a uma das concretizações da precaução, sem aceitar a sua formulação radical.

A cautela é outra das atitudes recenseadas ao nível da jurisprudência, no que concerne à aplicação do princípio da precaução. Veja-se o caso que opôs a organização *Greenpeace* ao *Singleton Shire Council*, em virtude da concessão, por esta entidade, de uma autorização de instalação de uma central energética em terrenos da sua circunscrição a qual, segundo a *Greenpeace*, seria supérflua e, nessa medida, atentatória da lógica de minimização das emissões de dióxido de carbono induzida pelo princípio da precaução³⁴³. O Tribunal retorquiu que, sendo certo que a incerteza quanto ao efeito da emissão daquela substância para a atmosfera é inquestionável, havendo mesmo convenções internacionais no sentido do seu controlo com vista à protecção da camada de ozono, extravasaria o âmbito dos seus poderes invalidar a autorização com base nesse argumento.

Na verdade, não se podendo estabelecer uma relação causa-efeito entre o funcionamento da central e o depauperamento das condições de qualidade da atmosfera, em razão do carácter cumulativo da acção poluente, não cabe ao tribunal impor a proibição ou a restrição do desenvolvimento de actividades que contribuem para a produção do chamado “efeito de estufa”, mas sim ao poder político. O julgador não se pode substituir ao legislador na formulação de opções de fundo para a vida comunitária, mesmo que em nome da protecção de valores comunitários e frágeis perante a incerteza.

Enfim, a precaução é muitas vezes reduzida a um imperativo de racionalidade procedimental (*procedural fairness*) que implica, para as autoridades administrativas, uma obrigação de fundamentação exhaustiva da decisão tomada sob parâmetros de incerteza, bem como da indicação das razões que pesaram na ponderação final. Num caso que opôs uma Associação ambiental ao Departamento de Conservação e Gestão do Território no sentido de pôr cobro a operações de desflorestação, o juiz, muito embora tenha reconhecido que subjacente a tais operações estivera uma análise do seu impacto, reclamou a descrição do procedimento decisório³⁴⁴. “A Administração deve demonstrar ter procedido a alguma investigação, ou fazer referência a estudos já realizados sobre a matéria objecto de decisão, deve ter em consideração os riscos e adoptar uma perspectiva mais pessimista que optimista em relação a estes” – obtemperou o juiz. Esta abordagem, que *preserva* o julgador de uma análise

³⁴² Decisão *Nicholls vs Director-General of National Parks & Wildlife Service* (1994), comentada por C. BARTON, *The status...*, *cit.*, pp. 537 segs, por W. GULLETT, *Environmental protection...*, *cit.*, p. 62, e por P. STEIN, *Are decision-makers...*, *cit.*, p. 14. A linha argumentativa seguida nesta decisão foi retomada em casos posteriores, como refere P. STEIN, *Are decision-makers...*, *cit.*, p. 15.

³⁴³ Decisão *Greenpeace Australia vs Redbank Power Co.* (1995), comentada por C. BARTON, *The status...*, *cit.*, pp. 540 segs, e por P. STEIN, *Are decision-makers...*, *cit.*, pp. 14, 15.

³⁴⁴ Decisão *Bridgetown Greenbushes Friends of the forest Inc vs. Executive Director of the Department of Conservation and Land Management* (1997), comentada por E. FISHER, *Is the precautionary...*, *cit.*, p. 328.

do conteúdo da decisão e incide sobre a sua forma(ção), repetiu-se noutras situações, nas quais o tribunal, sem invalidar a decisão da entidade pública, ordenou a clarificação dos fundamentos e a explanação dos argumentos de ponderação³⁴⁵.

3.2.3.2. França

A França viu o princípio da precaução entrar no seu ordenamento interno em 1995, data da entrada em vigor da *loi Barnier*, que alterou o *Code rural* numa tentativa de reforçar a protecção do ambiente³⁴⁶. O artigo L. 200-1 desta lei (hoje artigo L. 110-1 do *Code de l'environnement*), apresentando uma definição do princípio, dispõe que “a ausência de certezas, tendo em consideração os conhecimentos científicos e técnicos do momento, não deve retardar a adopção de medidas efectivas e proporcionadas com vista à prevenção de um risco de danos graves e irreversíveis para o ambiente a um custo economicamente aceitável”³⁴⁷.

Ao contrário da solução australiana, o legislador francês foi beber à fórmula da Declaração do Rio, apontando para um dano considerável, incluindo um elemento de controlo por apelo ao princípio da proporcionalidade, e fazendo depender a aplicação das medidas de concretização da precaução da razoabilidade do seu custo – o que, segundo alguns, veio privilegiar os interesses da indústria³⁴⁸. Além disso, o legislador conferiu ao princípio uma função indirecta³⁴⁹, de “inspiração”³⁵⁰ das políticas e dos diplomas no domínio ambiental, na medida em que remeteu para cada lei sectorial a definição dos pressupostos de aplicação da precaução³⁵¹. Esta “abertura” tem suscitado leituras restritivas no seio da doutrina (*i.*), e uma reserva considerável da parte da jurisprudência (*ii.*).

³⁴⁵ E. FISHER, *Is the precautionary...*, *cit.*, pp. 328, 329.

³⁴⁶ Se é verdade que a noção de precaução só veio a integrar expressamente o ordenamento francês a partir de 1995, certo é que a noção de antecipação de riscos mais ou menos identificados já vinha desde a década de 70 do século XX a reflectir-se em vários diplomas com conotação ambiental, *maxime* na lei do licenciamento industrial e na lei da avaliação de impacto ambiental – E. REHBINDER, *Das Vorsorgeprinzip...*, *cit.*, pp. 121 segs.

³⁴⁷ Sobre a génese da *loi Barnier* e da fórmula da precaução aí ínsita, veja-se C. CANS, *Grande et petite histoire des principes généraux du Droit de l'Environnement dans la loi du 2 février 1995*, *in RJE*, 1995/2, pp. 195 segs, 197 segs.

³⁴⁸ L. BAGHESTANI-PERREY, *Le principe de précaution: nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science*, *in Le Dalloz*, 1999, n° 41, pp. 457 segs, 459.

³⁴⁹ Contra, N. DE SADELEER, defendendo a valência imediata do princípio no sentido de fornecer à Administração base habilitante para proceder a ingerências na esfera jurídica dos particulares desde que em face de um risco sério (embora reconheça a utilidade da disseminação do princípio, mais denificado, em leis avulsas) – N. DE SADELEER, *Les avatars du principe de précaution en Droit public: effet de mode au révolution silencieuse?*, *in RFDA*, 2001/3, pp. 547 segs, 561, 562.

³⁵⁰ J.-MARC FAVRET, *Le principe de précaution ou la prise en compte par le Droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel*, *in Le Dalloz*, 2001, n° 43, pp. 3462 segs, 3465.

³⁵¹ Sublinhe-se que esta condição foi aditada no decurso do debate interministerial, não constando da versão inicial do anteprojecto. Segundo C. CANS, “le gouvernement n'était pas très enthousiaste à l'idée de [la] consécration formelle [du principe de précaution]. Le nouvel article L. 200-1 du code rural ne doit en réalité sa survie qu'au fait que le ministre de l'environnement de l'époque ait accepté cette restriction, dont personne ne mesurait précisément le contenu: il s'agissait davantage pour les opposants aux principe de reporter à plus tard ses effets, de gagner du temps” – *Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité*, *in RFDA*, 1999/4, pp. 750 segs, 754.

i.) Perante a atitude do legislador francês, já houve quem se tenha pronunciado no sentido de qualificar a introdução da referência à precaução no *Code rural* como uma simples manifestação, no domínio ambiental, da obrigação geral de prudência – ou dever de diligência do *bonus pater familiae* – oriunda do Direito Civil e transversal a todos os ramos do Direito³⁵². O artigo L. 200-1 limitar-se-ia a *dar a deixa* ao legislador ordinário, que depois modelaria a lógica de precaução diploma a diploma, de acordo com os tipos de risco, o nível de risco intolerável (e o conseqüente risco residual), os interesses em presença. Este carácter alegadamente indiferenciado do “princípio da precaução” terá decerto contribuído para a retracção do Governo francês em o invocar perante o Tribunal de Justiça, como fundamento da recusa da França em respeitar a decisão da Comissão no sentido do levantamento do embargo à importação de carne bovina inglesa³⁵³.

O facto de a precaução, tal como é importada do Direito Internacional, se prestar a múltiplos entendimentos, obriga o legislador interno a tomar especiais cautelas quanto à definição do seu conteúdo e limites, sob pena de contribuir para a sedimentação de uma noção equívoca e de resultados imprevisíveis³⁵⁴. Nomeadamente, e esse é um risco que a doutrina comumente aponta, para um quadro de paralisia decisional em quadros de incerteza, bem como de sobrevalorização dos valores ambiental e sanitário em face de outros interesses públicos igualmente relevantes³⁵⁵. Talvez por isso o *Conseil constitutionnel* tenha, em 2001, afirmado que “o princípio da precaução não constitui um objectivo de valor constitucional”³⁵⁶.

Com efeito, a versão maximalista da precaução, privilegiando o “risco zero”, não é mais que uma ficção, observa FAVRET. Porém, a perspectiva minimalista não se distingue da prevenção, princípio consagrado e destinado à antecipação de eventos cuja ocorrência se tem por certa ou por altamente provável, em função dos elementos da experiência e da ciência. Para ter valência autónoma, a precaução deve corresponder a um substracto que se interponha entre estes dois pólos, ao “enunciado de uma hipótese de risco cientificamente credível, aceite como plausível pela comunidade científica no momento da tomada de decisão”³⁵⁷.

³⁵² Neste sentido, Y. JÉZOUGO, *Les principes généraux du Droit de l’Environnement*, in *RFDA*, 1996/2, pp. 209 segs, 216; M. GROS, *La controverse du principe de précaution*, in *RDPSP*, 2002/3, pp. 821 segs, 824. No Direito belga, B. ENTRINGER sustenta posição idêntica – *La précaution est-elle une vinaigrette stabilisée?*, in *Journal des Tribunaux*, Outubro de 1998, pp. 665 segs, 665.

³⁵³ Cfr. T. HAMONIAUX, *Principe de précaution...*, *cit.*, p. 168. Surpreendentemente, a França esgrimiou o argumento da precaução durante todo o processo pré-contencioso, contestando a valia do relatório do Comité Científico no qual a Comissão se apoiou e opondo-lhe as conclusões de um grupo de peritos nacionais que sustentaram a impossibilidade de exclusão total do risco de contaminação, apesar de todas as medidas de prevenção entretanto adoptadas (T. HAMONIAUX, *idem, idem*; P. ICARD, *Le principe de précaution...*, *cit.*, p. 1472). O facto de o não ter levado para o debate contencioso, no âmbito da acção por incumprimento, evidencia insegurança relativamente a um princípio altamente volátil, que a jurisprudência comunitária aborda, como se viu, com muitas reticências.

³⁵⁴ A. ROUYÈRE, *L’exigence de précaution saisie par le juge. Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d’État*, in *RFDA*, 2000/2, pp. 266 segs, 268.

³⁵⁵ Neste sentido, L. BAGHESTANI-PERREY, *La valeur ...*, *cit.*, p. 22; A. ROUYÈRE, *L’exigence...*, *cit.*, p. 272.

³⁵⁶ Decisão 2001-446, de 27 de Junho de 2001. Cfr. R. DE CASTELNAU, *Précaution, prévention, responsabilité: le droit contre l’insécurité juridique*, in *AJDA*, 2001/11, pp. 907 segs; M. GROS, *La controverse...*, *cit.*, p. 825; T. HAMONIAUX, *Principe de précaution...*, *cit.*, p. 168.

³⁵⁷ P. Kourilsky e G. Viney, *apud* J.-MARC FAVRET, *Le principe...*, *cit.*, p. 3463.

Trata-se de abrir o caminho à decisão administrativa num quadro de incerteza, ou seja, de garantir a tomada de decisão perante dados científicos contraditórios e/ou insuficientes para estabelecer nexos de causalidade entre uma actividade/omissão e um dano eventual daí decorrente. A presença da incerteza marca a diferença em face da prevenção³⁵⁸, e provoca alterações no procedimento decisional, não só no plano substancial, como e sobretudo, no plano procedimental, a saber: a inserção da técnica como instrumento de controlo dos factores de incerteza da decisão; a indispensável articulação com membros da comunidade científica como forma de alcançar a maior inteligibilidade possível daquela; a necessária “democratização”³⁵⁹ da gestão do risco através da participação popular prévia à tomada de decisão³⁶⁰; a inversão do ónus da prova a cargo do potencial agressor do ambiente ou da saúde pública; enfim, a extensão do procedimento para além do momento da decisão e durante toda a vida desta, no sentido do acompanhamento da evolução dos fenómenos que a condicionam e do controlo destes³⁶¹.

O imperativo da decisão apesar da incerteza estabelece uma relação triangular entre políticos, cidadãos e cientistas, em que a comunicação tem um papel legítimamente fundamental. Como sublinha FAVRET, a precaução constitui um duplo desafio: para os políticos, por um lado, na medida em que lhes cabe identificar os riscos intoleráveis para a comunidade e delinear os quadros da sua gestão. Por outro lado, para os cientistas, que terão de fomentar um diálogo crescente, quer com os políticos, quer com o público em geral, no sentido de colocar o seu conhecimento ao serviço de uma elucidação, o mais inteligível e completa possível, dos riscos ligados à implementação das novas tecnologias e das vantagens delas advenientes³⁶².

O significado da precaução, em face da remissão da *loi Barnier* para diplomas específicos, fica prisioneiro da vontade do legislador. Para além da qualidade de directiva política, os seus efeitos são muito discutíveis³⁶³, para não dizer inexistentes³⁶⁴. A exigência de precaução, na ausência de determinações precisas, presta-se a uma gradação largamente comandada pelas circunstâncias de facto, sublinha ROUYÈRE³⁶⁵. Talvez por isso a jurisprudência revele uma atitude de grande contenção e prudência na sua utilização, mais implícita que explícita, mais no sentido da consideração da precaução como uma técnica do que como uma medida, enfim, mais próxima de uma

³⁵⁸ C. CANS, *Le principe...*, *cit.*, p. 755.

³⁵⁹ L. BOY, *La place du principe de précaution dans la directive UE du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement*, in *RJE*, 2002/1, pp. 5 segs, 13 segs.

³⁶⁰ J.-MARC FAVRET sublinha a lógica de contrapartidas estabelecida entre a aceitação de um risco e a informação sobre ele, que obriga à implementação de estruturas de transparência na comunicação e discussão do risco, dando o exemplo da conferência de cidadãos sobre os OGM, organizada em 1998 por iniciativa de uma comissão parlamentar dedicada à avaliação das escolhas científicas e tecnológicas – *Le principe...*, *cit.*, pp. 3463, 3464. V. também B. ENTRINGER, *La précaution...*, *cit.*, p. 668.

³⁶¹ Cfr. N. DE SADELEER, *Les avatars...*, *cit.*, p. 561; G. MARTIN, *Précaution...*, *cit.*, pp. 301 segs.

³⁶² J.-MARC FAVRET, *Le principe...*, *cit.*, p. 3463.

³⁶³ Cfr. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Le CE et le principe de précaution*, in *AJDA*, 1999/6, pp. 4 segs, 5; A. ROUYÈRE, *L'exigence...*, *cit.*, pp. 268 segs.

³⁶⁴ Neste sentido, L. BAGHESTANI-PERREY, *La valeur ...*, *cit.*, p. 25; O. GODARD, *Le principe...*, *cit.*, *passim*.

³⁶⁵ A. ROUYÈRE, *L'exigence...*, *cit.*, p. 272.

ideia de prevenção alargada do que de uma precaução contra todos os riscos³⁶⁶.

ii.) Domínio de eleição da precaução seria, no âmbito da jurisdição administrativa, o das medidas cautelares³⁶⁷, *maxime* da suspensão da eficácia (*référé-suspension*, desde a reforma de 2000³⁶⁸). E aí foi o princípio posto à prova quando, em 1998, o *Conseil d'État* se viu confrontado com o pedido de suspensão de eficácia do decreto do Ministro da Agricultura que, na sequência de uma decisão da Comissão europeia, autorizou a comercialização de três variedades de milho transgénico, no quadro da directiva 90/220/CEE. A invocação da precaução pela *Association Greenpeace France*, sustentando a incerteza quanto aos efeitos para a saúde das variedades de milho transgénico, deveria até, segundo alguns, conduzir à suspensão (quase) automática do decreto governamental³⁶⁹.

O *Conseil d'État* concedeu, provisoriamente, a suspensão requerida, sem no entanto se pronunciar sobre o argumento da precaução — e apesar de instado pelo Comissário de Governo Stahl a definir a sua posição sobre o assunto³⁷⁰. Simultaneamente, colocou uma questão prejudicial de interpretação da directiva ao Tribunal de Justiça das Comunidades, no sentido de esclarecer se a decisão da Comissão europeia é ou não vinculativa para o Estado-membro, nomeadamente se lhe dá liberdade para recusar a sua aplicação com vista à salvaguarda de interesses sanitários ou ambientais.

A instância jurisdicional comunitária, por seu turno, também nada adiantaria quanto à substância do princípio, limitando-se a resolver a questão da legitimidade de invocação de dados novos como fundamento de não aplicação da decisão autorizativa da Comissão (de 1997) à luz do artigo 16 da directiva, ou seja, da cláusula

³⁶⁶ Cfr., sobre os riscos da utilização da precaução como padrão de controlo da legalidade administrativa pelo juiz, M. GROS, *La controverse...*, *cit.*, pp. 827 segs.

³⁶⁷ Cfr. as reflexões de G. MARTIN, *Mesures provisoires et irréversibilité en Droit français*, in *RJE* 1998 - n° especial, pp. 131 segs.

³⁶⁸ A reforma francesa dos meios de justiça cautelar administrativa é vista, em geral, como uma cedência a um princípio de precaução que se traduziria na não necessidade de uma quase certeza de procedência da decisão final como critério de concessão da providência, mas apenas na constatação, pelo juiz, de uma dúvida séria (“un doute sérieux”, como estipula o artigo L. 521-1) sobre a legalidade do acto impugnado. No entanto, como sublinha M. FOULETIER, “encore faut-il que le juge accepte de rompre avec une jurisprudence réservée soucieuse de ne pas troubler sans cause quasi certaine et extrêmement sérieuse la marche de l’action administrative, en n’interprétant pas de manière restrictive les notions de «doute sérieux» et d’«urgence»” — *La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives*, in *RFDA*, 2000/5, pp. 963 segs, 969.

No domínio ambiental, o novo critério de concessão do *référé-suspension* veio tornar supérflua a previsão do artigo 2 da Lei de 10 de Julho de 1967, no âmbito da protecção da natureza, na medida em que este estabelece uma presunção de ilegalidade da decisão administrativa tomada sem a precedência de uma avaliação de impacto ambiental para efeitos do decretamento da sua suspensão pelo juiz: a não realização da avaliação faz necessariamente surgir uma “dúvida séria” no espírito do juiz, impelindo-o a ditar a suspensão, quando requerida — *Rapport du groupe de travail du Conseil d'État sur les procédures d'urgence*, in *RFDA*, 2000/5, pp. 941 segs, 952.

³⁶⁹ Cfr. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Le CE...*, *cit.*, p. 5, e N. DE SADELEER, *Les avatars...*, *cit.*, pp. 558, 559. Ambos os Autores referem que os indícios sérios de um risco deveriam incentivar o juiz à concessão do *référé suspension*, na medida em que isso se traduz na iminência de produção de um dano grave e de difícil reparação, o qual, tratando-se de bens ambientais, pode ser irreversível.

³⁷⁰ Cfr. C. CANS, *Le principe...*, *cit.*, p. 751.

de salvaguarda de interesses vitais não económicos³⁷¹. O Tribunal de Justiça, em em Acórdão de 21 de Março de 2000³⁷², afirmou que a cláusula de salvaguarda ínsita na directiva só pode ser utilizada quando surjam dados novos que indiciem ou comprovem riscos não apurados na primeira avaliação, mas nunca após a emissão da autorização por parte das autoridades nacionais, na sequência da autorização da Comissão – para evitar a violação do princípio da uniformidade. Assim, o *Conseil d'État* teve que negar provimento à acção de anulação apresentado pela *Greenpeace* e confirmar a validade da autorização administrativa, cuja legalidade *à data da emissão* não foi beliscada³⁷³.

Isto é, tratando-se de elementos novos, posteriores à tomada de decisão pela Comissão mas não alegados antes da emissão da autorização pelo Governo francês, o *Conseil d'État* – condicionado pela interpretação do Tribunal de Justiça – foi forçado a concluir que, sendo a base legal da autorização nacional (a autorização comunitária, que funciona como acto-condição) válida porque não alterada em virtude da alegação dos dados novos, esta também o seria. Na verdade, existe aqui uma perversão do raciocínio jurídico por força da obrigação de respeito pelo princípio da aplicação uniforme do Direito Comunitário, que veda a tomada em consideração da alegada alteração de pressupostos da decisão, naturalmente conducente à sua revisão.

Perante a teia do sistema comunitário, parece-nos que situações deste tipo só podem ser enfrentadas através dos meios jurisdicionais comunitários, nomeadamente do recurso de anulação da decisão da Comissão com fundamento em violação de lei por alteração superveniente das circunstâncias de facto da decisão – o qual, a obter provimento, permitiria atacar, por seu turno, a autorização nacional. No entanto, a admitir-se teoricamente tal recurso de anulação por parte da *Greenpeace*, este seria certamente recusado, em virtude da sua alegada ausência de legitimidade, no contexto dos estritos pressupostos descritos no artigo 230, §4º, do Tratado de Roma³⁷⁴.

No que agora mais directamente nos interessa, deve frisar-se que o Conselho de Estado francês, quanto à suspensão de eficácia do decreto governamental, vislumbrou um vício de forma que se traduzia no défice de ponderação de dados não constantes do dossier cuja informação sustentou a decisão de autorização de comercialização do milho transgénico. Aqueles que entrevêm a precaução como fundamento desta decisão, afirmam que, na dúvida, o *Conseil d'État* optou pela salvaguarda da saúde pública e do ambiente. Quem olha para o princípio com desconfiança ou mesmo descrença, limita-se a observar, no mínimo, que a decisão jurisdicional realiza um mero controlo de legalidade procedimental e, no máximo, que confirma a existência de uma obrigação geral de prevenção de riscos, pautada por um dever de diligente apreciação dos dados disponíveis e de adequada ponderação da incerteza por eles eventualmente revelada – controlo de plausibilidade veiculado pelos parâmetros do princípio da proporcionalidade³⁷⁵.

³⁷¹ Cfr. R. PAVONI, *Misure unilaterali...*, *cit.*, pp. 732 segs.

³⁷² Caso C-6/99, *cit.*.

³⁷³ Cfr. K. FOUCHER, *Organismes génétiquement modifiés:...*, *cit.*, p. 467.

³⁷⁴ Cfr. o nosso *A impugnação jurisdicional...*, *cit.*, pp. 96 segs.

³⁷⁵ Cfr. C. CANS, *Le principe...*, *cit.*, pp. 756 segs; J.-MARC FAVRET, *Le principe...*, *cit.*, p. 3467.

Em última análise, o *Conseil d'État* parece não ter querido comprometer-se com o reconhecimento da precaução como princípio, devido às ambiguidades que o envolvem. Na perspectiva de CANS, “o juiz revelou uma atitude pragmática, aludindo implicitamente à precaução como um elemento integrante da legalidade administrativa, cuja ausência é susceptível de sustentar o questionamento da legalidade de um acto administrativo no âmbito de um processo de suspensão de eficácia”³⁷⁶. Nomeadamente, associando o dever de “precaução” à prevenção e atraindo-o para o controlo de proporcionalidade.

Esse raciocínio revela-se de forma particularmente clara numa outra decisão do *Conseil d'État* no caso *Société Pro-Nat* (1999), perante a possibilidade – ou não exclusão, com certeza – de um risco de contaminação de tecidos corporais de bovinos e ovinos pela encefalopatia espongiforme bovina, tecidos esses utilizados no fabrico de alimentos para bebés. O Tribunal reconheceu que a proibição de comercialização desses produtos decretada pelo Governo, em face dos novos dados científicos apontando para a possibilidade de ocorrência de danos para a saúde dos consumidores, era adequada e não excessiva, considerados os interesses em presença³⁷⁷.

Nas palavras de ROUYÈRE, “quer sejam anteriores ou posteriores ao caso *Greenpeace*, as decisões do Conselho de Estado que envolvem a noção de precaução situam-se em contextos onde a incerteza é identificável, no sentido de avaliar se ela incide sobre um perigo ou sobre a ausência de perigo. O balanço resultante de uma justaposição destas diferentes aplicações é, no entanto, decepcionante. O juiz instrumentaliza a exigência [de precaução] e utiliza-a de forma não homogénea de acordo com a solução que pretende fundamentar. Assim, a precaução surge muitas vezes como justificação de uma medida preventiva, simples ou reforçada”³⁷⁸.

A abordagem cautelosa do Conselho de Estado é inversamente proporcional a alguma afoiteza com que as jurisdições ordinárias têm cedido à invocação da precaução, no âmbito da justiça cautelar³⁷⁹. Como nota CASTAING, a concessão quase automática da suspensão da medida administrativa que a suspeita de risco convoca revela a precaução na sua forma mais radical e, portanto, menos operativa. Em domínios onde as dúvidas avultam quanto à existência de risco, quanto ao *como* e *quando* da sua manifestação, a questão da urgência da suspensão controverte-se; na encruzilhada de interesses, públicos e privados, de magnitude social extrema, a decisão cautelar avulta como uma decisão de “bilân-coût avantages”; a necessidade de prescrever medidas positivas (ainda que condicionais) é mais premente do que a mera paralisação da decisão (*maxime*, negativa), mas é também mais complexa, em

³⁷⁶ C. CANS, *Le principe...*, *cit.*, p. 758.

³⁷⁷ Cfr. C. CANS, *Le principe...*, *cit.*, p. 761.

³⁷⁸ A. ROUYÈRE, *L'exigence...*, *cit.*, p. 270.

³⁷⁹ Y. JÉZOUGO (*Le juge administratif et l'ordonnancement du Droit de l'Environnement*, in *RJE* - 2004, n° especial, pp. 19 segs, 27 e 28), fazendo um balanço do papel da jurisprudência na implementação e sedimentação dos princípios de Direito do Ambiente e no controlo da actuação administrativa na realização da tarefa de protecção ambiental conclui que os tribunais administrativos franceses e especialmente o Conselho de Estado têm revelado, em regra, uma abordagem tradicional das questões e evitando explorar os novos princípios – em suma, uma atitude de grande prudência.

razão da tecnicidade dos argumentos³⁸⁰. As reticências do *Conseil d'État* são compreensíveis.

Em contrapartida, o excesso de precaução — ou de prevenção — é condenado pelo Conselho de Estado, por apelo à falta de proporcionalidade das medidas adoptadas. A Administração, proibindo para além do que a previsão de risco, ainda que discutível, poderia fazer temer, ultrapassa os limites competenciais a que a legalidade a adstringe. Por exemplo, no caso *Rossi* (1995), o *Conseil d'État* reprovou às autoridades o facto de não terem demonstrado que, por força da incerteza, era necessário criar um perímetro de protecção com vista à preservação da qualidade da água extraída, anulando a decisão municipal que determinou a existência daquele³⁸¹.

Assimilada a um dever de prevenção de largo espectro³⁸², a precaução, enquanto noção autónoma, fica neutralizada no contencioso de anulação de actos administrativos através do controlo de proporcionalidade. Com efeito, ou a antecipação de riscos falha no plano procedimental — por exemplo: ausência de consulta de peritos; insuficiência ou inexistência de participação pública; abstracção deliberada de certas fontes de informação essenciais à caracterização dos pressupostos da decisão —, sendo certo que a precaução não ganha corpo como geradora de um vício específico; ou a antecipação de riscos falha no plano substancial, porque a Administração, ciente da incerteza envolvente da situação de facto a conformar, procedeu a uma desadequada eleição dos factores de ponderação ou sobrevalorou, de forma manifestamente errónea, uns em detrimento de outros — aqui a precaução dilui-se entre a violação do princípio da imparcialidade e a ofensa a um imperativo de prevenção modulado pela proporcionalidade³⁸³.

Neste segundo caso, o papel co-essencial da incerteza relativamente à decisão e a consequente necessidade de recorrer a juízos de prognose tendencialmente apoiados em dados de carácter científico faz avultar o protagonismo do princípio da proporcionalidade como parâmetro de medida da validade da ingerência administrativa. Quanto maior for a incerteza, e maior o risco para bens vitais da comunidade, mais legitimada se encontrará a Administração para, nos termos da norma habilitante, proceder a ingerências na esfera jurídica dos particulares, nomeadamente para

³⁸⁰ C. CASTAING, *La mise en oeuvre du principe de précaution dans le cadre du référé-suspension*, in *AJDA*, 2003/43, pp. 2290 segs, *passim*. No mesmo sentido, A. CAPITANI, *La Charte...*, *cit.*, pp. 513 segs [*neutralizando os efeitos da Charte de l'Environnement e da referência à precaução nela inserida (artigo 5) sobre o contencioso ambiental de urgência nos tribunais administrativos*].

³⁸¹ Cfr. N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, pp. 158, 159; *idem*, *The enforcement...*, *cit.*, p. 147.

³⁸² D. DEHARBE, na sequência de jurisprudência recente do *Conseil d'État* em casos de decisões administrativas dominadas pela incerteza, e apesar de ser favorável à noção de precaução, acaba por concluir que “force est de constater que le Conseil d'État lui-même continue d'assimiler précaution et prévention” — *Le pladoyer*, in *RDPSP*, 2002/3, pp. 830 segs, 843. Alertando também para as reticências que o Tribunal tem manifestado a propósito da invocação do princípio pelos municípios no contencioso com as empresas de telecomunicações móveis, C. CASTAING, *La mise en oeuvre...*, *cit.*, pp. 2295, 2296.

³⁸³ Parece ser este o sentido reconhecido pela doutrina ao enunciado no artigo L. 110-1 do *Code de l'Environnement*, pelo menos sempre que não for objecto de uma maior concretização legislativa — N. DE SADELEER, *Les avatars...*, *cit.*, pp. 556, 557; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Le CE...*, *cit.*, p. 7; A. ROUYÈRE, *L'exigence...*, *cit.*, p. 278.

A *Charte de l'Environnement*, em vigor desde 1 de Maio de 2005, por seu turno, apesar de se referir ao princípio da precaução (artigo 5), consome-o na prevenção (cfr. C. CASTAING, *La mise en oeuvre...*, *cit.*, p. 2297).

agravar o conteúdo dos deveres de protecção do ambiente ou da saúde pública a cargo dos potenciais agressores. Todavia, tais poderes de gestão da incerteza, pela conjugação entre a objectividade da técnica e a subjectividade da prognose que envolvem, constituem um factor inibitório dos poderes de controlo jurisdicional, que só a utilização do princípio da proporcionalidade – nomeadamente, através das bitolas da adequação e da proibição do excesso – pode atenuar³⁸⁴.

Já no contencioso da responsabilidade, a precaução tende a ser entendida pelo juiz como um dever de diligência, claramente agravado em razão da multiplicação das fontes de risco. Ela não traz nada de novo neste domínio, escreve GODARD³⁸⁵, pois “a prioridade da antecipação de um comportamento lesivo não constitui, ela mesma – interroga-se BAGHESTANI-PERREY³⁸⁶ –, a essência do instituto da responsabilidade civil, da qual a precaução deverá ser considerada como um elemento essencial?”. Pense-se no exemplo paradigmático de (falsa) precaução *avant la lettre* consubstanciado na decisão do *Conseil d'État*, de 1993, sobre a responsabilidade do Estado no caso de contaminação de pacientes com o vírus HIV em virtude de transfusões sanguíneas efectuadas em hospitais públicos.

Sabendo a Administração hospitalar, desde 1984, que o risco de contaminação por transfusão, não podendo ser cientificamente confirmado, não era tão-pouco, cientificamente infirmável (“uma hipótese que não pode ser afastada deve provisoriamente ser considerada válida”) deveria, numa atitude da mais sensata prudência, ter feito cessar as transfusões ou ter procedido à neutralização do vírus³⁸⁷. Nesta hipótese, o enunciado da precaução espreita, naturalmente, por força da constatação da incerteza sobre os pressupostos da decisão de manter ou pôr termo às transfusões³⁸⁸. No entanto, existindo indícios sérios de risco, baseados em dados científicos – mesmo que inconclusivos –, os valores a preservar obrigavam a uma atitude de enérgica proibição. A ponderação dos factores de incerteza deveria ter conduzido, numa perspectiva de pura e simples prevenção, à tomada de medidas adequadas e equilibradas, em face dos interesses em presença. Nada de revolucionário se vislumbra aqui, nada que mereça o especial rótulo de precaução. É tão só da obrigação de prevenção de riscos, que incumbe ao Estado, que se trata³⁸⁹.

O avanço para um estágio de aceitação genérica da responsabilidade pelo risco, induzida pelo princípio da precaução, é outro equívoco. Por razões objectivas, por um lado, porque na sociedade de risco é impossível avaliar a inocuidade de um novo produto ou actividade; por outro lado, por razões subjectivas, porque tal extensão levaria a uma desresponsabilização total dos agentes do mercado e da indústria, pois por mais cuidados que tomassem – usando de toda a diligência, por outras palavras –, acabariam sempre por poder vir a ser responsabilizados retroactivamente em vir-

³⁸⁴ A. ROUYÈRE, *L'exigence...*, *cit.*, p. 278; M. FRANC, *Traitement juridique du risque et principe de précaution*, in *REDP*, 2003/1 - n.º subordinado ao tema *Public Law and Risk*, pp. 59 segs, 66.

³⁸⁵ O. GODARD, *Le principe...*, *cit.*, p. 131.

³⁸⁶ L. BAGHESTANI-PERREY, *La valeur...*, *cit.*, p. 27.

³⁸⁷ N. DE SADELEER, *The enforcement...*, *cit.*, p. 147.

³⁸⁸ No sentido de que a decisão sobre o sangue contaminado procedeu à primeira aplicação (implícita) do princípio da precaução, L. BAGHESTANI-PERREY, *Le principe de précaution:...*, *cit.*, p. 461.

³⁸⁹ A. ROUYÈRE, *L'exigence...*, *cit.*, p. 280; D. DEHARBE, *Le pladoyer*, *cit.*, p. 845.

tude de factores cujo conhecimento se ignorava à data do início da actividade ou do lançamento do produto no mercado³⁹⁰.

Tal extensão só caso a caso e a título especial deve ser realizada, e preferencialmente não pelo juiz. Estabelecer o limiar de precaução para além das possibilidades de conhecimento, ainda que controverso – ou para além do limite do risco residual – é uma responsabilidade política, constituindo “um perigoso erro de perspectiva” deixar aos juízes tal encargo³⁹¹. A regra deve continuar a ser a da responsabilidade subjectiva, pela culpa, aferível em função da equação comportamento/omissão em face do dever de conhecimento dos seus efeitos. O que se alarga, eventualmente, são os limites da negligência aos limites do risco, através de um reforço dos deveres de informação e controlo³⁹².

3.2.3.3. Estados-Unidos da América

Curioso exemplo de precaução sem o ser é o americano. Isto porque, por um lado, em consonância com a atitude de convicta rejeição do princípio manifestada no plano internacional³⁹³, o legislador federal não introduziu a precaução, sob nenhuma das fórmulas através das quais ela é reconhecida no Direito Internacional, no ordenamento jurídico³⁹⁴. Por outro lado, em contrapartida, o sistema americano acolhe um complexo sistema de avaliação de riscos³⁹⁵, que foi alargando o seu espectro à medida das necessidades derivadas da multiplicação de fontes de danos potenciais

³⁹⁰ A. ROUYÈRE, *L'exigence...*, *cit.*, pp. 281 segs, *max.* 282.

³⁹¹ O. GODARD, *Le principe...*, *cit.*, p. 128.

³⁹² Cfr. J.-MARC FAVRET, *Le principe...*, *cit.*, p. 3468. Chamando a atenção para a *sagesse* do legislador em não ter incluído o princípio da precaução como conformador do dever de informação na nova lei relativa aos direitos dos pacientes, M. GROS, *La controverse...*, *cit.*, p. 829, nota 38.

³⁹³ Apesar de os Estados-Unidos terem aprovado a Declaração do Rio, de a *Environmental Protection Agency* ter assumido a sua vinculação a este instrumento, e de a Administração Clinton ter manifestado o seu apreço pelo princípio, certo é que, tanto a nível internacional como interno, a precaução (na acepção de “na incerteza, *in dubio pro ambiente*”) não constitui o norte da política ambiental americana – J. TICKNER e C. RAFFENSPERGER, *The american view on the precautionary principle, in Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O’Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 183 segs, *max.* 195 segs

³⁹⁴ Estatal e excepcional é, por isso, a previsão do “princípio da precaução” no *Act to establish the precautionary principle as a guideline for developing environmental policy and quality standards in the Commonwealth of Massachusetts*, de 1997. Este instrumento, o primeiro a assumir explicitamente uma fórmula de precaução nos Estados-Unidos, segundo TICKNER e RAFFENSPERGER, “calls for state agencies to apply the precautionary principle where there «are reasonable grounds for concern that a procedure or development may contribute to the degradation of the air, land and water of the Commonwealth»” – *The american view...*, *cit.*, p. 191. Todavia, como informam os Autores, a legislação não teve o seguimento esperado, nomeadamente no sentido de impôr uma certa contenção aos interesses da indústria (*idem, idem*).

³⁹⁵ Cfr. vários exemplos de “precautionary prevention” registados nos Estados-Unidos da América, nos domínios da saúde pública, da segurança alimentar e do ambiente na *Introduction* à obra editada por P. HARREMOËS, D. GEE, M. MacGARVIN, A. STIRLING, J. KEYS, B. WYNNE e S. GUEDES VAZ, *The precautionary principle in the 20th century. Late lessons from early warnings*, London/Sterling VA, 2002, pp. 1 segs, 3, depois desenvolvidos ao longo de 15 capítulos.

para o ambiente e para a saúde pública³⁹⁶. Por essa razão, já houve quem propugnas-se a assunção clara do objectivo da precaução na Constituição americana³⁹⁷.

Na verdade, como informa SHELTON, o *National Environment Policy Act*, de 1969 (=NEPA), previa apenas a avaliação de impacto, dirigida à detecção de eventos potencialmente lesivos do ambiente de ocorrência previsível. As noções de defesa contra perigos e de prevenção de riscos eram entendidas como um *continuum*³⁹⁸; daí que se possa dizer que, estando a avaliação de riscos contida no espírito do NEPA, não era como tal identificada³⁹⁹. As agências com competência ambiental limitavam-se à recolha de dados e ao seu estudo nos limites da previsibilidade, não lidando com as incertezas que daí emergissem. O Conselho da Qualidade Ambiental (*Council on Environmental Quality*), criado pelo Congresso para apoiar as agências na aplicação do NEPA, também em 1969, tão-pouco incorporou o tratamento da incerteza nas suas directivas, na primeira década de existência.

Este alheamento da extensão das fontes de perigo – ou da transformação, por força da incessante evolução técnica, da maior parte dos tradicionais perigos em riscos – não foi uniformemente assimilado pela jurisprudência. Com efeito, nalguns casos os tribunais sancionaram a visão restrita do risco subjacente à actuação da administração, confirmando a sua incapacidade para ir além dos riscos plenamente comprovados. Noutros casos, porém, o poder jurisdicional foi mais longe, exigindo a repetição do procedimento com participação de peritos na avaliação de impacto, bem como de todos os interessados, no sentido de considerar a totalidade dos factos, não só prováveis, como possíveis⁴⁰⁰.

Um caso paradigmático neste período foi aquele que opôs a *Reserve Mining Company* à *Environmental Protection Agency*, em 1975. Tratou-se de saber se a ordem de proibição, longamente ignorada pela empresa, de efectuar descargas de água proveniente das minas de extracção de taconite no *Lake Superior*, imposta pela administração, era legítima, em face da incerteza sobre os efeitos potencialmente adversos à saúde e à qualidade do ar. Apesar das dúvidas sobre a toxicidade das emissões, o tribunal confirmou a proibição das descargas no lago e impôs à empresa a utilização da melhor tecnologia disponível no sentido de minimizar os efeitos nocivos das emissões para a atmosfera, baixando-as para um nível medicamente aceitável⁴⁰¹.

A repetição de exemplos similares, bem como a crescente percepção da necessidade de alargamento do espectro de ponderação das agências terão levado o

³⁹⁶ Analisando o sistema de *risk-assessment* no confronto com o princípio da precaução, E. REHBINDER, *Das Vorsorgeprinzip...*, *cit.*, pp. 21 segs; D. SHELTON, *The impact...*, *cit.*, pp. 213 segs; D. BODANSKY, *The precautionary principle in US environmental law, in Interpreting the precautionary principle*, org. de T. O'Riordan e J. Cameron, Londres, 1994, pp. 203 segs, 205 segs; G. FULLEM, *The precautionary...*, *cit.*, pp. 508 segs. Em geral, Z. PLATER *et alii*, *Environmental law...*, *cit.*, pp. 136 segs.

³⁹⁷ Neste sentido, PHILIPPE SANDS, *The "greening"...*, *cit.*, p. 323.

³⁹⁸ E. REHBINDER, *Das Vorsorgeprinzip...*, *cit.*, p. 25.

³⁹⁹ G. FULLEM, *The precautionary...*, *cit.*, pp. 511, 512; D. HORNSTEIN, *Reclaiming environmental law...*, *cit.*, p. 565, nota 8.

⁴⁰⁰ Cfr. D. SHELTON, *The impact...*, *cit.*, p. 215; D. BODANSKY, *The precautionary...*, *cit.*, p. 208; J. TICKNER e C. RAFFENSPERGER, *The american view...*, *cit.*, p. 197.

⁴⁰¹ A segunda parte da decisão não é isenta de críticas, na medida em que as substâncias em causa (fibra de asbestos) eram reconhecidamente carcinógenas e tinham um nível zero de tolerância – Z. PLATER *et alii*, *Environmental law...*, *cit.*, pp. 140, 141.

Conselho da Qualidade Ambiental a emitir, em 1978, as primeiras directivas sobre o procedimento de avaliação do risco (*risk-assessment*). As agências deveriam avaliar todos os riscos através de um procedimento formal e de natureza quase matemática, colocando, em casos de incerteza total, a hipótese mais radical – *worst case scenario*. Este sistema viabilizava uma informação plena dos decisores e do público, mas o grau de risco considerado era extremo – demasiado extremo (passe o pleonasma), em muitos casos – e a sua determinação revelou-se bastante onerosa⁴⁰².

O *Supreme Court* manifestou-se contrário à adopção do critério do *worst case scenario*, estatuidando, numa decisão de 1980, que a Administração, ao decidir proibir o uso de um determinado produto (benzina), deveria considerar um nível de “risco significativo”⁴⁰³. No ano seguinte, esta bitola de ponderação foi aligeirada com a introdução do critério da análise custo-benefício nos procedimentos de *risk-assessment* “to the extend permitted by law”⁴⁰⁴. Não que as agências tivessem sido até aí alheias à ponderação de custos, mas a necessidade de considerar o *worst case scenario* desequilibrava de tal forma o procedimento decisório que foi preciso estabelecer claramente a possibilidade de compensar tal desequilíbrio através de uma quantificação em termos de praticabilidade económica. Ou seja, mesmo que os valores em jogo forcem a colocação da hipótese mais adversa e por isso obriguem à adopção de medidas mais exigentes, tal exigência deverá ser avaliada, em regra, a partir de uma perspectiva comparativa de soluções alternativas, tendo em consideração a sua melhor viabilidade económica⁴⁰⁵.

Em 1986, o Conselho da Qualidade Ambiental introduziu uma segunda atenuante, substituindo a bitola do *worst case scenario* por uma medida de razoabilidade⁴⁰⁶. Os riscos ponderáveis passam a ser os “razoavelmente previsíveis” (*reasonably foreseeable*), devendo basear-se em provas científicas credíveis (*credible scientific evidence*)⁴⁰⁷. Esta alteração reduziu sensivelmente o universo de riscos que pesam na equação de incerteza, descartando hipóteses de produção de danos de baixa e muito baixa probabilidade, e transportando a questão da avaliação do risco para o difícil campo do debate científico (e por vezes para a ainda mais árdua discussão sobre o

⁴⁰² D. SHELTON, *The impact...*, *cit.*, p. 216.

⁴⁰³ Decisão *Industrial Union Department vs. American Petroleum Institute* (1980). Cfr. T. DAEMEN, *The European Community's...*, *cit.*, p. 16.

⁴⁰⁴ Através de um decreto da Administração *Reagan* (*Executive Order 12.291*) – cfr. B. SILVERGLADE, *Judicial control of regulatory action based on cost-benefit analysis*, in *ALR*, 1984/1, pp. 387 segs; C. CAMPBELL-MOHN, B. BREEN e J. WILLIAM FUTRELL, *Environmental Law: from resources to recovery*, St. Paul, Minnesota, 1993, pp. 42, 43.

⁴⁰⁵ Sobre as potencialidades da análise comparativa de riscos/benefícios, v. D. HORNSTEIN, *Reclaiming environmental law...*, *cit.*, pp. 576 segs.

A legitimidade da utilização de tal análise será sempre controlada pelos tribunais, os quais, na ausência de previsão expressa dessa possibilidade de ponderação na norma habilitante, terão tanto mais tendência para formular juízos de mérito sobre o recurso a esse método quanto maior for o relevo dos bens em jogo – B. SILVERGLADE, *Judicial control...*, *cit.*, pp. 396, 397.

⁴⁰⁶ A *suavização* terá ficado também a dever-se à política fortemente penalizadora do ambiente prosseguida pelos governos republicanos de Reagan e George Bush, que teve por principais objectivos incrementar o comércio e a iniciativa privada – J. TICKNER e C. RAFFENSPERGER, *The american view...*, *cit.*, p. 189; G. FULLEM, *The precautionary...*, *cit.*, p. 513; C. CAMPBELL-MOHN, B. BREEN e J. WILLIAM FUTRELL, *Environmental Law:...*, *cit.*, pp. 40 segs.

⁴⁰⁷ Cfr. N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, p. 200.

conceito de ciência)⁴⁰⁸.

As decisões dos tribunais atestam a complexidade da matéria. De um lado, encontram-se arestos que denotam um exacerbado “respeito” pela ciência, recusando-se a questionar o sentido da opinião dominante⁴⁰⁹. De outro lado, surgem pronúncias que traduzem uma atitude jurisdicional controversa, “quase-administrativa”, na medida em que os juízes desmontam e refazem o *iter* decisório seguido pelas agências, especulando sobre os pressupostos de incerteza e exigindo fundamentação acrescida para medidas restritivas das actividades económicas⁴¹⁰.

Sublinhe-se que a modulação da extensão do risco avaliável não é efectuada pelo Conselho da Qualidade Ambiental – tal seria um atropelo inaceitável do princípio da separação de poderes. O grau de risco que inibe uma decisão autorizativa positiva é aferível caso a caso, *Act a Act*. O Conselho limita-se a uniformizar o método de avaliação de riscos em abstracto, cabendo às agências adaptá-lo aos domínios em que intervêm, em concreto⁴¹¹. A antecipação de riscos é uma técnica; a identificação de riscos inaceitáveis e fixação da extensão da competência administrativa para a sua gestão deve ser uma decisão política.

O “pior cenário” – concretização da lógica de precaução no seu sentido essencial – é actualmente uma excepção que, não obstante, encontra concretizações, não só operativas como legislativas. No segundo caso, integram-se leis como o *United States Endangered Species Act*, o *Federal Water Pollution Control Act*, ou o *Delaney Amendment to the Food Drug and Cosmetic Act*, todos exemplos de promoção de um nível de prevenção agravado, baseado na interpretação de dados científicos “erring in the side of caution”. Nenhum destes diplomas, certamente por força dos interesses protegidos (ambiente e saúde humana) consagra qualquer limite de racionalidade económica, o que constitui um *absolutismo* criticado por alguma doutrina, que entende não se dever hipervalorizar os valores ambientais e sanitários⁴¹².

No plano operacional, o recurso ao *worst case scenario* tende a verificar-se em casos de máxima incerteza e normalmente ligados à protecção da saúde pública, nomeadamente no âmbito da luta contra o cancro⁴¹³. É que, apesar da severidade normalmente apontada a esta perspectiva, a Administração é especialmente sensível ao receio da população e promove ao mais alto nível a prevenção de danos catastróficos⁴¹⁴.

⁴⁰⁸ Cfr. D. SHELTON, *Certitude et incertitude scientifiques*, in *RJE* 1998 - n° especial, pp. 39 segs, 45.

⁴⁰⁹ D. SHELTON, *The impact...*, *cit.*, p. 222.

⁴¹⁰ J. TICKNER e C. RAFFENSPERGER, *The american view...*, *cit.*, p. 198 (estes Autores aventam a hipótese de este “hard look” do *judicial review* se dever, pelo menos nos casos que chegam ao *Supreme Court*, à ideologia política dos juízes nomeados pelas Administrações republicanas).

⁴¹¹ D. BODANSKY, *The precautionary...*, *cit.*, p. 213.

⁴¹² K. VON MOLTKE, *The relationship...*, *cit.*, p. 107; D. BODANSKY, *The precautionary...*, *cit.*, pp. 218, 219; F. CROSS, *Paradoxical perils of the precautionary principle*, in *WLLR*, 1996, pp. 851 segs, 857 segs.

⁴¹³ Uma hipótese de escola que permite avaliar a complexidade da tarefa de gestão do risco resume-se à seguinte pergunta: o que é mais seguro: um pesticida que causa comprovadamente 10 cancros por ano ou um pesticida que tem 5% de probabilidade de causar mais de 100 cancros por ano e uma probabilidade de 95% de não causar nenhum? A segunda hipótese é mais segura, porque em circunstâncias normais – e com 5% de hipóteses – causa metade do número de cancros que a primeira. Mas, em casos de catástrofe, a primeira é preferível.

⁴¹⁴ J. APPLGATE, *A beginning and not an end in itself: the role of risk assessment in environmental decision-making*, in *UCLR*, 1995, pp. 1643 segs, 1659.

É, justamente, na área da saúde, que a administração mais tem lançado mão do *risk-assesment*. VON MOLTKE explica que o procedimento pode, idealmente, dividir-se em cinco fases, as três primeiras centradas na avaliação do risco, e as restantes incidentes sobre a sua gestão (*risk-management*)⁴¹⁵:

1. Identificação do risco;
2. Caracterização do risco;
3. Identificação e comparação de alternativas;
4. Escolha da estratégia de gestão do risco;
5. Monitorização dos efeitos da decisão.

A doutrina americana realça a diferença entre esta lógica, de antecipação de riscos, e o princípio da precaução: a primeira aceita a existência de riscos e a necessidade da sua minimização, na medida do possível, mas não pretende — como a primeira — erradicá-los ou paralisar a decisão no caso da sua identificação. No âmbito da gestão do risco, a precaução, na sua versão pura, não é operacional, porquanto torna inviável a decisão em quadros de incerteza⁴¹⁶; na sua versão moderada, “é indistinta da análise custo-benefício com vista à minimização do risco”⁴¹⁷. Acresce que a “forte preferência cultural norte-americana pela objectividade dos factos” não facilita a adopção de um princípio com premissas tão vagas⁴¹⁸.

Com efeito, observa SHELTON, a avaliação de riscos caracteriza os potenciais efeitos adversos de certas actividades ou produtos baseando-se nos resultados da investigação científica e na extrapolação dos efeitos daqueles relativamente a universos populacionais diferenciados. Já a gestão do risco utiliza estas informações para seleccionar a política apropriada e as respostas reguladoras mais adequadas, em desejável articulação com os interessados e com a máxima transparência⁴¹⁹, tecendo inevitavelmente juízos de valor quanto à aceitabilidade do risco e quanto à racionalidade das soluções adoptadas⁴²⁰. Tal introdução de valorações sociais e económicas no procedimento de gestão do risco — através da já aludida análise custo-benefício, explícita ou implicitamente imposta⁴²¹, e objecto de censura por parte de alguma

⁴¹⁵ K. VON MOLTKE, *The relationship...*, *cit.*, p. 100. Mais desenvolvidamente, D. HORNSTEIN, *Reclaiming environmental law...*, *cit.*, pp. 570 segs. Especificamente no âmbito da avaliação do risco de contracção de cancro, v. S. BREYER, *Breaking the vicious...*, *cit.*, pp. 9 segs.

⁴¹⁶ K. VON MOLTKE, *The relationship...*, *cit.*, p. 101; D. SHELTON, *The impact...*, *cit.*, p. 212.

⁴¹⁷ R. POSNER, *Catastrophe:...*, *cit.*, p. 140.

⁴¹⁸ J. TICKNER e C. RAFFENSPERGER, *The american view...*, *cit.*, p. 208.

⁴¹⁹ Cfr. J. APPLGATE, *A beginning...*, *cit.*, pp. 1652 segs; J. TICKNER e C. RAFFENSPERGER, *The american view...*, *cit.*, pp. 193 e 206, 207.

⁴²⁰ D. SHELTON, *The impact...*, *cit.*, p. 212; J. APPLGATE, *A beginning...*, *cit.*, p. 1653.

⁴²¹ Cfr. B. SILVERGLADE, *Judicial control...*, *cit.*, pp. 390 segs; E. REHBINDER, *Das Vorsorgeprinzip...*, *cit.*, p. 27.

doutrina⁴²² — é por alguns autores entrevista também na fase de identificação dos riscos, na medida em que à própria qualificação de um risco como risco subjazem opções políticas⁴²³.

Outras concretizações da lógica da antecipação de riscos no ordenamento norte-americano são: a inversão do ónus da prova a cargo do potencial poluidor⁴²⁴; a fixação, pelas agências, de níveis de referência de emissões poluentes; e a exigência de utilização das melhores tecnologias disponíveis no sentido da minimização dos efeitos ambientalmente adversos. Nenhuma delas — ou o uso que delas se tem feito — é isenta de críticas por parte da doutrina.

Quanto à primeira, aponta-se o facto de a tendência do legislador ir no sentido da sua consagração relativamente à introdução de substâncias novas, não a fazendo incidir sobre as antigas, nomeadamente no âmbito de procedimentos de renovação de autorizações ou mesmo de revisão dos seus pressupostos⁴²⁵. Em segundo lugar, a regulamentação de *standards* de qualidade do ar, da água, da toxicidade de certos produtos, da competência das autoridades administrativas, faz-se com longos atrasos (sendo mesmo por vezes esquecida)⁴²⁶ e não é totalmente alheia às pressões dos lóbis empresariais⁴²⁷. Por fim, em terceiro lugar, no que toca à adopção das melhores técnicas disponíveis, para além da comprovação da dificuldade da sua implementação, em razão da constante evolução a que estão sujeitas, condena-se a desigualdade que preside à sua imposição, a desconsideração de circunstâncias geográficas (v.g., no caso do efeito cumulativo dos agentes poluentes), e a sua ineficiência económica⁴²⁸.

⁴²² Num artigo dedicado à análise custo-benefício, W. RODGERS conclui que, sendo embora uma técnica de utilização simples e aparentemente objectiva, a *cost-benefit analysis*, porque essencialmente quantitativa, é extremamente redutora: “Arguably, it is simple because it considers only one dimension of human and social values, ignoring critical moral and aesthetic concerns. Its dedication to hard numbers and the objective measurement of values leads to a reliance on «willingness-to-pay» and market prices that bias the analysis against the poor and against future generations” — **Benefits, costs and risks: oversight of health and environmental decisionmaking**, in *HELR*, 1980, pp. 191 segs, 193 a 196. Leia-se também a longa apreciação crítica ao alegado utilitarismo da *comparative risk analysis* feita por D. HORNSTEIN, **Reclaiming environmental law...**, *cit.*, pp. 584 segs (que se centra particularmente no facto de uma análise do risco ambiental socialmente correcta dever assentar na comparação de “expected losses, not expected utilities” — p. 592).

⁴²³ Z. PLATER *et alii*, **Environmental law...**, *cit.*, p. 140; J. TICKNER e C. RAFFENSPERGER, **The american view...**, *cit.*, pp. 199, 200.

⁴²⁴ Note-se que a inversão do ónus da prova é uma especialidade relativamente à previsão da lei do procedimento administrativo, devendo ser imposta expressamente — W. RODGERS, **Benefits, costs and risks:...**, *cit.*, p. 219.

⁴²⁵ Cfr. D. BODANSKY, **The precautionary...**, *cit.*, p. 212.

⁴²⁶ Assim se compreende a afirmação de E. REHBINDER (**Das Vorsorgeprinzip...**, *cit.*, p. 26), no sentido de que o *Vorsorgeprinzip*, à excepção dos casos em que a substância da vinculação resulta directamente das palavras do legislador, tem o seu relevo jurídico dependente da vontade das autoridades administrativas.

⁴²⁷ J. TICKNER e C. RAFFENSPERGER, **The american view...**, *cit.*, p. 188.

⁴²⁸ Cfr. D. BODANSKY, **The precautionary...**, *cit.*, p. 222.

3.2.3.4. Portugal

Portugal começou por acolher, formal e expressamente, o princípio da precaução no artigo 9º/1 do RLA, diploma que procede à transposição da directiva do Conselho 96/61/CE, de 24 de Setembro, sobre prevenção e controlo integrado da poluição, e na sequência da alusão constante do artigo 33º/1 da LBA⁴²⁹. O legislador não avançou, contudo, qualquer definição do conteúdo do princípio nesse diploma. Com efeito, do teor do artigo 9º/1 retira-se uma injunção no sentido da ponderação de custos quanto à imposição da adopção das melhores técnicas disponíveis, mas nada (mais) se adianta quanto ao sentido da precaução:

“Na determinação das melhores técnicas disponíveis devem ser tomados em consideração os critérios constantes do anexo IV ao presente diploma, do qual faz parte integrante, tendo em conta os custos e benefícios que podem resultar de uma acção e os princípios da precaução e da prevenção”.

Da análise do RLA consegue-se, no entanto, depreender um conjunto de deveres impostos, quer aos agentes que pretendam desenvolver uma qualquer actividade sujeita a licenciamento, quer às entidades públicas responsáveis pela emissão da licença ambiental, os quais assentam numa lógica de prevenção alargada⁴³⁰. De prevenção, aliás, falam, quer a Constituição [artigo 66º/2/a)], quer a LBA [artigo 3º/a), 1ª parte]. Ambas mereceram já revisões das suas versões iniciais, e nem por isso a precaução se tornou mais presente.

O princípio representa, já o vimos, uma das linhas de força da política ambiental comunitária, que o esgrime frente a uma opinião pública ávida de segurança, nos planos sanitário, ambiental e mesmo de segurança física. Não surpreende, por isso, que a segunda tentativa de introdução do princípio no ordenamento nacional surja mais uma vez na sequência da transposição de uma directiva comunitária, concretamente a directiva 2000/60/CE, do Parlamento e do Conselho, de 23 de Outubro, e desta feita com maior precisão. Falamos da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro (Lei da Água), cujo alínea e) do artigo 3º/1, adita ao conjunto de princípios de Direito do Ambiente contemplados no artigo 3º da LBA o “princípio da precaução, nos termos do qual as medidas destinadas a evitar o impacte negativo de uma acção sobre o ambiente devem ser adoptadas, mesmo na ausência de uma relação causa-efeito entre eles”.

⁴²⁹ Uma mais remota alusão à precaução – quase distraída, dir-se-ia – consta do artigo 10º/3 do DL 52/85, de 1 de Março, onde se previa, no âmbito dos objectivos do diploma (gestão dos recursos vivos na Zona Económica Exclusiva), que “A fixação de máximos de captura (...) pode, a título de precaução, ser estabelecida mesmo quando os dados sejam considerados insuficientes ou de diminuta confiança” – cfr. L. MOREIRA DA SILVA, *A segunda revisão da Convenção de Montego Bay ou o fim do Mare Liberum*, in *RJ*, nº 24, 2001, pp. 53 segs, 63, nota 59.

Esta referência não teve quaisquer consequências no plano da legislação ambiental portuguesa, nomeadamente ao nível da Lei de Bases do Ambiente, que viria a ser aprovada dois anos mais tarde.

⁴³⁰ Desenvolvemos esta afirmação no nosso *Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o “princípio da precaução”*, in *RJUA*, nºs 15/16, 2001, pp. 9 segs, 28 segs (também publicado nos *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 141 segs).

Dir-se-ia que, perante esta tomada de posição, inquestionável se torna a vigência do princípio no ordenamento português. Quer-nos parecer, no entanto, que a “definição” que resulta da citada alínea mais não fez que *alargar* uma das premissas de aplicação do princípio da prevenção (que lhe sucede na alínea seguinte), ou seja, estabelecendo que uma medida preventiva deve ser tomada, quer o efeito negativo para o ambiente se revele como claramente comprovado, quer esteja envolto numa dose de incerteza científica. A regra de actuação (prevenir) resulta da alínea f), limitando-se a alínea e) a autorizar a “antecipação” dos efeitos negativos “por forma a eliminar as próprias causas de alteração do ambiente ou reduzir os seus impactes quando tal não seja possível”.

De resto, todo o diploma se encontra fortemente conformado pela ideia de equilíbrio entre a melhor protecção possível do bem ambiental “água”, os meios disponíveis para assegurar essa protecção e os valores que a uma protecção óptima se podem opor. Vejam-se, a título de exemplo, os seguintes dispositivos da Lei 58/2005: a alínea c) do n.º 3 do artigo 44.º (sobre alterações de conteúdo de autorizações motivadas pelo chamado “estado de emergência ambiental”, as quais devem respeitar o princípio da proporcionalidade); o artigo 51.º, *maxime* o n.º 5 (que prevê derrogações fundadas aos objectivos de protecção da qualidade da água quando a ponderação de interesses relevantes assim o demandar e desde que “sejam tomadas todas as medidas exequíveis para mitigar o impacte negativo sobre o estado da massa de água”) e com o limite extremo resultante do artigo 52.º/d) – uma espécie de proibição do retrocesso ecológico; o artigo 57.º, donde se extraem os deveres genéricos de protecção da qualidade da água a que estão adstritos todos os que aproveitem o recurso natural água, em especial todos os que operem instalações susceptíveis de causar poluição hídrica; enfim, o critério de preferência (no âmbito da utilização do domínio público hídrico) do “uso que assegure a utilização economicamente mais equilibrada, racional e sustentável, sem prejuízo da protecção dos recursos hídricos” – artigo 64.º/1.

Há quem defenda, não obstante, a vigência do princípio da precaução no ordenamento jurídico português, recorrendo a uma leitura integrada da legislação ambiental. GOUVEIA MARTINS, escrevendo antes da entrada em vigor da Lei 58/2005, intenta este percurso⁴³¹. Por um lado, e na perspectiva constitucional, a Autora defende a inclusão da lógica da precaução no espírito do texto constitucional – mais concretamente como desenvolvimento da prevenção. “Não se pode olvidar – escreve GOUVEIA MARTINS – noutra perspectiva, que se a alínea a) do n.º 2 do artigo 66.º da CRP numa primeira leitura parece restringir a acção preventiva e de controlo às causas poluentes e aos seus efeitos (princípio da prevenção), nada impede que, de harmonia com o princípio interpretativo de que o intérprete, salvo fundamento material bastante, não deve distinguir onde o legislador não distingue, a referência à prevenção seja interpretada como postulando a prevenção e controlo de efeitos conhecidos como efeitos potenciais”⁴³².

Por outro lado, e no plano da lei ordinária, a Autora citada entrevê concretizações da precaução, quer na LBA, quer em leis consagradas a sectores ambientais especiais. Na LBA, o expoente máximo da precaução seria o artigo 27.º/h), que estabelece a regra do licenciamento prévio de todas as actividades potencial e gravemente

⁴³¹ A. GOUVEIA MARTINS, *O princípio da precaução no Direito do Ambiente*, Lisboa, 2002, pp. 74 segs.

⁴³² A. GOUVEIA MARTINS, *O princípio...*, *cit.*, p. 77.

lesivas do ambiente: “Ainda que não sejam certos os efeitos de uma determinada actividade, desconhecendo-se se produz ou não danos ambientais, basta que exista um risco da sua ocorrência (actividade potencialmente poluidora) para que se sujeite o seu desenvolvimento à obtenção de uma licença”⁴³³. Em vários diplomas que analisa, a precaução esporeia por detrás de normas que estabelecem a precarização de licenças concedidas a actividades perigosas, bem como as suas revisibilidade periódica e monitorização; a inversão do ónus da prova a cargo do agente poluidor; a exigência de utilização, por parte dos operadores, das melhores tecnologias disponíveis no sentido da minimização das emissões poluentes⁴³⁴.

A Autora não ignora, contudo, a estreita proximidade entre prevenção e precaução, chegando mesmo a admitir que a segunda estaria contida na primeira, pois “de acordo com uma interpretação actualista e vivificante da noção de prevenção consagrada na LBA, se deve entender que quando a lei exige a consideração de forma antecipativa das actuações com efeitos a prazo e susceptíveis de alterarem a qualidade do ambiente, reduzindo ou eliminando as suas causas, está a remeter para uma ideia ampla de prevenção que compreende e integra as preocupações e objectivos do princípio da precaução”⁴³⁵. Todavia, frisa, “faz todo o sentido distinguir os dois princípios e não assimilar a precaução a uma mera dimensão do princípio da prevenção”⁴³⁶.

Também COLAÇO ANTUNES entende ter o princípio da precaução uma substancialidade própria, embora fluida. “A importância do princípio da precaução, enquanto medida cautelar, assenta precisamente na ideia de prevenção de riscos ambientais especialmente graves para o ambiente, constituindo desta forma a concreção mais exigente do princípio prudencial na complexa relação que envolve o direito e a ciência, contribuindo, deste modo, para um enriquecimento da própria ideia de prevenção”⁴³⁷. O Autor não indica qual a sede legal do princípio no ordenamento português, mas aponta diversas concretizações legais da noção de precaução e propõe um aproveitamento maximizado das potencialidades desta pela jurisprudência, sobretudo administrativa, “no sentido de verificar da exigibilidade, eficiência e proporcionalidade das medidas empreendidas pela Administração para prevenir efeitos ambientais especialmente danosos”⁴³⁸.

Descrente da existência da precaução como princípio autónomo mostra-se PEREIRA DA SILVA⁴³⁹. O Autor não vê razão, desde logo linguística, para destacar precaução de prevenção; antes pelo contrário, a “identidade vocabular” é evidente. Em segundo lugar, a invenção de um novo princípio deveria fazer-se em nome de um campo de incidência específico, bem definido; ora, a precaução, por toda a vaguidade que a caracteriza, não consegue descolar da prevenção, esta última perfeitamente enraizada no ordenamento jurídico, e com especial relevância no domínio do ambiente, dada a especial fragilidade dos bens e a tendencial irreversibilidade de

⁴³³ A. GOUVEIA MARTINS, *O princípio...*, *cit.*, p. 82.

⁴³⁴ A. GOUVEIA MARTINS, *O princípio...*, *cit.*, pp. 86 segs.

⁴³⁵ A. GOUVEIA MARTINS, *O princípio...*, *cit.*, pp. 85, 86.

⁴³⁶ A. GOUVEIA MARTINS, *O princípio...*, *cit.*, p. 86.

⁴³⁷ L. F. COLAÇO ANTUNES, *Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração*, Coimbra, 1999, p. 102.

⁴³⁸ L. F. COLAÇO ANTUNES, *Para um Direito Administrativo...*, *cit.*, p. 113.

⁴³⁹ V. PEREIRA DA SILVA, *Como a Constituição é verde*, Lisboa, 2001, pp. 18 segs.

algumas agressões de que são alvo. Em terceiro lugar, o pressuposto da precaução é minado pela dificuldade de dissociação, em sociedades fortemente industrializadas como as de hoje, entre perigos e riscos — sendo que praticamente todos têm uma origem humana, mais ou menos remota —, para efeitos de delimitação do âmbito objectivo de aplicação da precaução. Em quarto lugar, a lógica tendenciosa da precaução falha em razão da idêntica necessidade de ponderação de interesses, actuais e futuros, quer no domínio das decisões “meramente” preventivas, quer no domínio das decisões “aleadamente” precaucionistas.

O argumento que mais nos impressiona é o do “absolutismo” ou radicalidade do princípio da precaução, que se traduz na pretensa regra *in dubio pro ambiente*. Para PEREIRA DA SILVA, “das duas uma, ou se trata apenas de um princípio de consideração da dimensão ambiental dos fenómenos e, nesse caso, não só é plenamente justificado como não se vê porque não há-de integrar o conteúdo da prevenção; ou é uma verdadeira presunção, que obriga quem pretende iniciar uma qualquer actividade a fazer prova de que não existe qualquer perigo de lesão ambiental e, então, atribuir dimensão jurídica a tal princípio representaria uma carga excessiva, inibidora de qualquer nova realidade, seja em que domínio for, uma vez que o «risco zero», em matéria ambiental, não existe”⁴⁴⁰.

Em nossa opinião, e como temos vindo a afirmar de há alguns anos a esta parte, a precaução é uma ideia irrealista e perigosa, e não incorpora, nem no ordenamento internacional, nem no ordenamento comunitário, nem, finalmente, no ordenamento português, qualquer princípio⁴⁴¹. Irrealista, pois o risco-zero que preconiza não é, nem praticável, nem desejável. Perigosa, porque pressupõe uma extensão *ad infinitum* da competência de decisão em quadros de incerteza que privilegia desrazoavelmente a segurança em detrimento da liberdade — quando a incorporação da incerteza no procedimento decisório só pode encontrar cobertura: - *jurídica*, a partir de uma expressão normativa, ainda que implícita; e - *prática*, assente numa verificação, ainda que mínima, de um determinado factor de risco. Despida de conteúdo, enfim, na medida em que as alternâncias que sofre a sua formulação, nos múltiplos instrumentos que a referem, não permite identificar com clareza um substracto normativo autónomo da noção genérica, embora alargada, de prevenção.

Passemos a testar estas afirmações à luz dos parâmetros constitucionais.

4. O sentido da precaução no quadro do Estado de Direito democrático

A multiplicação das fontes de risco e a sua disseminação por domínios cuja protecção incumbe às autoridades públicas coloca um conjunto de problemas que importa equacionar, aqui numa perspectiva que entrecruza a necessidade de prevenir o risco enquanto missão de interesse público com o imperativo de salvaguardar a liberdade individual.

Desde logo, a prevenção do risco numa *sociedade multirisco* tem que ser assu-

⁴⁴⁰ V. PEREIRA DA SILVA, *Como a Constituição...*, *cit.*, p. 19.

⁴⁴¹ C. AMADO GOMES, *A prevenção à prova no Direito do Ambiente*, Coimbra, 2000, pp. 44 segs; *idem*, *Dar o duvidoso...*, *cit.*, *passim*; *idem*, *A protecção internacional...*, *cit.* pp. 711 segs.

mida como uma tarefa política – essa é uma das afirmações recorrentes na doutrina mais crítica do princípio da precaução. Definir o risco insuportável, em termos totais ou parciais, equivale a eliminar espaços de liberdade e a impôr deveres mais ou menos intensos, quer ao cidadão comum, quer ao operador económico ou científico. Num Estado de Direito democrático, tais opções, fundamentais para a vida da comunidade, deverão ser tomadas pelos representantes eleitos pelo povo, e de preferência precedidas de debate público, tão mais abrangente quanto a relevância da decisão sobre o risco em concreto se desenhar relativamente ao *modus vivendi* dos cidadãos.

Na sociedade industrial e tecnológica em que vivemos, a erradicação do risco é uma tarefa quixotesca – em termos potenciais, praticamente toda a actividade humana envolve risco⁴⁴². E tal como a célebre investida do *Cavaleiro da Triste Figura* contra os moinhos de vento se revela vã, ela é também perigosamente auto-destrutiva. Porque o risco é sinónimo de desconhecido mas também de liberdade: de investigação, de iniciativa económica, de qualidade de consumo, de circulação... Ora, num Estado que se caracteriza pela tentativa de optimização de interesses, individuais e colectivos, no sentido da realização o mais plena possível dos seus cidadãos no quadro do projecto comum que se propõem⁴⁴³, a ponderação deve ser equilibrada, objectivo que a precaução não cumpre.

O princípio da precaução é por alguns erigido em mito legitimante de uma acção pública univocamente orientada para a preservação da segurança, com sacrifício inquestionado da liberdade⁴⁴⁴. Se é verdade que o Estado, que tem a seu cargo a segurança dos cidadãos, deve pugnar para que esta não seja arbitrariamente posta em causa, não é menos certo que o aniquilamento da liberdade no âmbito de uma qualquer cruzada securitária redundaria tendencialmente numa ofensa ainda mais grave à esfera pessoal. Não queremos com isto dizer que não seja admissível sacrificar *pontualmente* a liberdade à segurança e vice-versa; pretendemos, sim, afirmar que tais operações importam em balanceamentos específicos, a realizar pelos órgãos constitucionalmente competentes e sob a forma que a Constituição determina.

Tais ponderações não relevam só de uma perspectiva estritamente individual; antes devem também ser enfocadas à luz de um imperativo de protecção que revista, no quadro do Estado Social – cujos recursos são finitos, dependendo a sua afectação do estabelecimento de prioridades – parâmetros de razoabilidade. Colocar a tónica na segurança importa em mais custos (de acção e de inacção) do que o investimento na liberdade. Daí que ao Estado não possa, realisticamente, ser exigida uma actuação, através dos órgãos de qualquer das suas funções, univocamente pautada pela defesa do valor segurança, sob pena de comprometer a sua capacidade de resposta equilibrada na promoção de outros valores constitucionalmente protegidos.

Recorrendo a um paralelo traçado por REIS NOVAIS, a propósito dos limites da intervenção restritiva no âmbito dos direitos fundamentais, pode afirmar-se que “uma protecção irrestrita dos cidadãos contra quaisquer actos que de alguma forma, por mais indirecta ou remota que fosse, afectassem os seus direitos fundamentais, pode-

⁴⁴² W. GULLETT, *Environmental protection...*, *cit.*, p. 60.

⁴⁴³ Cfr. J. REIS NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, 1987, pp. 224 segs.

⁴⁴⁴ D. DEHARBE, *Le pladoyer*, *cit.*, p. 833.

ria reverter em prejuízo da própria liberdade, já que acabaria por inibir o Estado na criação e disponibilização das condições ambientais de um exercício otimizado dos direitos fundamentais por parte de todos. (...) Há inevitavelmente que aceitar, nas condições complexas das nossas sociedades, uma certa repartição social de riscos no exercício dos direitos fundamentais entre o Estado e os seus titulares que se deverá reflectir, também, numa redução das expectativas mais ambiciosas relativamente aos meios de reacção colocados à disposição dos particulares”⁴⁴⁵.

Por outras palavras, por um lado, a precaução não pode ser entendida como uma noção directamente aplicável, porque qualquer restrição da liberdade tem que encontrar assento na lei. Por outro lado, a antecipação de riscos deve equacionar o mais equilibradamente possível a incerteza que envolve os pressupostos de facto da decisão e os valores a salvaguardar, no sentido de, com o auxílio da técnica, encontrar as medidas mais adequadas e menos lesivas dos interesses em presença.

Em suma, a precaução, entendida na sua acepção radical, revela-se tão equívoca e perigosa que deve ser reduzida à sua expressão operativa, de prevenção alargada a riscos e internamente limitada pelos parâmetros de proporcionalidade — aliás, este é o seu significado no modelo alemão, de onde é oriunda. Em jeito de síntese dos problemas que foram sendo identificados até aqui, no plano internacional e interno — e ainda que arriscando alguma circularidade —, é nossa intenção agora, de forma sistemática e com a Constituição por pano de fundo, apontar os riscos da precaução e esclarecer os imperativos da prevenção.

4.1. Os riscos da precaução

Passemos então a sumariar os riscos que rodeiam a noção de precaução, na sua fórmula inicial — e que é, ao cabo e ao resto, a única que se distingue claramente do princípio da prevenção: em caso de dúvida sobre a lesividade dos efeitos de uma determinada acção ou omissão para o ambiente, a incerteza deve jogar a favor deste último, sendo legítimas todas as medidas necessárias para salvaguardar a integridade dos bens ambientais de danos significativos.

4.1.1. O risco do risco-zero

A precaução, sendo uma reacção à insegurança causada pela *efervescência* do risco na sociedade tecnológica, pretende “salvar o mundo” de tal ameaça⁴⁴⁶. Porém, essa é uma atitude que, não só se revela impossível do ponto de vista estritamente científico, como denuncia uma obsessão securitária que a condena, no quadro do Estado de Direito⁴⁴⁷. Por um lado, há muito que a ciência admitiu os seus limites, reconhecendo ser hoje um processo de construção de explicações racionais para os fenómenos, sempre incompletas, sempre revisíveis. Por outro lado, constituindo

⁴⁴⁵ J. REIS NOVAIS, *As restrições...*, *cit.*, p. 214.

⁴⁴⁶ D. VANDERZWAAG, *The precautionary principle...*, *cit.*, p. 374.

⁴⁴⁷ Cfr. D. TRUCHET, *Douze remarques rapides sur le principe de précaution*, in *JCP*, nº 12, 2002, pp. 533 segs, 533.

a liberdade condição *sine qua non* para a realização da personalidade de cada ser humano, pessoal e profissionalmente, aniquilá-la ou restringi-la desproporcionada e infundadamente é dar um passo no sentido da negação do Estado de direitos fundamentais enquanto estrutura de emancipação psíquica do indivíduo com vista à sua realização plena⁴⁴⁸.

“Não é bem a vida que faz falta – só aquilo que a faz viver”, escreveu (*Para sempre*) Vergílio Ferreira (e perdoe-se-nos a tentação literária). A nossa resistência relativamente à precaução resulta, em primeira linha, de uma postura vivencial. Não há vida sem risco, porque não há vida (no sentido psíquico e não meramente fisiológico) sem liberdade. O respeito pela dignidade da pessoa humana, valor máximo em que se funda a nossa ordem constitucional (artigo 1º da CRP), tem dois pressupostos: um, formal, é a existência física da pessoa, a garantia da sua inviolabilidade, a preservação de ataques à sua integridade física e, em última análise, à sua vida (artigos 24º, 25º); outro, material, é a liberdade, a capacidade de dar corpo às aspirações da alma, a expressão do espírito, a manifestação do que é único em cada pessoa (artigo 26º/1 da CRP).

A aliança destas duas dimensões torna-se bem clara na norma constitucional que garante o direito de todos “à liberdade e à segurança” (artigo 27º/1 da CRP). “Esta formulação evidencia um compromisso jurídico e político que resulta, por um lado, da dificuldade de enunciar um conceito abstraindo do outro e, por outro lado, de estrategicamente ser delicada uma sugestão de hierarquia entre os dois valores”⁴⁴⁹. Ponto é que haja espaço para esse “compromisso”. Ora, suprimir sistematicamente toda e qualquer possibilidade de risco é uma atitude que privilegia a segurança de forma desproporcionada em detrimento da liberdade, amputando a dignidade humana da sua vertente mais nobre.

A Constituição portuguesa, na enunciação dos direitos insusceptíveis de suspensão em estado de sítio ou de emergência (artigo 19º/6), coloca em pé de igualdade liberdade psíquica e segurança, ao abarcar sob sua especial protecção, quer os direitos à vida e integridade pessoal (que abrange, quer a integridade física, quer a moral), quer o direito à liberdade de consciência. Do ponto de vista prático, contudo, há que reconhecer que o direito à vida se esvazia se não for propiciado à pessoa um espaço – ainda que simplesmente mental – de aspiração à liberdade e à concretização da criatividade que a inteligência proporciona⁴⁵⁰. A supressão inadmissível de um direito geral de liberdade (que a negação total do risco implicaria), atinge o direito à integridade moral na sua vertente de direito de liberdade de assunção e expressão da personalidade em termos vedados pela proibição de afectação do núcleo essencial dos direitos fundamentais (assente no nº 3 do artigo 18º da CRP). Ou, por outra

⁴⁴⁸ Como sublinha R. POSNER, “the set of rights that we call «civil liberties» is then the point of balance between security and liberty, *with neither entitled to priority*. When the threat to security increases, the protection of civil liberties may properly be reduced *if that is the most effective way of meeting the threat*” – *Catastrophe:..., cit.*, p. 228 (itálicos nossos).

⁴⁴⁹ J. N. CUNHA RODRIGUES, *Liberdade e segurança*, in *RPCC*, 1994/4, pp. 299 segs, 308.

⁴⁵⁰ Em sentido idêntico, apelando à vertente positiva do “direito à segurança”, J. N. CUNHA RODRIGUES, *Liberdade...*, *cit.*, p. 310, que não se limita “a aspectos de defesa da tranquilidade física nem à garantia de uma ordem pública que liberte os cidadãos dos seus medos e angústias mas acentua o carácter positivo da protecção através da criação de estímulos ao desenvolvimento da personalidade moral e da criatividade intelectual, artística e científica”.

via, o imperativo de preservação da autonomia individual, enquanto expressão mais pura do princípio da dignidade da pessoa humana, não contemporiza com tentativas encapotadas de submissão indiscriminada da liberdade à segurança.

A precaução afigura-se, assim, como uma noção perversa, potencialmente atentatória, quer da liberdade individual, quer da paz jurídica essencial à convivência no seio de uma comunidade democrática. Isto porque, apelando à corda sensível do público e alimentada pela imprensa, sempre em busca de notícias sensacionalistas — o risco “vende” bem —, a ideia subjacente à fórmula embrionária da precaução seduz a opinião pública enquanto a sequestra na armadilha da segurança.

Não pode esquecer-se, aliás, que a difusão da informação é um poderoso motor da psicose do risco. “A cada vez mais eficaz democratização da informação tecnocientífica — escreve SOUSA MENDES — favorece a desocultação de todo o tipo de riscos às franjas mais atentas da massa e também faz, por conseguinte, crescer os temores colectivos à proporção directa dos ganhos de consciência. A esta luz, os novos medos colectivos aparecem como um *produto cultural* da divulgação da informação tecnocientífica. Mas são um produto parcialmente *adulterado*, uma vez que nem sempre são reveladores de uma verdadeira consciência crítica relativamente aos principais problemas civilizacionais”⁴⁵¹.

A precaução, empolando a insegurança aliada à incerteza sobre os efeitos da introdução de novas técnicas, acaba por *branquear* a evidência de que a técnica é (também) geradora de mais segurança⁴⁵². A manipulação dos impactos psicológicos do risco é um factor especialmente perigoso, mesmo em Estado de Direito (nunca é demais recordar os contextos que propiciaram a emergência dos regimes nazi e fascista). E de restrição em restrição, a teia vai-se apertando e rapidamente uma política precaucionista se transforma no veículo perfeito para a instauração de uma ditadura.

4.1.2. O risco da ausência de ponderação de interesses

Na sequência das considerações que expendemos a propósito da rejeição da perspectiva do risco-zero como norte de qualquer política pública, em nome do princípio da liberdade que insufla de sentido o princípio da dignidade da pessoa humana, não poderíamos deixar de as reforçar com a alusão à necessidade de ponderação de interesses que qualquer operação de restrição da liberdade impõe. Por outras palavras, o risco-zero é um objectivo que, em abstracto, se opõe ao princípio da liberdade e, em concreto, deve ser avaliado à luz do enquadramento fáctico dos interesses em jogo.

O absolutismo por muitos apontado ao princípio da precaução choca frontalmente com esta necessidade de ponderação concreta do sacrifício de um valor em nome da salvaguarda de outro. O artigo 18º/2 da CRP estabelece o imperativo de sopesar os interesses em presença quando obriga à avaliação integrada, no quadro do sistema constitucional de liberdades, de uma restrição de um direito, seja pela

⁴⁵¹ P. SOUSA MENDES, *Vale a pena...*, cit., p. 56.

⁴⁵² Como sublinha P. SOUSA MENDES (*Vale a pena...*, cit., p. 57), a evolução técnica faz com a “a nossa sociedade [seja] cada vez menos uma sociedade de risco”.

amputação de uma parte do seu conteúdo, seja pela sua oneração com um conjunto de deveres. Ora, assim sendo, aceitar a adopção de uma perspectiva precaucionista, que na dúvida toma sempre – independentemente das circunstâncias concretas – o partido de certos valores em detrimento de outros, seria afrontar o imperativo de ponderação que dimana do artigo 18º/2 da CRP, com eco no artigo 266º/1 da Lei Fundamental, e que constitui um garante de razoabilidade das restrições impostas à liberdade dos indivíduos.

Acresce que, no que concerne ao ambiente, a Constituição é tudo menos “tendenciosa” na afirmação da sua prevalência. Conforme já tivemos ocasião de escrever noutro lugar⁴⁵³, se é correcta a leitura que vê no ambiente – nomeadamente nos bens ambientais naturais – um domínio que reveste especial fragilidade e importância vital para as populações, presentes e futuras, sendo por isso merecedor de uma especial protecção [cfr. os artigos 9º/e), 66º/2/a), c) d) e f), 81º/l) e m), 93º/1/d) da CRP], não é menos avisado notar que a transversalidade da política ambiental implica a interdependência com um conjunto muito vasto de matérias de interesse público [cfr. os artigos 9º/d), 66º/2/h), 86º/1, 90º, 93º/1/a), 100º, da CRP], além de direitos subjectivos (cfr. os artigos 42º, 58º, 61º, 62º, da CRP), os quais constituem objectivos igualmente legítimos e relevantes no contexto do programa de acção dos responsáveis políticos.

O absolutismo assacado à precaução, porque ignora a ponderação, pode paradoxalmente alcançar resultados diversos daqueles que preconiza⁴⁵⁴. É que, por um lado, impedir a verificação de certos novos riscos através do bloqueio às tecnologias mais recentes, pode implicar o surgimento ou agravamento de riscos derivados do uso de práticas antigas (v.g., substituição do carvão por petróleo). Invocar aqui o argumento da solidariedade intergeracional, valha ele o que valer, não colhe, na medida em que, na dúvida, pode estar a entrar-se o desenvolvimento de uma tecnologia susceptível de se revelar muito mais segura do ponto de vista da preservação ambiental ou da protecção da saúde no longo prazo, em troca da “segurança” dos riscos já conhecidos.

Por outro lado, tomar medidas para prevenir danos ambientais ou sanitários apesar da incerteza sobre a necessidade efectiva da sua adopção pode gerar riscos, idênticos ou até maiores, para outros bens (v.g., erradicação do DDT, que deixou milhares de pessoas vulneráveis à malária; proibição de captura de uma espécie em risco, que cria o risco de destruição de colheitas ou mesmo de ataques a seres humanos pelos animais). O que confirma a abordagem tendenciosa da precaução.

No domínio do ambiente, primeiro, e no da saúde pública, depois, o princípio da precaução estabelece *blindagens* a qualquer inovação tecnológica que se não demonstre inócua. Estes valores de interesse público, à partida circunscritos, têm uma tão ampla capacidade de irradiação para as mais variadas actividades humanas que a utilização da precaução se revela altamente constrangedora da liberdade de acção em geral. Se se concretizar o pensamento a partir do exemplo do desenvolvimento e utilização da técnica da manipulação genética de alimentos – que tange, quer a protecção do ambiente, quer da saúde pública –, depressa nos apercebemos

⁴⁵³ C. AMADO GOMES, *A prevenção à prova...*, cit., pp. 39 segs.

⁴⁵⁴ Atente-se nos muitos exemplos apresentados por F. CROSS, *Paradoxical perils...*, cit., *passim*, para caracterizar os paradoxos resultantes da aplicação do princípio da precaução.

das implicações que a sua regulação pode importar: para a liberdade de investigação científica, para a liberdade de iniciativa económica, para a liberdade de escolha do tipo de alimentos que se pretende consumir...

Dever-se-á desprezar esta descoberta *in limine*, só porque não oferece garantias de inocuidade absoluta? Ou admiti-la com cautela, avaliando os riscos e sujeitando-a a controlos periódicos, por recurso às melhores técnicas existentes no mercado? “A restrição da liberdade, nomeadamente de iniciativa económica, não pode justificar-se senão em nome da preservação de um interesse público claramente identificado, e na medida em que a liberdade não fique reduzida a zero”, adverte MATHIEU⁴⁵⁵. Suprimir liberdades num quadro de incerteza importa cuidados que a apressada lógica da precaução não contempla.

Naturalmente que, havendo sérios indícios de risco para determinados bens jurídicos que a Constituição protege, o Estado tem o dever de prevenir – ou impôr a adopção de medidas preventivas a terceiros – danos relativamente a esses bens (veja-se, entre tantos, o exemplo do dever de abstenção de queima a céu aberto de resíduos urbanos, industriais e hospitalares, através da proibição imposta pelo artigo 13º/1 do DL 78/2004, de 3 de Abril). Mesmo sem certezas, aferíveis a partir de dados científicos ou da experiência (por exemplo, de precedentes), o Estado tem o dever de prevenir na medida do possível e e em tão maior medida quanto maiores (em intensidade e/ou em extensão) forem os danos suspeitados. Em último caso, pode mesmo ser imposta uma proibição absoluta, se o risco de ocorrência for grande, ou se os efeitos forem de magnitude considerável e os danos eventuais se manifestarem irreversíveis ou de difícil reparação. A crítica ao absolutismo joga, por isso, nos dois sentidos. Tão negativo é o excesso de precaução como o défice.

No fundo, rejeitar a perspectiva da precaução é abrir espaço para a busca de alternativas, é conceber uma avaliação integrada dos valores em jogo em cada quadro de risco. O óptimo, já se sabe, é inimigo do bom: não podendo eliminar-se todo o risco, nem devendo dar-se sempre primazia aos valores ambientais sobre os restantes – como se houvesse uma presunção inilidível de risco superior nesta área –, a solução tem que passar pela ponderação o mais equilibrada possível dos factores em presença, no sentido da melhor composição dos interesses, públicos e privados.

Não se trata, enfim, de hipervalorizar a realidade ambiental ou sanitária em face de outros valores igualmente relevantes. A regra de decidir sempre e cegamente *in dubio pro ambiente*, perante riscos remotos ou absolutamente dúbios à luz dos dados científicos é uma atitude que coloca tendencialmente em causa o interesse colectivo e pode até ter consequências negativas para a sedimentação de uma consciência ambiental equilibrada⁴⁵⁶. O que está em causa, pelo contrário, é integrar a política de protecção do ambiente com outras políticas, é harmonizar, na medida do possível, a defesa dos valores ecológicos com o respeito por outros interesses, públicos e privados. Sem concepções apriorísticas, antes com a preocupação de balanceamento dos valores em jogo.

⁴⁵⁵ B. MATHIEU, *L’avenir du principe de précaution?*, in *JCP*, n° 45, 2001, pp. 2025 segs, 2025.

⁴⁵⁶ Cfr. o alerta de V. PEREIRA DA SILVA (*Como a Constituição...*, *cit.*, p. 20) contra os “desvios eco-fundamentalistas” normalmente associados à ideia de precaução.

4.1.3. O risco da aplicação automática

A questão da prevenção do risco, seja ela vista de uma perspectiva quantitativa ou qualitativamente diversa da defesa de perigos, sempre acarreta uma alteração na formulação das normas habilitativas das entidades administrativas. Mesmo para os que julgam ser o risco um fenómeno quantitativamente diverso do perigo, essa maior “quantidade de incerteza” que a Administração passa a ter a seu cargo não “cabe” na previsão competencial de combate a um perigo claro e reconhecível através das comuns regras de experiência. Há sempre que alargar a cobertura da norma para garantir, seja a observância do princípio da legalidade da acção administrativa (artigo 266º/2 da CRP), seja o respeito pelo princípio da reserva de lei [artigo 18º/2 e 165º/1/b) da CRP]⁴⁵⁷.

A evolução do conceito de reserva de lei, a que já fizemos referência *supra*⁴⁵⁸, leva a que nenhuma ingerência administrativa se deva processar sem contar com um apoio na letra da lei. A ultravalorização da segurança nos alvares do Estado de Direito, que levou à aceitação de uma implícita competência genérica de execução coerciva por parte das autoridades administrativas⁴⁵⁹, cedeu o passo à revalorização da liberdade no quadro do Estado Social. Por isso, admitir a aplicação directa do princípio da precaução, utilizando-o como fórmula habilitativa de conformação restritiva das situações jurídicas individuais em nome de valores colectivos incertamente ameaçados, equivale a regredir um século na caminhada do Direito Administrativo rumo à garantia da legalidade da actuação administrativa no respeito pelas posições jurídicas dos particulares.

Além de atentar contra os princípios da legalidade e da reserva de lei, esta posição conduz a uma situação que contunde com o princípio da separação de poderes (cfr. os artigos 2º e 111º/1 da CRP). Na verdade, aceitar a aplicação directa do princípio da precaução como base habilitante de competências administrativas, sem fixar o âmbito e os limites da ponderação – nomeadamente quanto à identificação dos riscos insuportáveis e da fixação dos parâmetros de indagação da sua verificação – significa remeter sistematicamente para o juiz essa avaliação. Facto que corresponde a investir o julgador numa tarefa de reconstrução da ponderação administrativa dos elementos que conduziram à concreta decisão *sub judice*, sem que tais parâmetros decisórios estejam sequer normativamente fixados⁴⁶⁰.

Não admira, assim, que os juízes se manifestem tão reticentes na aplicação directa do princípio da precaução – esta tendência resulta bem patente da análise comparada que empreendemos⁴⁶¹. “A tradução directa do princípio da precaução em obrigações definidas pelo juiz equivale a curto-circuitar o momento político de apreensão colectiva dos riscos potenciais, tanto no estádio da sua identificação e

⁴⁵⁷ Cfr. as considerações de UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, pp. 102 segs.

⁴⁵⁸ Parte I, Capítulo II, ponto 4.4..

⁴⁵⁹ Cfr. o nosso *Contributo...*, *cit.*, pp. 39 segs.

⁴⁶⁰ Neste sentido, WOOLF, *Environmental risk:...*, *cit.*, p. 136 (alertando também, no entanto, para o perigo reverso da demissão do juiz de efectuar o controlo).

⁴⁶¹ V. *supra*, 3.2.2. e 3.2.3.. V. também, sobre a “minimização” do critério da precaução pelo juiz italiano no âmbito da prevenção de emissões poluentes de natureza electromagnética, M. ADRIANO MAZZOLA, *Il principio di minimizzazione del rischio tra il regolamento sulle radiofrequenze, la legge quadro ed il decreto Gasparri*, in *RGA*, 2003/1, pp. 99 segs, 102 segs.

avaliação, quanto no plano da sua gestão”⁴⁶². O que redundava numa dupla violação do princípio da separação de poderes: em primeiro lugar, por substituição do legislador; em segundo lugar, por substituição da Administração.

Há, por isso, que apelar a um envolvimento crescente do legislador na regulação das decisões de risco, no sentido de estabelecer, não só parâmetros decisórios através dos quais a Administração (e o Juiz) consiga entrever os limites do risco intolerável, como também de colocar à disposição das autoridades encarregadas da gestão do risco mecanismos adequados a esta tarefa. Este é talvez o maior contributo das teorias qualitativas do risco, ou seja, da distinção qualitativa entre risco e perigo.

No plano da norma habilitativa, sempre se exigirá, no máximo, um alargamento da previsão competencial e, no mínimo (sobretudo em períodos de transição de ignorância do risco para a sua progressiva detecção e confirmação), uma utilização da competência de defesa contra perigos devidamente assente em dados que atestem, mesmo se não de forma incontroversa, uma probabilidade de ocorrência de um risco. Trata-se, ao cabo e ao resto, de respeitar a reserva de lei *no limite* da necessidade de garantir a salvaguarda de bens jurídicos fundamentais, aferindo a existência de um perigo não totalmente comprovado e controlando-o pelo mínimo – ou seja, não através de medidas positivas, mas apenas paralisando os efeitos normais do acto autorizativo (vide *infra*, Parte III, Cap. I, 3.1.2.1. e Cap. II, 3.2.).

A defesa activa contra riscos implica um acréscimo de competência, de avaliação e gestão do risco, que traduz a permeabilidade à ciência e à técnica. Este ponto será objecto de maior desenvolvimento no Capítulo II.

4.1.4. O risco da diluição da responsabilidade individual

Finalmente, um outro aspecto da precaução a que importa aludir é o da tendencial diluição de responsabilidade individual que a decisão em quadros de incerteza provoca. A impossibilidade de calcular todos os riscos, directos e indirectos, imediatos e remotos, faz com que as questões de responsabilidade por danos ambientais possam surgir sem que o lesante tenha tido disso consciência. O salto para a generalização da responsabilidade objectiva é evidente, mas acarreta custos sociais e económicos a sopesar.

Com efeito, aceitar a premissa da precaução que impõe a comprovação da inocuidade de um produto ou de uma actividade como condição da sua autorização, significa que, uma vez ultrapassada essa fase e iniciada a actividade ou empreendida a comercialização, empreendedor e autoridade autorizante estão de acordo quanto à ausência de risco. Ora, se este acabar por se verificar, não se pode exigir a assunção de responsabilidade em termos subjectivos, porque na medida dos limites do conhecimento humano ficou demonstrado que o risco não era previsível, nem devia tê-lo sido. O que nos arrasta para um esquema de responsabilização objectiva genericamente aplicável a qualquer actividade humana.

Tal avanço, que resulta da colocação da fasquia do risco acima de qualquer possibilidade de previsão, não pode admitir-se, por três ordens de razões⁴⁶³:

⁴⁶² O. GODARD, *Le principe...*, *cit.*, p. 133.

⁴⁶³ V. também o nosso *Dar o duvidoso...*, *cit.*, pp. 24, 25.

- em primeiro lugar, porque conduziria a uma desresponsabilização de cada sujeito, consciente de que, por mais que se esforce, nunca conseguirá, no desenvolvimento da sua actividade, alcançar a meta de isenção de risco proposta pela precaução. Assim, tenderá a adoptar comportamentos menos diligentes, o que fere o princípio da solidariedade e redundará, em última análise, no incumprimento dos seus deveres de protecção do ambiente;
- em segundo lugar, porque, pelo menos sempre que estivessem em causa actuações de entidades públicas, tenderia a haver uma natural sobrecarga do erário público com prestações indemnizatórias por danos ecológicos (e sanitários), desonerando funcionários da observância de padrões de conduta diligente e com violação do princípio da justa repartição dos encargos públicos. O Estado surge como “segurador universal contra todos os riscos”⁴⁶⁴, sendo certo que, como refere ENTRINGER, “a colectivização do risco (no caso da responsabilidade objectiva dos poderes públicos) faz desaparecer o carácter normativo e punitivo da responsabilidade (...), não se apresentando como a solução ideal”⁴⁶⁵;
- em terceiro lugar, a generalização da responsabilidade objectiva a toda e qualquer actividade causaria uma retracção profunda nos agentes económicos, públicos e privados, altamente prejudicial para a estabilidade económica e social dos Estados. Sabendo-se sempre potencialmente responsabilizáveis, uma vez que a fasquia do risco-zero é inatingível, as empresas – sobretudo as grandes multinacionais – tenderiam a deslocar os seus investimentos para ordenamentos jurídicos menos sensíveis aos parâmetros draconianos da precaução.

Atentando no nosso quadro jurídico – que, de resto, não contempla, em termos gerais (nem na Constituição, nem na LBA), qualquer alusão ao princípio da precaução – concluímos que não existe um princípio geral de responsabilidade objectiva no âmbito ambiental⁴⁶⁶. De facto, o artigo 41º/1 da LBA não permite retirar tal conclusão, quando estabelece que “Existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos no ambiente, em virtude de uma acção especialmente perigosa, muito embora com respeito do normativo aplicável”.

A doutrina está dividida quanto ao significado e alcance desta disposição⁴⁶⁷. Por um lado há os que afirmam □ como PEREIRA REIS⁴⁶⁸ e PEDRO GONÇALVES⁴⁶⁹ □, que o preceito é inexecutável por si mesmo, carecendo da legislação complementar a

⁴⁶⁴ D. TRUCHET, *Douze remarques...*, *cit.*, p. 534.

⁴⁶⁵ B. ENTRINGER, *La précaution...*, *cit.*, p. 666.

⁴⁶⁶ Não obstante a existência, ao nível do Direito Administrativo, de uma cláusula geral de responsabilidade objectiva pelo risco da Administração Pública, com sede no artigo 8º do DL 48.051, de 21 de Novembro de 1967 – que tem sido utilizada pela jurisprudência sobretudo no domínio das actividades da polícia de segurança –, que cobre prejuízos especiais e anormais. Cfr. o nosso *Contributo...*, *cit.*, pp. 415 segs.

⁴⁶⁷ Reproduzimos aqui um excerto de um nosso trabalho anterior (*Dar o duvidoso...*, *cit.*, pp. 31 segs).

⁴⁶⁸ A. PEREIRA REIS, *Lei de Bases do Ambiente - Anotada e Comentada*, Lisboa, 1993, pp. 88, 89.

⁴⁶⁹ PEDRO GONÇALVES, *Os meios de tutela perante os danos ambientais provocados no exercício da função administrativa*, Coimbra, 1996, p. 10, nota 6.

que ele próprio alude (no nº 2)⁴⁷⁰. Por outro lado, uma outra corrente doutrinária envereda pela defesa da imediata exequibilidade da disposição, remetendo para os tribunais a fixação dos montantes indemnizatórios: são as vozes de FREITAS DO AMARAL⁴⁷¹ e PEREIRA DA SILVA⁴⁷². Este último Autor afirma, por um lado, que o instituto da responsabilidade objectiva existe por efeito suficiente do nº 1 do artigo 41º e, por outro lado, que a legislação complementar para que remete o nº 2 (quanto ao quantitativo indemnizatório) pode ser o artigo 510º do Código Civil, que impõe limites à responsabilidade objectiva em casos de dano provocado por instalações de energia eléctrica ou de gás.

Pela nossa parte, reconhecendo embora as boas intenções do segundo entendimento, pronunciar-nos-íamos pela negativa, pelas razões seguintes:

1. Em primeiro lugar, pensamos que aceitar a existência de um princípio geral de responsabilidade objectiva com base no nº 1 do artigo 41º da LBA é condená-lo à partida, em virtude da amplitude dos termos utilizados. Note-se que falar em qualquer *acção (especialmente) perigosa para o ambiente* com resultados danosos *significativos*, sem ter qualquer preocupação de remeter para uma lista de actividades potencialmente perigosas, é alargar excessivamente o âmbito do instituto⁴⁷³. Mesmo a lei alemã da responsabilidade por danos ambientais (*Umwelthaftungsgesetz*, de 1990), que assenta no princípio da responsabilidade objectiva, circunscreve as situações possíveis a uma lista de actividades industriais que consta de um anexo com descrições bastante minuciosas⁴⁷⁴.

A fórmula da LBA necessita de concretizações, sob pena de se tornar um embaraço para os julgadores, desamparados de quaisquer balizas limitativas de um instituto que deve ser entendido no mínimo como especial. Uma possibilidade de circunscrever os casos de responsabilidade objectiva é, por exemplo, estabelecer uma conexão com as actividades sujeitas a avaliação de impacto ambiental, constantes dos anexos I e II do RAIA, ou com as actividades que envolvam a utilização de substâncias especialmente perigosas (cfr. o DL 164/2001, de 23 de Maio), mas essa conexão deve ser feita, em nossa opinião e em regra, pelo legislador;

2. Em segundo lugar, os critérios de fixação do quantitativo indemnizatório, a eventual previsão de presunções de causalidade, a forma de repartição da responsabilidade em caso de concurso de presunções, a possibilidade de ilidir essas presunções, enfim, uma série de especialidades ligadas a este instituto, ficam por apurar. São esses “pormenores” que deverão ficar esclarecidos, na medida do possível, através da emissão da “legislação complementar” a que alude o nº 2 do artigo 41º, infelizmente ainda inexistente.

⁴⁷⁰ Onde se lê que “o quantitativo da indemnização a fixar por danos causados no ambiente será estabelecido em legislação complementar”.

⁴⁷¹ D. FREITAS DO AMARAL, *Lei de Bases do Ambiente e Lei das Associações de defesa do ambiente*, in *Direito do Ambiente*, INA, 1992, pp. 367 segs, 371, 372.

⁴⁷² V. PEREIRA DA SILVA, *Responsabilidade administrativa em matéria de ambiente*, Lisboa, 1997, p. 35.

⁴⁷³ A Lei 83/95, de 31 de Agosto, também não contribui em nada para a concretização do preceito, dado que, no artigo 23º (cuja epígrafe é “Responsabilidade civil objectiva”), aponta para a responsabilização sem culpa por desenvolvimento de *actividade objectivamente perigosa*.

⁴⁷⁴ Cfr. D. VON BREITENSTEIN, *La loi allemande relative à la responsabilité en matière d’environnement: pierre angulaire du Droit de l’Environnement?*, in *RJE*, 1993/2, pp. 231 segs, 233.

Os artigos 509º e 510º do Código Civil, que PEREIRA DA SILVA indica como possíveis complementos do artigo 41º da LBA, não cumprem, em nossa opinião e salvo o devido respeito, tal desígnio. Note-se que o artigo 510º, que fixa o limite da responsabilidade objectiva, está pensado para danos causados a pessoas ou coisas apropriáveis, e não para os danos ecológicos *proprio sensu* (ou seja, os danos causados a bens de fruição colectiva e essencialmente inapropriáveis)⁴⁷⁵. As especificidades da tutela ambiental e da responsabilidade por danos ecológicos devem ter correspondência numa regulação adequada⁴⁷⁶. Só quem veja no dano ambiental um dano pessoal — como PEREIRA DA SILVA, em coerência com a sua concepção de direito fundamental ao ambiente⁴⁷⁷ —, consegue sustentar tal *adaptação*.

Enfim, a *degradação* da precaução a níveis mais adequados — prevenção de riscos minimamente previsíveis e cujos efeitos já tenham sido objecto de pesquisa científica, ainda que não conducente a conclusões unânimes — aponta, isso sim, para um reforço da responsabilidade subjectiva, que acentua os deveres de diligência na obtenção da informação mais credível⁴⁷⁸. A responsabilidade objectiva deverá estabelecer-se a título complementar, como instituto especial, a merecer cuidadosa regulamentação legislativa — eventualmente circunscrita ao âmbito privado. Sublinhe-se, de resto, que a concepção restrita de ambiente, envolvendo apenas os bens ambientais naturais, impossibilita a utilização, “por empréstimo”, do disposto no artigo 8º do DL 48.051, de 21 de Novembro de 1967, na medida em que este dispositivo, embora o não refira expressamente, tem o mesmo pressuposto que o artigo 9º/1 do DL 48.051: a existência de um dano “especial e anormal” na esfera de um cidadão⁴⁷⁹.

É controversa, aliás, a questão de saber se a potencial extensão dos efeitos de riscos tecnológicos não constitui um obstáculo ao seu ressarcimento, no quadro do instituto da responsabilidade (mesmo objectiva), por parte dos poderes públicos⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ É, de resto, a crítica apontada à lei alemã da responsabilidade por danos ambientais, que mais não é do que uma responsabilidade por danos inflingidos à saúde e património dos lesados — cfr. D. VON BREITENSTEIN, *La loi allemande...*, *cit.*, pp. 233, 234.

⁴⁷⁶ Cfr. sobre este ponto, J. CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade...*, *cit.*, pp. 129 segs.

⁴⁷⁷ V. PEREIRA DA SILVA, *Verdes são também...* *cit.*, pp. 127 segs.

⁴⁷⁸ Neste sentido, J.-MARC FAVRET, *Le principe...*, *cit.*, p. 3468; J.-BERNARD AUBY, *L'évolution...*, *cit.*, p. 178.

⁴⁷⁹ J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema...*, *cit.*, p. 122. MARGARIDA CORTEZ, a propósito do projecto de alteração do DL 48.051, manifesta dúvidas quanto a esta subordinação: “Por um lado, cremos que a circunstância de o serviço, a coisa ou a actividade ser especialmente perigoso constitui condição suficiente para a reparação do dano. Afinal, não constituirá o carácter perigoso do serviço, da actividade ou da coisa um índice semiótico da anormalidade do dano? Por outro lado, acreditamos que, por razões de justiça material, o carácter especial do dano deve dar lugar à possibilidade de fixar equitativamente a indemnização em montante inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos quando for significativamente elevado o número de lesados” — *Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil da Administração*, in *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado. Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra, 2002, pp. 257 segs, 262, 263.

⁴⁸⁰ O que não invalida a prestabilidade do artigo 8º do DL 48.051 para resolver situações de “dano ambiental” com características de especialidade e anormalidade circunscritas a um número reduzido de pessoas (v.g., quatro pacientes internados num hospital público onde, apesar da desinfeção exaustiva levada a cabo, se desenvolveu uma bactéria letal; duas crianças que contraíram enfermidade motora grave na sequência da ingestão de um medicamento que a Direcção-Geral de Saúde submetera a rigorosos testes — nesta segunda situação, a responsabilidade da Administração só deverá surgir a título subsidiário, na medida em que é sobre o operador económico que retira lucro da actividade de venda do medicamento que deverá recair a responsabilidade objectiva primária).

Não é difícil sustentar que os pressupostos da anormalidade e (sobretudo da) especialidade dos prejuízos seriam neutralizados pela magnitude dos efeitos lesivos. Em situações-limite, de epidemia ou catástrofe nacional, os credores das indemnizações tenderiam mesmo a corresponder aos seus devedores, por força da suportaçãõ desse encargo global pelo erário público. Cumpre sublinhar, todavia, que se isto é verdade no tocante ao *dano pessoal massificado* (v.g., doença provocada por um medicamento; morte na sequência da ingestão de um alimento contaminado), já no que respeita ao *dano ecológico* a situação pode ser encarada de outra perspectiva, na medida em que as quantias pagas a título indemnizatório sejam exclusivamente afectas à reconstituição natural do dano ou à constituição de um fundo de apoio às políticas de preservação e promoção da qualidade ambiental (ou seja, não existe *circularidade* directa entre credores e devedores da indemnização).

O problema da ressarcibilidade de danos ocorridos na sequência de evolução da técnica torna-se, assim, especialmente delicado, sobretudo perante a ausência de regulação legislativa⁴⁸¹. De uma banda, as empresas privadas, porque retiram lucro da actividade que desenvolvem, devem ser responsabilizadas: a título subjectivo, sempre; e a título objectivo, caso se demonstre que o risco era humanamente imponderável à data de emissão do acto autorizativo⁴⁸². Esta responsabilidade repousa no estabelecimento de pressupostos do dever de indemnizar, tais como os sectores abrangidos, os critérios de imputação, bem como de limites aos montantes indemnizatórios — isto além de regras sobre seguros de actividade e eventualmente, fundos especiais para acorrer a prejuízos vultuosos.

De outra banda, no que toca às entidades públicas, quando autorizam actividades de risco e por força do dever de vigilância que sobre si impende⁴⁸³, verão a sua participação no dever de indemnizar danos ecológicos circunscrita à responsabilidade por acto ilícito (em razão da inadequação do artigo 8º do DL 48.051 a

⁴⁸¹ Note-se que a directiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais, a transpor para os ordenamentos internos até 30 de Abril de 2007, visa primacialmente resolver o problema da harmonização legislativa no que respeita aos danos ambientais (em sentido amplo, embora o diploma tenha uma clara intenção restritiva — cfr. o artigo 2º) provocados com culpa [artigos 3º/3 e 8º/3 e 4, *max. al. b*]], e mesmo a estes com as exclusões a que se reporta o artigo 4º.

⁴⁸² Neste sentido, J. J. GOMES CANOTILHO, *Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais*, in *BFDUC*, 1993, pp. 1 segs, 35, 36; FILIPA CALVÃO, *Direito ao ambiente e tutela processual das relações de vizinhança*, in *Estudos de Direito do Ambiente*, Porto, 2003, pp. 193 segs, 226 segs.

⁴⁸³ Cfr. C. GOOSSENS, *Le régime juridique des autorisations requises pour l'exploitation des établissements industriels en Belgique*, in *RISA*, nº 1, 1953, pp. 608 segs, 666 segs; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado*, in *RAP*, nº 1555, 2001, pp. 27 segs, 34 segs. O último Autor chama a atenção para a dificuldade em delimitar, em muitos casos, que danos podem ser causalmente imputados à actividade autorizativa, dúvida essa que apelará à “prudência do juiz”. Não deixa de identificar, todavia, três casos nos quais tendencialmente a responsabilidade administrativa existirá: “primero, ante graves negligencias en el otorgamiento de la autorización, habilitando para el ejercicio de la actividad a quien no reúne las más elementales condiciones para ello; segundo, cuando el daño resulte de aspectos de la actividad que hayan sido pre-determinados por la norma o, excepcionalmente, por la Administración (cláusulas accesorias); tercero, cuando el deficiente ejercicio de sus potestades de vigilancia y control haya permitido la concreción de un resultado dañoso que — en otro caso — no se hubiera producido” (p. 51).

estas situações⁴⁸⁴), caso se demonstre que o dano ocorreu por défice de ponderação dos factores de risco ou que, tendo-se alterado o quadro fáctico inicial, a actuação preventiva falhou ou foi tardia por negligência dos serviços inspectivos⁴⁸⁵. Não é descartável, no entanto, a previsão da exigência de responsabilidade objectiva por dano ecológico relativamente aos poderes públicos, desde que, uma vez definidos os seus pressupostos, se afectem as quantias a fins de protecção do ambiente.

Ainda assim, entendemos que aos poderes públicos só poderá ser exigida uma comparticipação no ressarcimento do dano a título objectivo de forma subsidiária⁴⁸⁶, isto é, quando o responsável directo (e privado) não tenha capacidade para suportar o pagamento e o dano ecológico seja considerável. Quanto aos danos pessoais causados por riscos tecnológicos cuja eclosão seja humanamente imprevisível à luz dos melhores conhecimentos científicos disponíveis à data da emissão do acto autorizativo ou da prática da operação material (caso derivem de actuação directa da Administração), a solução mais óbvia é a sua subtracção ao domínio da responsabilidade, quer por força da identidade tendencial devedor/credor (em danos massificados), quer pela necessidade de evitar, em tempos de crise aguda do modelo social de Estado, que este se torne um segurador universal de quaisquer riscos⁴⁸⁷, e a sua recondução à alçada da ajuda assistencial, em homenagem ao princípio da solidariedade⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ Defendendo, nestes casos, a aplicação dos artigos 40º/4 e 5 e 41º da LBA, J. J. GOMES CANOTILHO, *Actos autorizativos...*, cit., p. 52 (embora o Autor deixe “em aberto” a delimitação entre dano ambiental e dano ecológico – p. 36, nota 44).

⁴⁸⁵ A obrigação de indemnizar será, em regra, solidária com a entidade autorizada (embora não necessariamente partilhada em igual proporção) – J. C. LAGUNA DE PAZ, *Responsabilidad...*, cit., pp. 54 segs –, salvo quando esta tiver agido com manifesta má-fé, falseando informações ou induzindo deliberadamente a Administração em erro (v.g., juntando pareceres técnicos “comprados”) – C. GOOSSENS, *Le régime...*, cit., p. 670.

A questão do ressarcimento de danos ecológicos, ainda que provocados “a descoberto” de qualquer autorização, deverá ser resolvida junto da jurisdição administrativa, como tentámos demonstrar no nosso *A ecologização...*, cit., *passim*.

⁴⁸⁶ I. MAGALHÃES COLLAÇO (*O risco nuclear e os problemas jurídicos que suscita*, in *Arquivos da Universidade de Lisboa*, nova série, nº 3, 1961, pp. 213 segs), a propósito dos novos problemas emergentes da utilização de energia nuclear, pronunciava-se no sentido de o Estado dever responder para além do tecto estabelecido para a responsabilidade objectiva dos operadores privados, caso a magnitude dos danos o exigisse. Segundo a Autora, o Estado seguraria um “risco insegurável”, configurando uma posição excepcional de “obrigado por via principal por danos eventuais” (p. 234): “é justo fazer repartir pela colectividade o risco inerente ao exercício de uma actividade lícita que, embora levada a cabo por particulares, pode classificar-se como de interesse geral, tendo em atenção os benefícios que dela resultam para essa colectividade” (p. 235).

V., no mesmo sentido, C. GOOSSENS, *Le régime...*, cit., p. 672; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Responsabilidad...*, cit., p. 56.

⁴⁸⁷ Alertando para este problema, M. FRANC, *Traitement...*, cit., p. 65.

⁴⁸⁸ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *O problema...*, cit., pp. 248, 249 (nota 41) e 270. Propugnando a previsão expressa de um regime de responsabilidade objectiva aplicável aos poderes públicos por danos decorrentes de actividades relacionadas com a exploração de energia nuclear, I. MAGALHÃES COLLAÇO, *O risco nuclear...*, cit., p. 246 (parecendo não dispensar, no entanto, a fixação de um tecto máximo em termos de valores indemnizatórios a atribuir).

É esta, de resto, a solução da lei procedimental espanhola – artigo 141/1, com a redacção que lhe foi dada pela lei 4/1999⁴⁸⁹ –, e que mereceu uma crítica veemente de ESTEVE PARDO⁴⁹⁰. O Autor acusa o legislador de se eximir de promover a investigação científica (contrariamente ao imperativo constitucional insito no artigo 44/2 da *Constitución*), de afrontar o princípio da precaução, de penalizar intoleravelmente as vítimas e com isso comprometer a observância do dever de solidariedade característico do Estado Social. Não nos parece, no entanto e salvo o devido respeito e melhor reflexão, que desonerar o Estado, a título de responsabilidade objectiva – porque é disso e só disso que se trata – por danos derivados de riscos incalculáveis (ao cabo e ao resto, *residuais*, inerentes ao bem-estar proporcionado pelas inovações tecnológicas) seja uma solução tão má como o Autor a pinta: ao constituir-se no dever de indemnizar danos provocados por défice de ponderação das circunstâncias de risco, o Estado obriga-se a promover a investigação, bem como a respeitar o dever de antecipar os riscos na medida do possível – recorde-se que o ónus de provar que teve em consideração a melhor informação disponível lhe incumbe⁴⁹¹. Em contrapartida, não abdica da sua faceta assistencial ao aludir à possibilidade de apoiar as vítimas (e seus familiares ou dependentes) caso o prejuízo o justifique – justamente, de acordo com cânones de solidariedade⁴⁹².

4.2. Os imperativos da prevenção

Desvelada a face perversa da precaução e exposta a sua contradição essencial com os padrões constitucionais, forçoso é indagar se a prevenção que lhe está subjacente não cumpre, com maior racionalidade, os objectivos de protecção de interesses públicos e privados que incumbem ao Estado, vistos agora no contexto alargado

⁴⁸⁹ Esta disposição reza como segue: “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

⁴⁹⁰ J. ESTEVE PARDO, *La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos*, in *RAP*, nº 161, 2003, pp. 53 segs, 59 segs.

⁴⁹¹ Como, aliás, realça J. F. PÉREZ GÁLVEZ, em comentário a uma decisão do Supremo Tribunal espanhol de 1999 que condenou a Administração sanitária a indemnizar as vítimas de transfusão de sangue contaminado com um vírus hepático: “(...) no consta que la Administración haya efectuado esfuerzo alguno por aportar datos o pruebas acerca de los extremos que se dilucidam” – *Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la «ciencia» o de la «técnica»*, in *RAP*, nº 104, 1999, pp. 657 segs, 670.

⁴⁹² Discordamos, assim, do Autor, quando observa que esta solução põe em causa o Estado de Direito, deslocando a questão da indemnização para um domínio antijurídico – porque dependente da vontade política (J. ESTEVE PARDO, *La protección...*, *cit.*, pp. 78 segs). O Estado de Direito assenta, entre outros, no pressuposto da responsabilização, jurídica e política dos governantes pelas suas decisões, *maxime* se estas provocarem danos aos cidadãos a quem se aplicam. Mas esta responsabilidade, subjectiva, pressupõe a possibilidade de conhecer o risco (e o Autor frisa este aspecto, a pág. 81, quando menciona a aceitação do risco), à luz de critérios de diligência pautados pelo estado da ciência. A responsabilidade objectiva é um *plus* relativamente à subjectiva, de algum modo fomentada pelo alargamento das tarefas do Estado, que não pode, sob pena de o estrangular, ter a pretensão de o transformar em segurador universal de riscos inimagináveis.

de multiplicação de riscos característico da sociedade tecnológica. Por outras palavras, é necessário abandonar a perspectiva perigosamente simplista da precaução e colocar a ênfase numa atitude de prevenção equilibrada⁴⁹³.

4.2.1. O imperativo de debate público sobre o risco

A regulação do risco ambiental, em virtude da sua transversalidade, toca em inúmeros aspectos da vida dos cidadãos e é susceptível de criar, em algumas situações, resistências desencadeadas pelo apego a determinados hábitos e pelo conforto propiciado por certas rotinas⁴⁹⁴. Pense-se, por exemplo, na restrição de actividades de lazer em albufeiras e lagos naturais em razão da salvaguarda dos ecossistemas. Ou na interdição de um troço de auto-estrada entre duas grandes cidades, a fim de evitar que o barulho dos carros e a poluição aniquilem uma determinada espécie, à beira da extinção, que aí tem os seus *habitats* e cujos poucos elementos não podem, por razões cinegéticas, ser daí removidos. Ou enfim, mais geral ainda, na proibição de circulação automóvel em dias alternados, nos grandes centros urbanos, com vista ao abaixamento dos níveis de poluição atmosférica.

O problema de saber que riscos se deve admitir, e quem, e em que medida, deve suportá-los, redundando numa questão vivencial. A solidariedade na identificação e na suportaçãõ do risco, para ser legítima, pressupõe a actuaçãõ de mecanismos democráticos. Porque, como afirma GOMES CANOTILHO, “o risco é, desde logo, uma categoria moral do mundo contemporâneo”⁴⁹⁵, o que convoca a solidarizaçãõ de todos os actores sociais na definiçãõ dos seus parâmetros.

Esta necessidade de “democratizaçãõ do risco” coloca dois tipos de questões: por um lado, a do intercâmbio de informaçãõ entre cientistas e decisores políticos e entre estes e a populaçãõ (*i.*); por outro lado, a de saber até que ponto domina ainda hoje o Estado a possibilidade de identificar e gerir o risco, em virtude da multiplicaçãõ de normas internacionais, e sobretudo comunitárias, incidentes sobre tantos riscos quantos a transversalidade entre ambiente, saúde, comércio, concorrência, liberdade de investigaçãõ científica, entre outros, exige (*ii.*).

i.) Relativamente ao primeiro ponto, cabe sublinhar a necessidade de incrementar mecanismos de troca de informaçãõ inteligível entre os vértices do triângulo que apontámos: cientistas, políticos e público em geral⁴⁹⁶. A direito à informaçãõ sobre questões ambientais — hoje regulamentado na Lei 19/2006, de 12 de Junho — acaba, do ponto de vista formal, por se reconduzir ao direito à informaçãõ dos particulares sobre assuntos do seu interesse, sendo enquadrável, portanto, no direito consagrado

⁴⁹³ J. MOFFET, *Legislative options...*, *cit.*, p. 173.

⁴⁹⁴ Cfr. J. MOFFET, *Legislative options...*, *cit.*, p. 169.

⁴⁹⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, *Intervenções humanitárias e sociedade de risco. Contributos para uma aproximação ao problema do risco nas intervenções humanitárias*, *in N&D*, nº 97, 2001, pp. 19 segs, 19.

⁴⁹⁶ Uma síntese da importância da comunicaçãõ para a aceitabilidade da fundamentaçãõ científica das decisões de risco pode ver-se em T. O’RIORDAN, *The precautionary principle and civic science*, *in Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O’Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 95 segs, *max.* 104 segs.

no artigo 268º/1 da CRP, em conjugação com o artigo 52º/1 da CRP.

Já do ponto de vista material, o direito à informação neste domínio é uma componente fulcral do dever de promoção da consciência cívica ambiental, uma dimensão da tarefa educativo-formativa do Estado [cfr. os artigos 66º/2/g) da CRP, e 4º/i) da LBA]. Na realidade, a democratização do risco obriga a uma democratização da informação. Este paralelo reflecte-se na superação da feição garantista e seguradora do Estado, filiando-se numa reanimação do Estado de Direito democrático assente na difusão do conhecimento: “o Estado só pode continuar a manter-se como *Estado de Direito*, como *Estado democrático* e como *Estado Social* se conseguir realizar-se como *Estado educativo*. Por outras palavras – conclui GOMES CANOTILHO: a *juridicidade*, a *democraticidade* e a *socialidade* estatais pressupõem a democratização dos saberes e das competências”, pondo fim à “violência da ignorância”⁴⁹⁷.

Em regra, o momento de exercício do direito ocorre ao nível de um procedimento administrativo onde a informação é requerida pelo particular, a título principal ou acessório. No entanto, a magnitude do risco e dos seus potenciais efeitos pode antecipar o exercício desse direito para o plano legislativo. No âmbito administrativo, tal direito envolve, quer o acesso a documentação administrativa – artigo 62º do CPA –, nos termos e com os limites previstos na Lei 19/2006, de 12 de Junho (cfr. o artigo 6º), quer a transmissão da informação requerida sob a forma de pedido de esclarecimento ao órgão competente – artigo 61º do CPA e 10º e 11º da Lei 19/2006, de 12 de Junho. A difusão do interesse ambiental por todos os membros da comunidade justifica a realização de subprocedimentos de consulta pública como pressuposto da validade formal e material de determinadas decisões sobre projectos com potencial impacto sobre o ecossistema, cuja concretização mais paradigmática é a avaliação de impacto ambiental (cfr. o RAIA), muito em breve acompanhada (precedida) do novo procedimento de avaliação de impacto estratégica, já objecto de regulação comunitária.

O exercício do direito neste momento pressupõe, ou que o risco que se avalia seja conhecido e não rejeitado, ou que seja de tal forma imprevisível que seja ignorado. Isto é, avaliar impactos ou avaliar riscos ao nível administrativo tem como ponto de partida um “nada obsta” ao desenvolvimento de determinada actividade ou comercialização de certo produto, ponto de partida esse que só o legislador pode estabelecer. Pense-se na adopção de formas de energia nuclear, na aceitação da instalação de certos campos electromagnéticos, ou na introdução de OGMs na cadeia alimentar, humana e animal. É neste momento prévio que a articulação entre cientistas e decisores políticos ganha maior acuidade e que o dever de esclarecimento da população desponta. A ciência apenas apresenta os factos sobre os quais outros emitem julgamentos políticos; os cientistas alertam para os riscos, cabendo aos políticos e à sociedade determinar que riscos vale a pena correr⁴⁹⁸.

Para HERMITTE e DAVID, “o público aceita correr riscos na condição de ser informado, de tirar uma vantagem considerada como importante e de conservar uma liberdade de escolha, ideia explorada pelo direito do consumidor no quadro da obrigação de etiquetagem ou, sob outra forma, no quadro do contrato médico; é, sem

⁴⁹⁷ J. J. GOMES CANOTILHO, *O direito constitucional passa; o Direito Administrativo passa também*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 705 segs, 711.

⁴⁹⁸ WOOLF, *Environmental risk:...*, *cit.*, p. 132.

dúvida, a livre escolha do paciente, no que diz respeito ao cálculo do risco, que impõe ao médico a obrigação de informação que inclui, de agora em diante, os riscos mais incomuns e (...) os riscos cuja realidade é objecto de debate. Ultrapassa-se a mera ideia de racionalidade da decisão, tratando-se agora de admitir correr um risco que, para ser livre e consciente, implica uma avaliação prévia⁴⁹⁹.

Confrontado com a hipótese de trazer para a *convivência* pública certos riscos, cuja aceitação acarreta enormes benefícios mas cujos efeitos podem envolver cenários catastróficos, o Estado tem o dever de esclarecer a população, valendo-se para isso dos conhecimentos veiculados pelos homens da ciência, preferencialmente através de estudos realizados por comissões, permanentes ou *ad hoc*, integradas por profissionais de reputada competência e inquestionável independência⁵⁰⁰. O procedimento legislativo deveria ser, assim, precedido por um procedimento de avaliação do risco, aberto ao contraditório científico dentro das comissões e cujas conclusões, em versões de diversa intelegibilidade consoante se destinem à comunidade científica ou ao público em geral, merecessem a adequada publicidade⁵⁰¹.

“A partir do momento em que os dados científicos são vagos e incompletos, não podem ocupar uma situação de monopólio na decisão política, a qual necessariamente tira uma parte da sua racionalidade de campos que vão além dos únicos dados científicos”⁵⁰². Não se trata de fazer do legislador refém da ciência, mas sim de dar uma base o mais sólida possível à tomada de decisões que envolvem níveis de responsabilidade acrescida. Não é questão, tão-pouco, de referendar escolhas políticas⁵⁰³, mas sim de solidarizar todos com opções que podem condicionar o destino colectivo. A informação sobre o risco é um factor fundamental para a sua aceitabilidade, pois neutraliza ou atenua a especulação e reforça a racionalidade, comprometendo o cidadão na escolha vivencial⁵⁰⁴.

Sem embargo de considerarmos a existência deste dever de esclarecimento do Estado sobre riscos maiores uma decorrência dos princípios da prevenção [artigo 1º, 9º/d), 64º, 66º da CRP], democrático [artigos 2º e 9º/c) da CRP] e da solidariedade na gestão de bens de uso colectivo tais como a saúde pública e o ambiente (artigos 1º, 64º, 66º da CRP), não podemos deixar de reconhecer que a sua densidade – talvez melhor, operacionalidade – está estreitamente dependente do grau de sensibilização da população para a intervenção política. O Estado, de alguma maneira, dá na medida do *feed-back* que recebe e, se momentaneamente esquecermos o papel das

⁴⁹⁹ M.-ANGÈLE HERMITTE e VIRGINIE DAVID, *Avaliação...*, *cit.*, p. 103.

⁵⁰⁰ Cfr. J. APPLGATE, *A beginning...* *cit.*, p. 1667.

⁵⁰¹ Autores há, no entanto, que considerando o grau de irracionalidade que rodeia a percepção pública de certos riscos, entendem ser prejudicial a abertura do debate ao público em geral – cfr. M. LEE, *EU Environmental Law...*, *cit.*, p. 83.

⁵⁰² C. NOIVILLE, *Princípio da precaução...*, *cit.*, p. 344.

⁵⁰³ Não é de excluir, em teoria, a possibilidade de realizar um referendo sobre a adopção de formas de energia nuclear, ou sobre a regulamentação legislativa da instalação de certos campos electromagnéticos, ou mesmo sobre a introdução de OGMs na cadeia alimentar, humana e animal, nos termos do artigo 115º da CRP. Porém, a permeabilidade das questões do risco – sobretudo sanitário – à manipulação catastrofista, a falta de informação séria das populações (fruto de algum desinteresse destas), bem como os fracos índices de participação referendária verificados em Portugal, deixa dúvidas quanto à utilidade de tal hipótese.

⁵⁰⁴ Cfr. S. CHARBONNEAU, *L’acceptabilité...*, *cit.*, pp. 384 segs.

organizações de defesa do ambiente, somos obrigados a constatar que o envolvimento dos cidadãos portugueses no debate interessado e lúcido destas questões se reduz a uma minoria de fraca expressão e pontual irrupção. Esta demissão do exercício da cidadania é um problema estrutural da sociedade portuguesa e só através da educação pode ser invertida.

Considerações sociológicas à parte, resta reforçar a ideia de que o Estado deve promover o esclarecimento dos cidadãos sobre as questões relacionadas com riscos maiores, riscos que possam afectar as condições de sobrevivência dos membros da colectividade, através de mecanismos de explicitação dos dados da questão. As autoridades devem tomar a iniciativa de fornecer a informação da forma mais adequada, detalhada e imparcial possível, sendo certo que ao cidadão sempre deverá ser reconhecido, no âmbito do seu direito de participação pública, o direito a ser informado (artigo 48º/2 da CRP).

ii). No que tange ao segundo ponto, depois do percurso que empreendemos no trilho dos pretensos efeitos do princípio da precaução — ou melhor, da ideia da necessidade de antecipação e minimização de riscos —, quer ao nível comunitário, quer interno, sem esquecer a leitura que merece no seio da OMC, a primeira impressão que nos fica é preocupante: o Estado *deixou de ser dono* dos seus próprios riscos (leia-se: dos riscos que recaem sobre a população e bens ambientais naturais no seu território)⁵⁰⁵. Com efeito, a transversalidade do risco ambiental (e sanitário), associada à integração do Estado em estruturas de supra-coordenação mais ou menos intensa, faz com que, no máximo, a decisão política sobre o risco se transfira para o exterior e, no mínimo, fique fortemente condicionada por órgãos de controlo externo⁵⁰⁶.

Porque a invocação de um risco pode contundir com as condições de livre comércio tuteladas pela OMC, ou porque a detecção de um factor de risco pode obrigar a impôr deveres e mesmo proibições que firam a liberdade de concorrência na Comunidade, a competência de decisão sobre o risco é captada por normas habilitativas de natureza primordialmente económica, mas não perde a sua potencialidade de afectação de interesses de natureza não económica, como a saúde, o ambiente, a qualidade do consumo. A título de exemplo: ao aceitar regular a introdução no mercado de produtos à base de organismos geneticamente manipulados, a Comunidade decidiu aderir a uma técnica que promete revolucionar o mercado alimentar, mas também ameaça distorcer as condições de funcionamento do ecossistema e provocar alterações de efeitos insuspeitados no organismo humano.

⁵⁰⁵ Como, de algum modo, perde o controlo de certos factores de poluição (nomeadamente, atmosférica), na medida em que, com a entrada em vigor do Protocolo de Quioto, a que a União Europeia se vinculou, é esta entidade que, no espaço comunitário, determina os patamares máximos de poluição admissíveis a cada Estado-membro (estando, por seu turno, ela própria limitada pelos objectivos fixados no Protocolo, que voluntariamente pretendeu elevar — de 5% para 8% relativamente ao nível de redução de emissões). Ao Estado resta — e não é tão pouco como pode julgar-se — a função de controlar os operadores industriais, velando por que não ultrapassem o nível de emissões suportado pelas quotas que detêm. Ou seja, perdendo o *command* (na estrita medida das emissões poluentes), retém o *control* — cfr. TIAGO ANTUNES, *O comércio...*, *cit.*, Capítulo IV, 4.1..

⁵⁰⁶ Cfr. M. FRANC, *Traitement...*, *cit.*, p. 69.

Os problemas de implementação da primeira directiva sobre OGMs, de 1990, infirmam, de algum modo, a leitura alarmista que adiantámos há pouco [cfr. *supra*, 3.2.1.1., a), iv.)]. Na verdade, consagrando o princípio da autorização nacional (o Estado que primeiro autoriza a introdução de um OGM, após ter realizado a sua avaliação de risco, obriga os restantes a aceitar a comercialização, em homenagem ao princípio da liberdade de circulação de produtos), a directiva de 1990 deixou a cada Estado a possibilidade indiscriminada de opor objecções baseadas em dados científicos desconhecidos ou ignorados na primeira avaliação (nacional) de risco, obviando assim, num primeiro momento, à obrigação de abrir o seu mercado a tais produtos.

Além disso, e até à eventual decisão favorável do Conselho ou da Comissão (na ausência de decisão do primeiro), qualquer Estado podia — como confirmou o Tribunal de Justiça —, ao abrigo do artigo 16 da directiva, invocar a necessidade de reabertura do procedimento de avaliação de risco, em virtude da superveniência de informações relevantes quanto ao potencial de risco do OGM em causa. No entanto, como também referimos, a utilização desta cláusula estava (e está) sujeita a um entendimento restritivo, para evitar abusos que possam afrontar o princípio da uniformidade de aplicação do Direito Comunitário, nomeadamente da força vinculativa, quer da decisão autorizativa nacional (se não houver objecções), quer da força vinculativa da decisão autorizativa da Comissão (caso algum Estado se oponha à introdução do OGM no mercado).

É certo que, no actual regime⁵⁰⁷, qualquer Estado pode modificar ou mesmo revogar a autorização concedida, após notificar a Comissão a título prévio desta sua intenção e dos seus fundamentos, caso sobrevenha algum factor de risco (ou informação mais consistente sobre ele) que possa justificar tal medida (artigo 20 da directiva 2001/18/CE)⁵⁰⁸. Além desta susceptibilidade de revisão, de referir é também que as autorizações passaram a ser precárias (10 anos), que a consulta pública no procedimento de avaliação nacional de risco se tornou obrigatória, que a Comissão tem agora o dever de solicitar o parecer da Autoridade Europeia para a Segurança dos Alimentos caso se abra uma fase de objecções — ou seja, a directiva de 2001 introduziu novas garantias de democraticidade, transparência e segurança no procedimento de autorização de comercialização de OGMs. Contudo, a invocação de medidas unilaterais continua a estar sujeita a um entendimento que privilegia a uniformidade de aplicação (cfr. o artigo 23 da directiva), desde logo porque as sujeita a prévio reconhecimento de validade por parte da Comissão (sendo que a sua manutenção, em caso de invalidade, será alvo do escrutínio do Tribunal de Justiça).

Em última análise, as fugas que este sistema, de avaliação nacional do risco, provoca — pese a envolvimento do público e a comunicação das conclusões, mesmo se desfavoráveis, a todos os Estados e aos órgãos comunitários — levam a questionar a sua adequação e a propor, na perspectiva da operacionalidade e uniformidade do sistema comunitário, a sua substituição por um sistema de avaliação centralizada do risco, ao nível comunitário. Chegando-se a este ponto — que é a regra, por exemplo, no domínio dos medicamentos e que espelha o sistema mais compaginável com o

⁵⁰⁷ Cfr. L. GRADONI, *La nuova direttiva comunitaria sugli organismi geneticamente modificati*, in *DC&SI*, 2001/4, pp. 735 segs, 742 segs.

⁵⁰⁸ A previsão de um processo de monitorização dos OGMs pela nova directiva ajuda a detectar mais rapidamente novos factores de risco — L. GRADONI, *La nuova direttiva...*, *cit.*, pp. 755 segs.

mercado único⁵⁰⁹ —, o Estado perderá a possibilidade de controlo do risco dos OGMs, restando-lhe apenas lançar mão da excepção de salvaguarda de interesses públicos de superior relevo. Isto, seja no âmbito do direito comunitário derivado que regule a matéria (concretizando o artigo 95/10 do Tratado de Roma); seja nos termos do artigo 30 do Tratado de Roma — a aceitar-se a possibilidade da sua invocação, duvidosa num quadro de harmonização completa —; seja, em último caso, ao abrigo de uma noção de estado de necessidade que traduz o dever de prevenção do risco do Estado relativamente a interesses superiores da comunidade — mas sempre a título provisório e sujeito à sindicância do Tribunal de Justiça no âmbito do processo de incumprimento (artigo 228 do Tratado de Roma).

Sublinhe-se a dupla vertente da questão: em primeiro lugar, o Estado abre mão da decisão sobre a introdução de um risco a favor das instituições comunitárias — o que não inviabiliza a sua oposição à implementação das técnicas ou produtos que o corporizam, caso não “passem” no teste da avaliação nacional de riscos. Todavia, em segundo lugar, se e quando se avança para a centralização dos métodos de determinação do risco, sua probabilidade, magnitude e alvos, o Estado fica definitivamente despossuído — salvo por apelo à noção de “estado de necessidade” e sempre de forma provisória, em atenção ao princípio da lealdade comunitária — da sua essencial missão de prevenção de riscos. Ora, conforme nota GODARD, aí o problema embrinca no dilema soberania vs. precaução, agudizado pelo facto de, na Comunidade, se decidir, em regra, com “défice democrático” — apesar de o procedimento de co-decisão ter acrescido sensivelmente os poderes do Parlamento Europeu —, substituindo, assim, a legitimidade das entidades directamente (e politicamente) responsáveis pela tutela dos bens jurídicos saúde e ambiente. A Resolução do Conselho Europeu de Nice, ao distribuir igualmente entre Estados-membros e Comunidade a competência de estabelecimento de um nível de protecção ambiental adequado (mas sem indicar formas de resolução de conflitos quanto a este ponto), espelha esta preocupação⁵¹⁰.

“Este controlo do «pequeno» sobre o «grande» — escreve o Autor citado —, na ordem da legitimidade, causa um abalo para o qual, logicamente, só se pode encontrar duas saídas: a) elevar o grau democrático das instâncias que pretendem exercer uma regulação e um controlo sobre as decisões dos Estados soberanos; b) reconhecer o direito soberano desses Estados, no que diz respeito à gestão dos riscos colectivos, organizando-o de forma a evitar desvios manifestos do seu objecto e submetendo-o a regras mínimas comumente aceites quanto aos procedimentos a serem seguidos para atestar a seriedade das solicitações, particularmente em matéria de perícia dos riscos. Enquanto a opção a) não progredir o suficiente, é a opção b) que se impõe”⁵¹¹.

A complexidade deste cenário pode ainda agravar-se se pensarmos na articulação dos mecanismos comunitários com a OMC e na eventual *deslocação* da avaliação do risco que tal articulação provoca. Riscos controlados ou mesmo rejeitados pela Comunidade podem ser aceites no seio da OMC, facto que obriga as estruturas comu-

⁵⁰⁹ Cfr. o Regulamento 2309/93, do Conselho, de 22 de Julho de 1993 (com as alterações introduzidas pelo Regulamento 649/98, da Comissão, de 23 de Março de 1998), que cria a Agência Europeia de Avaliação dos medicamentos de uso humano.

⁵¹⁰ Resolução do Conselho Europeu relativa ao princípio da precaução, Anexo III às Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Nice, de 7, 8 e 9 de Dezembro de 2000, pontos 3 e 5.

⁵¹¹ O. GODARD, *O princípio...*, cit., p. 200.

nitárias a rever a sua posição, sob pena de a União Europeia ser apodada de proteccionista e de ficar sujeita a sanções por incumprimento das regras do livre comércio genericamente reconhecidas. O espaço do risco global é também o espaço do comércio global, e tal realidade condiciona inelutavelmente a soberania do Estado sobre o risco, afectando também, por essa via, a veracidade dos mecanismos democráticos de solidarização das populações com escolhas fundamentais para a vida colectiva.

O *desapossamento* das competências do Estado neste domínio é, com efeito, uma constatação de difícil contradição e árdua superação. “A realização do livre comércio implicaria, de forma idealizada, que todos os Estados tivessem a mesma visão da segurança dos produtos, do que é a saúde dos homens e do meio ambiente, do nível de protecção que convém assegurar-lhes. Juridicamente, isso traduz-se num esforço parcial de harmonização das regulamentações e dos níveis de protecção, articulado com o postulado do reconhecimento mútuo da validade dos sistemas de protecção instalados pelos Estados expedidores”, escrevem HERMITTE e DAVID⁵¹².

No limite, e à falta de melhor e mais original contribuição, diríamos que a aposta deve residir, por um lado, na criação de estruturas operativas de cooperação internacional, no sentido de se alcançarem denominadores o mais comuns possível na definição dos riscos suportáveis e na fixação de critérios da avaliação dos seus efeitos⁵¹³ — as barreiras culturais, de uma banda, e os argumentos pró-preservação da soberania, de outra banda, são os maiores obstáculos a este propósito. Por outro lado, no reforço de mecanismos de salvaguarda que permitam ao Estado, em situações extremas e em regra a título provisório, garantir o seu papel de guardião dos interesses superiores dos seus cidadãos no quadro das suas atribuições relativas à prevenção de riscos⁵¹⁴ — o uso indiscriminado da precaução é o factor mais perturbador nesta sede, pois tende a descredibilizar a utilização de tais mecanismos.

4.2.2. O imperativo da fixação dos níveis de risco aceitáveis

A utilização indiscriminada do princípio da precaução tem merecido de alguma doutrina e jurisprudência a crítica da impossibilidade de abranger todos os riscos pela mesma (inexistente) bitola. Cada domínio de risco requer a identificação dos factores a ter em conta, a forma de verificação da sua existência em concreto e em que proporção, o cálculo dos limites da sua suportabilidade. Ou seja, é certamente diversa a avaliação do risco consoante se trate de gases poluentes ou de radiações electromagnéticas; de compostos químicos ou de organismos geneticamente modificados. Tal como diversa é a abordagem relativamente aos efeitos das substâncias de risco sobre recursos biológicos vivos e não vivos; sobre recursos renováveis e não renováveis; exclusivamente sobre o ambiente, ou também sobre a saúde, o património cultural, o ordenamento territorial. A diversidade e o policentrismo do risco

⁵¹² M.-ANGÈLE HERMITTE e VIRGINIE DAVID, *Avaliação...*, *cit.*, p. 104.

⁵¹³ No mesmo sentido, R. POSNER, *Catastrophe:...*, *cit.*, pp. 216 segs (propondo a criação de uma Agência Internacional para a protecção do Ambiente sob a égide da ONU); M. LEE, *EU Environmental Law...*, *cit.*, p. 265; M. FRANC, *Traitement...*, *cit.*, p. 70.

⁵¹⁴ Cfr. a síntese de problemas levantados pela necessidade de antecipação de riscos transnacionais a partir do exemplo da regulação de produção e comércio de OGMs feita por JOÃO LOUREIRO, *Da sociedade técnica...*, *cit.*, pp. 881 segs.

inviabilizam a sua redução a um denominador comum, quer quanto a limites, quer quanto a critérios de avaliação.

As funções de avaliação e gestão do risco dividem-se, pela materialidade que comportam, entre técnicos e autoridades administrativas. No entanto, o quadro de competências e sobretudo o limite de exercício de tais competências tem que ficar previamente definido pelo legislador, sob pena, não só de falseamento dos mecanismos democráticos, como também de afronta ao princípio da legalidade da actuação administrativa⁵¹⁵. Traçar as balizas de actuação das autoridades administrativas no domínio das decisões sobre o risco é não só escolher com que tipo de riscos se vai viver (excluindo ou incluindo sob condições), como e sobretudo, qual a medida de competência que vai deferir-se à Administração quanto à sua apreciação e gestão e, concomitantemente, qual a equação entre liberdade e segurança a adoptar perante cada tipo de risco⁵¹⁶. É que a definição do risco residual não é, como sublinha WAGNER, politicamente neutra⁵¹⁷.

A resolução dessa equação constitui o nódulo problemático das decisões em quadros de incerteza. Quando o legislador, apoiado nos dados que a ciência fornece, não afasta taxativamente determinados riscos – por exemplo, proibição do uso do DDT –, seja porque os ignora, seja porque desconhece os seus efeitos, seja mesmo porque, embora conhecendo-os e aos seus efeitos, entende que a sociedade em geral retira deles benefícios não despreciandos, tem que delegar nos órgãos com características funcionalmente mais adequadas ao desempenho de tal tarefa – os órgãos administrativos – a definição última dos termos da suportaçã do risco e os deveres que impendem sobre quem os produz. Porém, perante pressupostos de facto de evolução dificilmente reconhecível, e em face da perspectiva de produção de danos consideráveis e tendencialmente irreversíveis em bens jurídicos fundamentais, a Administração pode ser tentada a resolver a equação no sentido da segurança, excluindo qualquer cenário de risco. É neste ponto que interessa considerar a questão do risco residual.

4.2.2.1. O problema do risco residual

A noção de risco residual foi trazida para a ribalta da dogmática jurídica pelo Tribunal Constitucional alemão, em finais da década de 70 do século passado, a propósito da apreciação da constitucionalidade do artigo 7, §2, nº 3, da Lei da Energia Atómica (*Atomgesetz*), na sequência da anulação jurisdicional de uma autorização administrativa relativa à implantação de um novo reactor (*schneller Brüter*) na central nuclear de Kalkar. Os fundamentos do recurso para o *Bundesverfassungsgericht* assentaram na invocação da violação, por tal disposição – que enumera os pressupostos da autorização, nomeadamente a sua adstrição aos parâmetros do “estado da ciência e da técnica” (*Stand der Wissenschaft und Technik*) –, dos princípios democrático, da reserva de lei e da separação de poderes, em virtude da sua vaguidade, a

⁵¹⁵ Conforme sublinha H. WAGNER, deve destrinçar-se o momento de aceitação de um determinado risco da técnica de delimitação do risco residual a ele inerente – *Die Risiken von Wissenschaft und Technik als Rechtsproblem*, in *NJW*, 1980/13, pp. 665 segs, 666, 667.

⁵¹⁶ Cfr. J. ESTEVE PARDO, *Técnica...*, *cit.*, pp. 51 segs.

⁵¹⁷ H. WAGNER, *Die Risiken...*, *cit.*, p. 671.

qual investiria a Administração no poder de tomar decisões de impactos imprevisíveis para a comunidade que só ao legislador caberiam⁵¹⁸. Começaremos por apreciar, brevemente, a argumentação desenvolvida pelo Tribunal Constitucional alemão, nos casos *Kalkar* e *Wyhl (i.)*, para depois nos debruçarmos sobre as reacções doutrinárias a esta jurisprudência (*ii.*).

i.) O Tribunal começou por apreciar o relevo da decisão de conformar a utilização pacífica da energia nuclear pelo Parlamento, através da *Atomgesetz*, a qual reveste um interesse colectivo de superior importância, na medida em que permite providenciar formas alternativas de produção de energia essenciais ao desenvolvimento da economia e bem-estar dos cidadãos, abstraindo da crescente escassez de recursos geradores das energias tradicionais. A legitimidade do Parlamento para tomar tal decisão é inequívoca, portanto. Todavia, tendo em consideração os riscos, eventualmente catastróficos, que tal técnica comporta, o regime da concessão de autorização para implantação de instalações desse tipo deve ser rigoroso e atender a uma filosofia de segurança à qual esteja subjacente a ponderação de bens⁵¹⁹.

A impossibilidade de seguir legislativamente, *pari passu*, a evolução das condições de segurança técnica das centrais nucleares e seus componentes obriga o legislador a delegar na Administração essa competência de avaliação e sobretudo de gestão do risco. Ou seja, o legislador não detém a última palavra sobre a equação, *em cada caso concreto*, entre os benefícios da instalação e os prejuízos potenciais para a saúde e ambiente — porque a estrutura da decisão legislativa não se compagina com o dinamismo dos fenómenos sociais, nomeadamente todos os que estão sujeitos a uma vertiginosa mutabilidade —, devendo traçar um quadro normativo que dirija o exercício das competências administrativas sem o espartilhar excessivamente⁵²⁰.

O Tribunal Constitucional considerou que esse quadro estava suficientemente definido a partir da cláusula do “estado da técnica”, a qual operacionaliza uma “protecção dinâmica” dos direitos fundamentais (*dynamischer Grundrechtsschutz*). Com efeito, perante a diversidade e mutabilidade das situações da vida, o legislador é forçado a encontrar fórmulas de protecção mais flexíveis, a partir de conceitos indeterminados que condensem, no essencial, as directivas orientadoras do exercício dos poderes administrativos, salvaguardando assim os princípios democrático, da reserva de lei e da separação de poderes. Embora indeterminada, a fórmula do “Stand der Wissenschaft und Technik” reúne ainda as condições de determinabilidade mínimas, à luz da Constituição⁵²¹.

O défice de regulação do exercício da competência administrativa em quadros de incerteza é, por isso, endémico, mas tem que ser ultrapassado através de uma hábil construção normativa que impeça a paralisia. A operacionalidade deste esquema

⁵¹⁸ Decisão de 8 de Agosto de 1978 (*Kalkar*), in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 49, pp. 89 segs. Sobre esta decisão, vejam-se, entre tantos, B. BENDER, *Gefahrenabwehr...*, *cit.*, *passim*; M. FROMONT, République Fédérale d'Allemagne. La jurisprudence constitutionnelle en 1978, in *RDPSP*, 1979, pp. 1645 segs, 1650 a 1652; W. R. BREUER, *Gefahrenabwehr...*, *cit.*, pp. 830 segs; *idem*, *Ausbau...*, *cit.*, pp. 852, 853; UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, pp. 73 segs; N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, pp. 154, 155.

⁵¹⁹ Decisão *Kalkar*, *cit.*, p. 117.

⁵²⁰ Decisão *Kalkar*, *cit.*, p. 121.

⁵²¹ Decisão *Kalkar*, *cit.*, pp. 134 segs.

paga-se com a responsabilização directa da Administração pela análise equilibrada das situações de facto envoltas na incerteza. Ao aceitar a solução da utilização pacífica da energia nuclear, sujeitando-a a um controlo preventivo pelos órgãos do poder Executivo balizado pela possibilidade técnica de minimização de riscos, o legislador renuncia à alternativa do risco-zero – embora se rodeie de especiais cuidados. As vantagens da sua decisão repercutem-se sobre toda a comunidade; em conformidade, o ónus de suportaçãodaquele risco que está para além dos limites da previsibilidade humana, de um juízo de razoabilidade prática e de controlabilidade técnica (*praktische Vernunft*), deve ser partilhado por todos⁵²².

Assim, o risco residual – todo aquele que não pode ser excluído com absoluta certeza – constitui um preço civilizacional e um garante da liberdade do espírito humano. Nem o legislador, nem a Administração, podem ser responsabilizados pela eclosão de riscos inimagináveis, cuja eliminação levaria a uma obsessão securitária capaz de condenar a forma de organização, social e económica, como actualmente a conhecemos em Estado de Direito democrático. A este risco tolerável – tanto maior quanto menores forem os conhecimentos científicos e as possibilidades técnicas – contrapõe-se o risco intolerável, cuja gestão está a cargo da Administração. Esta, apoiada nos melhores dados científicos, está obrigada a realizar a ponderação mais adequada e equilibrada possível dos interesses em presença, de acordo com o princípio da proporcionalidade. A prevenção de riscos é sempre contingente, é sempre uma prevenção na medida do possível⁵²³.

Isto significa que os tribunais, sob pena de se tornarem “censores da civilização”⁵²⁴, não podem substituir a ponderação valorativa realizada pela Administração no âmbito das suas competências de prevenção de riscos, devendo limitar-se a exercer um controlo de plausibilidade. O mesmo é dizer que o âmago da decisão administrativa de gestão do risco, condensado na adequada selecção dos factores de ponderação e no equilíbrio desta, é incontornável pelo poder jurisdicional. Os tribunais podem, com o auxílio de peritos, chegar a questionar a avaliação do risco realizada, bem como analisar o procedimento formal de incorporação dessa base científica na decisão; não é legítimo, contudo, refazer o *iter* ponderativo a partir da fixação da interpretação científica dos factos, que só à Administração cabe, por envolver a realização de valorações intrinsecamente ligadas à função administrativa⁵²⁵. Pesar a incerteza sobre a evolução dos factores de risco, os benefícios aliados à decisão e as lesões eventuais por ela provocadas, à luz da consideração dos bens jurídicos em jogo, é uma operação de prognose que só a Administração tem capacidade – e legitimidade constitucional – para levar a cabo⁵²⁶.

Esta decisão centrou-se no conceito de risco residual, ao qual está subjacente a constatação da progressão de um estágio em que a Administração se limitava a evitar perigos, concretos e previsíveis, por recurso a juízos de experiência, para um nível de prevenção alargada, no qual é convocada para proceder à antecipação de riscos,

⁵²² Decisão *Kalkar*, *cit.*, pp. 141 segs.

⁵²³ Decisão *Kalkar*, *cit.*, p. 138.

⁵²⁴ W. R. BREUER, *Gefahrenabwehr...*, *cit.*, p. 830.

⁵²⁵ Cfr. R. WAHL, *Risikobewertung der Exekutive und richtlicher Kontrollgedichte. Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren*, in *NZW*, 1991/5, pp. 409 segs, *max.* 414 segs.

⁵²⁶ Decisão *Kalkar*, *cit.*, pp. 131, 132 (posição reafirmada na decisão *Wyhl*, *infra* citada, a págs. 316, 317).

apoiando-se na melhor informação científica disponível. O risco residual é, literalmente, *o que resta* num quadro normativo constitucionalmente conformado com vista a uma protecção dinâmica dos direitos fundamentais, que aposta na liberdade e confia ao legislador, primariamente, e à Administração, numa tarefa permanentemente reconstrutiva dos objectivos da norma à luz dos avanços científicos e tecnológicos, a garantia de um nível de segurança nos limites da previsibilidade humana.

Na síntese de BREUER, a decisão *Kalkar* redundava em três conclusões: em primeiro lugar, a constatação da complexidade que rodeia as decisões tomadas em quadros de incerteza; em segundo lugar, a responsabilidade última do legislador democrático directamente legitimado pelos inarredáveis compromissos em que se traduzem as opções administrativas; e, por último, a necessidade de reconhecimento de um espaço de livre ponderação e decisão administrativa assente num esforço contínuo de investigação e actualização técnico-científica⁵²⁷.

O *Bundesverfassungsgericht* preocupou-se nesta decisão, sobretudo, com a caracterização do estreitamento da noção de risco residual perante o alargamento das competências de prevenção de eventos lesivos de bens jurídicos fundamentais cuja probabilidade se apresenta tendencialmente ténue. Em face da noção tradicional de perigo, risco residual era todo aquele que não resultasse de um encadeamento de circunstâncias plenamente comprovável por recurso a regras de experiência; já confrontando a noção de risco, e sob pena de *sufocar* os direitos fundamentais dos cidadãos em nome da sua salvaguarda, há que admitir a redução do risco residual, mas não a sua aniquilação — raciocínio que resultaria de uma aplicação do paradigma puro da precaução. Na sociedade de risco, este deve, em regra, ser entendido como um mal necessário, constituindo objecto de medidas de minimização na medida do possível.

Um maior enfoque na distinção entre risco e perigo surge alguns anos mais tarde (1985), uma vez mais pela pena do Tribunal Constitucional e também num caso que envolveu a aplicação do artigo 7, §2, n.º 3, da *Atomgesetz*⁵²⁸. Na decisão *Wyhl*, a Alta Instância de controlo da constitucionalidade alemã confirmou ver na norma *sub judice*, por um lado, um imperativo de antecipação de riscos e não uma mera habilitação de defesa contra perigos e, por outro lado, uma obrigação de prevenção do risco até ao limite da impossibilidade *prática* de exclusão.

Assim, de acordo com o *Bundesverfassungsgericht*, a prevenção de riscos não deve ficar limitada pela necessidade de verificação de umnexo de causalidade entre facto e dano hipotético, mas deve ir mais além, estendendo-se a uma suspeita de perigo ou a uma potencial fonte de receio (*Gefahrenverdacht oder Besorgnispotential*)⁵²⁹. Confirma-se aqui a continuidade material da noção de risco relativamente à de perigo, embora se sublinhe a preferência pela consagração formal autónoma dos poderes de avaliação e gestão do risco (na *Atomgesetz* apenas implicitamente realizada, por remissão para a cláusula do *Stand der Wissenschaft und Technik*, ao contrário da *BImSchG*, onde os n.ºs 1 e 2 do §1 do artigo 5, claramente se reportam à defesa contra

⁵²⁷ W. R. BREUER, *Ausbau...*, *cit.*, p. 853.

⁵²⁸ Decisão de 19 de Dezembro de 1985 (*Wyhl*), in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 72, pp. 300 segs.

⁵²⁹ Decisão *Wyhl*, *cit.*, p. 315.

perigos e à prevenção de riscos, respectivamente⁵³⁰ – v. *supra*, 3.2.1.).

No exercício das suas competências de prevenção de riscos, no âmbito da *Atomgesetz*, a Administração deve ter em consideração, não apenas os dados científicos objecto de consenso na comunidade científica, mas também todas as opiniões que revistam um mínimo de solidez e credibilidade (*alle vertretbaren wissenschaftlichen Erkenntnisse in Erwägung ziehen*)⁵³¹. A responsabilidade pela apreciação e gestão do risco só se detém perante a probabilidade puramente teórica, um puro “fantasma de risco, numa construção puramente intelectual”⁵³², inimaginável e inconcebível à luz de qualquer hipótese científica credível⁵³³. Esse é o espaço onde fica *acantonado* o risco residual.

Por outras palavras, a Administração, que perante um perigo iminente ou claramente previsível por recurso a juízos de experiência, tem o dever de actuar no sentido da evitação desse perigo goza, no domínio do risco, de uma margem mais ampla de manobra, que implica a protecção dos bens jurídicos protegidos pela norma habilitante nos limites da previsibilidade humana e da possibilidade técnica. Se o órgão decisor for além do patamar da previsibilidade, colocando hipóteses incomprováveis à luz das teses científicas reconhecidas, exorbita da sua competência e atenta contra a separação de poderes, pois concebe uma margem de risco residual menor do que a que o próprio legislador previu; se o órgão decisor ficar aquém do patamar de previsibilidade, descartando hipóteses com razoável grau de comprovabilidade ou, pelo menos, não permitindo excluir com razoável certeza a eclosão do risco, demite-se do uso da competência de prevenção na medida do possível que o legislador lhe confiou e põe-se em causa como poder do Estado funcionalmente apto à prevenção de riscos, porque aceita um alargamento da faixa de risco residual fixada na lei. Ambas as hipóteses, controláveis jurisdicionalmente através dos parâmetros da proporcionalidade, acarretam a invalidade das decisões e implicam a assunção de responsabilidades por parte da Administração perante os eventuais lesados⁵³⁴.

ii.) A fixação do limiar de previsibilidade para o nível da impossibilidade prática de exclusão do risco chama a atenção para a facilidade de extensão da competência administrativa a partir de uma norma habilitativa que, aludindo à antecipação de riscos, não precisa o limite mínimo de avaliação destes. Ainda que contando com a bitola da proporcionalidade para justificar a adequação desta variante a casos de máxima incerteza (no sentido de inexistência de consenso na comunidade científica) e máximo potencial de lesividade para bens jurídicos fundamentais (nomeadamente, para a vida e integridade física/saúde das pessoas), a intervenção legislativa impõe-se, também na medida do possível, a fim de legitimar o agravamento do nível de ingerência das autoridades administrativas na esfera jurídica dos particulares virtuais produtores de risco. Forçando talvez um pouco a nota, DI FABIO nota que, especialmente num domínio como o da utilização da energia atómica, tendo em

⁵³⁰ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, p. 88.

⁵³¹ Decisão *Wyhl*, *cit.*, p. 316.

⁵³² C. NOIVILLE, *Principe...*, *cit.*, p. 276.

⁵³³ Ou, no limite, extraordinariamente remota, como a queda de asteróides – J.-BERNARD AUBY, *L'évolution...*, *cit.*, p. 172.

⁵³⁴ Neste sentido, R. WAHL, *Risikobewertung...*, *cit.*, pp. 410 segs.

consideração os interesses em jogo, facilmente se chegará – na ausência de precisão legislativa – a uma extensão dos poderes de prevenção do risco até ao limiar da possibilidade *teórica*⁵³⁵.

BENDER considera que a inclusão na ponderação de todas as hipóteses cientificamente ventiladas, ainda que claramente minoritárias, constitui uma *sobreinterpretação* do limite da probabilidade prática (*praktische Vernunft*), que contribui para a redução da faixa de risco residual fixada (indicativamente) pelo legislador⁵³⁶. No entanto, deixa “subtrair” – ainda que excepcionalmente – a este espaço certos riscos, que muito embora possam ser minimizados pela técnica, têm um potencial tão alto e um espectro de lesividade tão amplo que obrigam à sua exclusão total. Ou seja, BENDER entende que, quando o Tribunal Constitucional se refere à “melhor protecção possível”, legitima a Administração a efectuar uma ponderação que, devendo por princípio respeitar o núcleo incompressível de risco residual pode, a título excepcional e em nome de valorações próprias do poder administrativo fundadas num juízo de proporcionalidade, anular a existência desse risco⁵³⁷.

Só a caracterização da excepcionalidade destas situações justifica, segundo WAGNER, a tese de BENDER. A generalização da hipótese de a Administração, perante a incerteza criada pelo dissenso entre os cientistas, optar sistematicamente pela extensão máxima do limite de risco intolerável, significaria aceitar a existência de um dever de protecção do Estado no sentido da evitação de qualquer risco, a que corresponderia um direito fundamental à exclusão do risco (ou a uma total segurança) titulado por cada cidadão⁵³⁸. Tal interpretação não só anula a diferença fundamental (em termos de grau de probabilidade) entre perigo e risco, como e acima de tudo, investe o Estado num dever de prevenção do risco praticamente impossível e juridicamente questionável, do ponto de vista da primacia da liberdade num Estado de Direito.

Já BREUER lê na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* uma injunção dirigida à Administração no sentido da consideração de *todos* os dados científicos disponíveis, de modo a que a autorização só seja concedida após a rejeição fundamentada de qualquer hipótese que aponte, ainda que remota e minoritariamente, para a probabilidade de eclosão de um risco. A opção de afastamento do risco residual só é justificável por recurso a informação científica credível, mesmo que não consensual, ainda que não dispense a ponderação de interesses⁵³⁹. Porque esta existe sempre, se não a jusante da avaliação do risco (como na tese de BENDER), pelo menos a montante, na medida em que à Administração sempre caberá ponderar o peso das opiniões minoritárias, optando eventualmente por seguir a tese da não probabilidade (em vez da orientação que propugna a não exclusão com razoável probabilidade), tendo em conta o juízo de proporcionalidade realizado no caso concreto e as possibilidades técnicas disponíveis⁵⁴⁰.

⁵³⁵ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, p. 78.

⁵³⁶ B. BENDER, *Gefahrenabwehr...*, *cit.*, p. 1428.

⁵³⁷ B. BENDER, *Gefahrenabwehr...*, *cit.*, p. 1428.

⁵³⁸ H. WAGNER, *Die Risiken...*, *cit.*, p. 669.

⁵³⁹ W. R. BREUER, *Gefahrenabwehr...*, *cit.*, p. 835.

⁵⁴⁰ Cfr. W. R. BREUER, *Gefahrenabwehr...*, *cit.*, p. 837.

Ambas as teses convergem na possibilidade de conferir à Administração margem de livre decisão quanto à gestão da incerteza de acordo com os concretos equilíbrios de interesses em jogo. O momento em que a ponderação actua é que é diverso: para BENDER, a valoração administrativa dos factos é autónoma da interpretação científica destes; para BREUER, a ponderação pode surgir logo na adesão ou rejeição — devidamente fundamentadas, bem entendido — de uma determinada leitura científica, em atenção à conformação de interesses que visa realizar.

O verdadeiro problema é o de saber se a Administração pode eliminar o risco residual, na ausência de uma determinação legislativa precisa quanto aos limites da competência de avaliação do risco. Ou seja, saber se a Administração está vinculada apenas até ao limite da probabilidade commumente aceite no seio da comunidade científica, ou se também deve ir ao ponto de considerar a não exclusão sustentada por hipóteses menos representativas, é determinante para averiguar o espaço de risco residual e simultaneamente para determinar a medida da competência de ingerência administrativa. A valoração da incerteza que a pluralidade de opiniões científicas injecta no procedimento só legitimará a opção do risco-zero — quando a própria lei o não disser — caso a ponderação de interesses (comparação de bens jurídicos; comparação de riscos), realizada por recurso aos critérios de necessidade, adequação e equilíbrio, a isso conduzirem⁵⁴¹.

É certo, por um lado, que não está em causa abrir a porta a qualquer suspeita de risco, mas apenas a hipóteses cientificamente apoiadas — embora depois se coloque a questão de saber como aferir o grau de credibilidade de uma posição claramente minoritária. Não é menos verdade, contudo e por outro lado, que há certas situações, decerto excepcionais, em que, perante um nível de conhecimento científico altamente lacunar quanto aos efeitos, em intensão e extensão, de um determinado risco, e ainda que a técnica pareça poder garantir a sua minimização, a necessidade de protecção dos bens jurídicos teoricamente ameaçados pode levar, legitimamente (leia-se: com equilíbrio), à opção de eliminação de todo o risco residual por parte do decisor administrativo — de forma temporária ou definitiva, com ou sem alternativas.

Parece-nos que a preocupação do Tribunal Constitucional alemão, bem como da doutrina, reside, por um lado, na legitimação de um poder administrativo de antecipação (e minimização) de riscos humanamente previsíveis, concedido pela lei, apoiado em dados científicos e operacionalizado pela técnica, que não dispensa a ponderação de interesses nos termos do princípio da proporcionalidade. Por outro lado, na afirmação de um espaço livre de intervenção legislativa e de ponderação administrativa, construído a partir da constatação da necessidade de, por princípio, salvaguardar um mínimo incompressível de liberdade correspondente à impossibilidade de prevenção de todo e qualquer risco.

Enfim, a extensão da competência administrativa de antecipação do risco, preferencialmente radicada numa norma habilitativa diversa da orientada para a prevenção de eventos de verificação empiricamente certa, deve aferir-se, *na ausência de maior precisão legislativa*, pelo critério da não exclusão prática, ou seja, aceitando que a ciência é um universo de verdades plurais e vinculando a Administração à ponderação dessa realidade de modo a salvaguardar dinamicamente, como lhe compete, a integridade e segurança de bens jurídicos fundamentais⁵⁴².

⁵⁴¹ Sobre a essencialidade do critério da proporcionalidade para legitimar, no limite, a exclusão do risco residual, H. WAGNER, *Die Risiken...*, *cit.*, pp. 670, 671.

⁵⁴² Cfr. N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, p. 156.

O Tribunal Constitucional alemão rejeita, assim, a adopção de um critério de possibilidade teórica de eclosão de riscos, que condenaria todo o progresso técnico e científico, coincidente com o prolapado princípio da precaução⁵⁴³. A protecção dos direitos fundamentais num contexto de incerteza quanto à evolução dos pressupostos de facto, salvo manifestação de outra intenção (mais securitária) pelo legislador, fica sujeita a uma “reserva de evitação do risco na medida do possível”, i. e., é uma tarefa de prevenção realizada na medida da comprovabilidade científica e da contro-labilidade técnica exigíveis nos quadros actuais.

4.2.3. O imperativo de incorporação da ciência no procedimento de tomada de decisões em cenários de incerteza

A confiança da missão de prevenção do risco à Administração deve ser uma opção apoiada no Direito e justificada pelos factos da vida. A mutação incessante da realidade fáctica mercê das inovações constantes movidas pela tecnologia obriga o legislador a delegar nas autoridades administrativas a tarefa de gerir a incerteza por apelo a critérios de racionalidade. Ponto é que a Administração possa e saiba fazer uso desse poder de gestão da incerteza, o que implica, por um lado, o acesso à informação científica que constitui o apoio da decisão e, por outro lado, a realização de uma ponderação equilibrada dos factos em análise. A decisão num quadro de risco pressupõe a existência de uma determinada situação de facto de contornos duvidosos e evolução incerta, a interpretação científica desses factos, e a valoração dos factos à luz dessa interpretação. Os elementos da decisão num quadro de risco são, portanto: 1) os factos; 2) a leitura científica desses factos; e 3) a valoração dessa leitura num contexto de interesses divergentes.

A incorporação do saber científico no procedimento de tomada de decisões num quadro de incerteza insere-se na fase de avaliação do risco, que passa a ser imperativa no contexto da sociedade tecnológica. Com efeito, o que antes se verificava relativamente a decisões pontuais que envolviam grandes projectos de engenharia ou de indústria, é hoje uma regra que obriga a alterações na estrutura do procedimento – cuja iniciativa cabe, em primeira linha, ao legislador –, nomeadamente com vista à integração de um momento de pronúncia de um conjunto de especialistas na matéria objecto de decisão, pronúncia essa que vai servir de base de inteligibilidade para o decisor administrativo. “O decisor tem, em regra, que aceitar o fervilhante estado do conhecimento e deve tentar determinar como tomar a decisão em face de um pluralismo científico radical”⁵⁴⁴.

A consideração do fenómeno do risco como uma realidade de natureza materialmente diversa do perigo tem aqui, em nossa opinião, a sua mais concreta expressão. Não é que a prevenção de perigos seja, na sua essência, um poder diverso do de prevenção de riscos. A diferença reside na estrutura do procedimento, não na natureza da competência – trata-se de uma missão fundamental do Estado no sentido da salvaguarda da integridade de bens jurídicos fundamentais e objecto de protecção

⁵⁴³ PETER SAND, *The precautionary...*, *cit.*, pp. 10, 11.

⁵⁴⁴ V. WALKER, *The siren songs of science: toward a taxonomy of scientific uncertainty for decisionmakers*, in *Connecticut LR*, Vol. 23, 1991, pp. 567 segs, 580.

constitucional. Evidentemente que a norma habilitante de ingerência deve prever, sempre que possível, a extensão competencial – mas isso é uma decorrência dos princípios democrático, da reserva de lei e da legalidade administrativa. Mais importante do que isso, contudo, é a previsão de formas de incorporação de elementos novos relativamente ao procedimento tradicional de defesa contra perigos, que assentava primordialmente em regras de experiência “coleccionadas” pela Administração policial.

Neste ponto, cumpre chamar (mais uma vez) a atenção para a dependência do decisor administrativo relativamente à ciência e, reflexamente, à técnica. É o conhecimento científico que possibilita *desbravar a floresta* de incertezas nas zonas de risco e indicar hipóteses de compreensão dos fenómenos as quais permitam a conformação da situação jurídica pela Administração. O problema que mais directamente se coloca é o de saber se, no âmbito do procedimento de decisão em domínios onde grassa a incerteza – e nos quais, portanto, sem a “tradução” da ciência, a Administração fica totalmente impossibilitada de decidir –, o poder administrativo não fica de tal maneira *refém* da ciência que deixa, na realidade, de ser responsável pela decisão.

Acresce que a informação científica não só se revela essencial na fase da compreensão dos fenómenos que serve de guia à formulação de juízos de prognose administrativa, como é fundamental para avaliar a melhor solução técnica de operacionalização dos critérios de ponderação de interesses utilizados pela Administração. Assim, quer na fase declarativa, quer na fase executiva, a Administração perderia o controlo do conteúdo e do sentido da decisão a favor de entidades cujos critérios de actuação revelam um grau de total *asepticidade* em face do objectivo da melhor forma de realização do interesse colectivo⁵⁴⁵.

Sem embargo de sermos forçados a reconhecer que, em domínios de especialização crescente, o decisor administrativo fica fortemente condicionado pela leitura da realidade que só um perito (ou grupo de peritos) pode fornecer, não deixa de ser verdade que essa pré-compreensão, se é um ponto de partida, não é (ou pelo menos não é fatalmente) um ponto de chegada. Estando a Administração vinculada aos direitos fundamentais (artigo 18º/1 da CRP), bem como à prossecução das missões de protecção de bens da colectividade (artigo 266º/1; *maxime*, de protecção do ambiente – artigo 66º/2 da CRP), tem que promover a segurança na medida do conhecimento técnico-científico disponível, sob pena de poder vir a ser responsabilizada pelas lesões que a sua negligência originar; daí que não deva decidir positivamente com base num parecer inequivocamente desfavorável do ponto de vista da probabilidade de eclosão de riscos graves para bens jurídicos de superior relevo. Mas a vinculação aos direitos fundamentais pode, em contrapartida, justificar a decisão negativa *apesar* de um parecer favorável quanto à possibilidade de evitação ou minimização do risco – por a necessidade de equilíbrio de interesses conflitantes se sobrepor à viabilidade técnica.

Segundo DI FABIO, o novo tipo de decisão assente em pressupostos de incerteza crescente reveste uma componente valorativa tanto maior quanto mais insegura se revelar a base cognitiva. “A necessidade de ponderação valorativa é inerente ao con-

⁵⁴⁵ Cfr. A. SCHERZBERG, *Risiko...*, cit., p. 494.

ceito de risco”⁵⁴⁶. Paradoxalmente, do ponto de vista da legitimidade material, no âmbito das decisões em quadros de incerteza, a Administração não pode dispensar a “tradução” dos fenómenos providenciada pela ciência, pois a inteligibilidade da sua decisão e a consequente aceitabilidade desta pelos destinatários dependem da compreensão dos factos – ainda que por remissão – onde se vai alicerçar a ponderação valorativa.

O apoio da ciência é tanto mais necessário quanto maior for a imprecisão da norma habilitativa – surgirá como uma espécie de contrapeso de precisão. A utilização de conceitos indeterminados permite à Administração corresponder dinamicamente à multifacetação das situações da vida, veiculando uma diferenciação que permite decidir, pretensamente da forma mais adequada, cada caso da vida. Todavia, essa operacionalização tem custos, desde logo de dificuldade de legitimação e de aceitabilidade da decisão administrativa⁵⁴⁷.

Por outras palavras, a ciência é, formalmente, apenas um elemento de inteligibilidade dos factos e da incerteza que sobre eles impende quanto ao seu desenvolvimento futuro, elemento esse que constitui um apoio para o exercício da valoração administrativa. A responsabilidade pela decisão é da autoridade administrativa com competência final e, salvo previsão legal no sentido da vinculatividade do parecer (negativo), não constitui uma mera ratificação do parecer técnico, mas antes a expressão de uma ponderação. Materialmente, contudo, o condicionamento da Administração em face da ciência em domínios de tendencial incerteza é uma realidade decorrente da absoluta necessidade de explicitação dos pressupostos de facto, que transparece, aliás, através da concretização do dever de fundamentação das decisões administrativas. Mesmo traduzindo expressões de pura validade intelectual, as avaliações dos peritos acabam por revestir uma força vinculativa *de facto* que as coloca numa “zona cinzenta” quanto à sua conformidade constitucional⁵⁴⁸.

Quanto à técnica, ela é uma espécie de ciência em acto⁵⁴⁹, conformando já não propriamente o conteúdo da decisão, mas a sua operacionalidade – quer do ponto de vista do destinatário, quer do ponto de vista da Administração. O problema aqui reside, de uma banda, na garantia de um contínuo fluxo de informação especializada que mantenha as autoridades administrativas a par da evolução técnica dos meios de controlo do risco – o nível de exigência concreto, no que concerne à minimização do risco em cada situação, depende do conhecimento da existência de tais meios. De outra banda, o progresso do conhecimento científico gera a invenção de novas tecnologias, cuja adopção por parte dos agentes criadores de risco constitui uma obrigação que pressupõe informação sobre a sua existência (e disponibilidade), informação essa que deve ser também obtida pela Administração, sob pena de frustração do objectivo de efectiva fiscalização do cumprimento dos termos da decisão.

⁵⁴⁶ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, p. 110.

⁵⁴⁷ Cfr. B. EBINGER, *Der unbestimmte Rechtsbegriff im Recht der Technik*, Berlim, 1993, p. 35.

⁵⁴⁸ Neste sentido, UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, p. 85.

⁵⁴⁹ Cfr. W. R. BREUER, *Gefahrenabwehr...*, *cit.*, p. 837: “Die konstruktive Entwicklung der Mittel ist Sache der Technik; die vorbereitende Grundlegung, die Analyse und die Kontrolle der Mittel obliegen der Wissenschaft”.

4.2.4. O imperativo da inversão do ónus da prova a cargo do potencial agente criador de risco

A protecção constitucional, quer incida sobre direitos subjectivos, quer sobre bens de interesse colectivo, pode justificar que, em situações de potencial lesão provocada por actividades especialmente perigosas, o agente responsável pela fonte de risco deva fornecer as informações necessárias à elucidação sobre a efectiva perigosidade da actividade que pretende desenvolver. O princípio da prevenção de danos sobre bens jurídicos de superior relevo – tais como a vida, a integridade física, a propriedade, ou o ambiente, o património cultural, a saúde pública –, que vincula o Estado e concretamente as entidades funcionalmente mais aptas a desenvolver tais tarefas do ponto de vista material (as administrativas), no quadro da multiplicação de riscos de extensão e intensão consideráveis, obriga mesmo à imposição dessa diligência procedimental.

A inversão do ónus da prova em procedimentos de tomada de decisões em quadros de incerteza, sempre que estejam em causa bens jurídicos constitucionalmente tutelados susceptíveis de sofrer lesões de substancial gravidade, é um imperativo da prevenção alargada induzida pela sociedade de risco. Quem cria o risco deve provar que ele se situa nos limites admissíveis pela norma num momento prévio à emissão do acto autorizativo, ou seja, num momento prévio à criação das condições de eventual ocorrência da lesão. Esta restrição da liberdade de iniciativa económica – se assim se entender, pois não é de afastar liminarmente a sua qualificação como uma simples conformação do direito decorrente da confluência com normas de protecção de bens jurídicos fundamentais – é inteiramente admissível à luz dos ditames da proporcionalidade, na medida em que se afigura como necessária à protecção de tais bens, adequada – pois é certamente o potencial agente criador do risco que melhor conhece os termos da sua actividade e detém as informações sobre as suas características –, e não excessiva – o exercício do direito está sujeito a um mero ónus de prestação de informações (além, claro, da conformidade com as normas aplicáveis).

A inversão do ónus da prova, por si só, não nos parece problemática, desde logo em nome da protecção preventiva de valores constitucionalmente tutelados e da ultrapassagem do teste da proporcionalidade. Na abstenção do legislador e lançando mão de argumentos do domínio jurisdicional transponíveis para o domínio procedimental, o juiz, no quadro dos seus poderes processuais visando a descoberta da verdade material, pode exigir a produção de provas adicionais até ao mais completo esclarecimento sobre o conhecimento dos factores de risco (cfr. o artigo 519º/1 do CPC), o que pode, na prática, redundar numa situação semelhante à inversão do ónus da prova. Já para não referir que “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”, nos termos do artigo 516º do CPC.

Excessiva parece-nos a extensão da medida deste *onus probandi* para além dos limites do razoável, i. e., e salvo maior precisão do legislador, do nível de comprovabilidade científica de ausência de risco através dos dados científicos disponíveis e credíveis – como preconiza o princípio da precaução, na sua versão radical. A exigência da prova da inocuidade da actividade como condição de obtenção de uma autorização ou de isenção de responsabilidade, obriga a uma *diabolica probatio* que afronta os cânones da proporcionalidade, em virtude da compressão intolerável da

liberdade de iniciativa económica privada⁵⁵⁰. O empresário ou industrial fica sujeito a um ónus de realização impossível, cujo cumprimento inviabilizaria o desenvolvimento de qualquer novo projecto potencialmente lesivo de bens ambientais naturais, o que atenta contra a preservação do núcleo essencial do direito de iniciativa económica que adstringe o legislador ordinário, nos termos do artigo 18º/3 da CRP.

Subscrevemos, assim, inteiramente a crítica de BARTON a esta extensão desmesurada da medida de prova⁵⁵¹. O Autor, depois de destrinçar os problemas da inversão, por um lado, e do agravamento do *quantum do onus probandi* numa aplicação estrita do princípio da precaução, por outro lado, sublinha que a imposição de um critério de prova similar ao utilizado no processo penal (*beyond a reasonable doubt*) é política e economicamente incorrecto, por irrealista. Assim, propõe a adopção de um critério de comprovabilidade razoável (*reasonable ecological or medical concern*) que, ao cabo e ao resto, tende a coincidir com a regra formulada pelo Tribunal Constitucional alemão e sancionada pela doutrina (embora com variantes), traduzida na previsibilidade dentro dos limites práticos do conhecimento humano.

4.2.5. O imperativo de proporcionalidade como limite interno da validade da decisão sobre o risco

A impotência do legislador para determinar com precisão as medidas a tomar perante cenários de incerteza, por um lado, e a contínua evolução técnica, por outro lado, levam à infiltração no domínio do ambiente de uma fórmula que, remetendo embora para dados extra-jurídicos, não retira espaço de ponderação à Administração. Isto na medida em que a base científica da decisão se perfila como um mínimo de inteligibilidade a que o decisor deve atender, mas ao qual não está, pela positiva, vinculado. Por outras palavras, a ponderação valorativa abre-se após a apresentação de um discurso de decifração dos dados científicos em jogo – factores de risco, níveis de probabilidade de eclosão do risco, formas de minimização desse risco, riscos alternativos, riscos sucessivos – e vai ser utilizada pela Administração com vista à elaboração de prognoses/cenários possíveis de evolução da intervenção projectada e submetida a autorização, e da realização harmoniosa dos interesses em presença.

Na construção deste *iter* decisório, a Administração, sem perder de vista a base científica de que dispõe, deve atender aos cânones da adequação e da proibição do excesso na conformação do acto autorizativo. O discurso científico surge como um pressuposto de condicionamento negativo da decisão; mas como é de prever que mesmo a leitura científica transmita dúvidas sobre a evolução dos fenómenos, a Administração terá muitas vezes que fazer um balanceamento de interesses, e com ele a ponderação da idoneidade de certas medidas que traduzem a intensificação do dever de protecção do ambiente por parte dos agentes, tentando não sacrificar

⁵⁵⁰ N. DE SADELEER adverte para a necessidade de modular a exigência de ausência total de risco, na medida em que “la démonstration du «risque-zéro» conduit nécessairement à une aporie puisque toute activité humaine est susceptible d’avoir d’une façon ou d’une autre un impact sur l’environnement. Au demeurant, rien ne supprimera la part incompressible d’imprévisibilité que comportent certaines activités à risque” – *Les principes...*, *cit.*, p. 194.

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

intoleravelmente nenhuma das posições em presença. O decisor terá que valorar a incerteza e servir-se dos instrumentos de controlo que a lei põe ao seu dispor; isto, no entanto, salvo indicação contrária ou diversa do legislador, sempre numa lógica de favorecimento da liberdade. Porque gerir o risco, na expressão de STELZER, é também gerir a liberdade⁵⁵².

O princípio da proporcionalidade surge, assim, como parâmetro de controlo interno da validade da decisão sobre o risco⁵⁵³. A valoração da incerteza realizada pela Administração há-de assentar numa construção intelectual de cenários de evolução dos pressupostos de facto, com base na informação científica reunida, mas tendo, muitas vezes, de a suprir nas suas lacunas através de escolhas que traduzem a ponderação de interesses da forma mais adequada e equilibrada possível. A lógica da prevenção é insuflada pela proporcionalidade na medida em que, tomados os valores em presença, e perante uma dose variável de incerteza, a Administração tem que sopesar, da forma mais harmónica, a intensidade dos deveres a impôr ao particular no confronto com o interesse de protecção ambiental de que a norma habilitativa a incumbem.

A circunscrição do objecto de interesse público afigura-se, assim, por demais relevante na delimitação dos poderes de conformação da situação jurídica por parte das autoridades administrativas. Quanto mais amplo for aquele, mais margem de ponderação se abre à Administração; daí a importância técnica da redução da noção de ambiente a um conteúdo restrito — o de bens ambientais naturais —, focalizando mais perfeitamente a base habilitante da ingerência administrativa e o suporte da imposição de deveres ecológicos⁵⁵⁴. Daí, também, a relevância da fundamentação da decisão, como forma de tornar o mais inteligível possível a sequência de ponderações equacionada pela Administração num domínio em que os nexos de causalidade são extremamente difusos.

Como o ambiente não pode ser erigido a valor constitucional preferente, tendo que conviver com outros valores de interesse público e com direitos dos particulares, a medida de intervenção há-de ser fruto de um *balancing process*, perigosamente perturbado por força da infiltração de graus maiores ou menores de incerteza. A decisão sob pressupostos de incerteza é uma *construção* feita a partir de dados pretensamente objectivos combinados com projecções subjectivas, numa complexa equação administrativa de ponderações⁵⁵⁵. A precaução, sob a veste, que preferimos, de prevenção temperada pela proporcionalidade, traduz o ultrapassar de um limiar de previsibilidade para um patamar de decisão em que as prognoses se tornam de elaboração crescentemente difícil, porque recaem sobre situações deslizantes. Recorrendo a uma citação já anteriormente utilizada de VON MOLTKE, para reforçar a aliança entre prevenção reforçada e proporcionalidade, podemos afirmar que “na medida em que a *Vorsorge* é reconhecidamente um objectivo político, a proporcio-

⁵⁵² M. STELZER, *The positioning of fundamental rights within governmental policies of risk management*, in *REDP*, 2003/1, pp. 189 segs, 206.

⁵⁵³ Servindo, assim, para corrigir os “excessos” resultantes da aplicação do “princípio da precaução” — G. SIOUTIS, *La gestion du risque et la protection de l’environnement*, in *REDP*, 2003/1, pp. 133 segs, 139.

⁵⁵⁴ Cfr. H. WAGNER, *Die Risiken...*, *cit.*, p. 672.

⁵⁵⁵ G. MARTIN, *Le concept...*, *cit.*, p. 459.

nalidade actua como um propulsor quanto à adopção de medidas que vão além da protecção contra riscos plenamente identificados. Simultaneamente, a proporcionalidade constitui um travão, pois exclui qualquer tentativa de eliminação total das perturbações ambientais, objectivo que poderia revelar-se excessivo⁵⁵⁶.

A decisão tomada com base em pressupostos eivados de incerteza, tentando assegurar a protecção de interesses gerais sem lesar intoleravelmente situações jurídicas particulares é, desta feita, uma tradução do princípio (substantivo) da prevenção fortemente condicionado pelos parâmetros da proporcionalidade⁵⁵⁷. Esta reflecte-se num primeiro nível, delimitativo, no qual o legislador indica, através de fórmulas abertas, os interesses protegidos e os critérios de ponderação, os quais *podem* ser integrados pela definição do risco residual⁵⁵⁸, maior ou menor⁵⁵⁹ – v.g., risco residual mínimo: “ampla margem de segurança”; médio: “razoável convicção de inocuidade”; máximo: “probabilidade mínima de lesão” – e, num segundo nível, operativo, incorporando o método de ponderação de interesses concretamente revelado pela situação da vida objecto de conformação administrativa.

4.3. A final, sobre o significado da precaução

Resta agora, depois de se ter procedido à desconstrução do princípio da precaução, reduzi-lo à sua autêntica expressão: a prevenção alargada a riscos. Esta redução é comprovável, quer no plano internacional (*i.*), quer no plano interno (*ii.*). Senão, vejamos.

i.) A doutrina internacionalista não consegue chegar a acordo sobre o significado unívoco da ideia de precaução, em virtude da pluralidade de concretizações que se detectam em variadíssimos instrumentos de Direito Internacional (do Ambiente). Esse facto suporta a asserção de que, em primeiro lugar, não existe nenhum princípio – enquanto máxima de conduta minimamente assente num núcleo substantivo – e, em segundo lugar, muito menos se pode identificar a emergência de um princípio de Direito Internacional geral a partir da precaução. Assim se justificam opiniões como a de NOLLKAEMPER, quando afirma que a precaução não introduz nenhum conceito novo, mas tão só uma nova expressão⁵⁶⁰, ou de BROWNLIE, que vê na precaução uma especial aplicação do dever de diligência no plano ambiental⁵⁶¹.

⁵⁵⁶ K. VON MOLTKE, *The relationship...*, *cit.*, p. 102.

⁵⁵⁷ Para B. MATHIEU (*L’avenir du principe...*, *cit.*, p. 2026), a decisão fundada no princípio da precaução é, na realidade, uma decisão baseada no princípio da proporcionalidade.

⁵⁵⁸ Na falta de previsão, deve valer o critério da não exclusão prática do risco por recurso aos melhores dados científicos disponíveis.

⁵⁵⁹ A determinação, ainda que vaga, do grau de risco aceitável, é um sinal de *activismo legislativo* que condiciona, naturalmente, a margem de livre decisão administrativa. A imprecisão dos pressupostos de facto subjacentes às decisões em cenários de incerteza é, contudo, de tal forma aguda que, salvo em situações em que os dados científicos se encontram muito sedimentados, não permite ao legislador assumir o protagonismo da gestão do risco. Cfr. R. STEINBERG, *Der ökologische...*, *cit.*, pp. 205 segs.

⁵⁶⁰ A. NOLLKAEMPER, *The precautionary principle...*, *cit.*, pp. 100 e 110.

⁵⁶¹ I. BROWNLIE, *International Law at the 50th anniversary of the United Nations*, in *RCADI*, 1995-I, pp. 13 segs, 194.

A precaução é uma locução útil para traduzir a necessidade de prevenção alargada a riscos, típica de uma sociedade em constante evolução tecnológica. No plano internacional, a precaução implica a adopção, por parte dos Estados, de um conjunto de novos comportamentos, quer jurídicos — cooperação na elaboração de convenções de protecção de bens ambientais transfronteiriços; implementação de estruturas supranacionais de tutela conjunta desses bens; notificação de acidentes de consequências graves para o ambiente —, quer materiais — vigilância; troca de informações; auxílio tecnológico; inspecções⁵⁶². Também no que concerne ao conteúdo das convenções com incidência ambiental, denota-se um crescente recurso a normas subordinadas a uma condição de adaptabilidade⁵⁶³, tal como foi sublinhado na decisão *Gabcikovo-Nagymaros*, na qual o Tribunal Internacional de Justiça alertou a comunidade internacional para a importância de um “interpretação dinâmica” das normas de Direito do Ambiente⁵⁶⁴.

Assim, mais do que utilizar uma expressão dúbia como a precaução, importante é reflectir na lógica de antecipação do risco e tentar dela extrair resultados práticos. FREESTONE e HEY enveredam por esta via, concluindo que a precaução se revela sobretudo através de inovações procedimentais⁵⁶⁵: a adopção da melhor tecnologia para minimizar os efeitos da poluição; a selecção de métodos de avaliação dos impactos e dos riscos como forma de melhorar a utilização dos bens ambientais; a promoção da investigação científica, de forma a permitir uma melhor compreensão das opções a longo prazo; o desenvolvimento de instrumentos jurídicos que possibilitem a máxima operacionalização da protecção ambiental, especialmente de carácter preventivo, tais como autorizações e notificações prévias, listagens (de produtos proibidos; de espécies em extinção), auditorias.

Enfim, no plano internacional, a precaução simboliza o extremar da noção de prevenção contra perigos, que se tornou incapaz de travar o aproveitamento desregrado dos recursos naturais. Daí que se tenha *passado do 8 ao 80*, transmutando o princípio da *Vorsorge* numa máxima de prevenção de todos os riscos⁵⁶⁶. Mas nem é esse o significado do princípio no ordenamento que foi o seu berço, nem a letra ou a prática internacionais permitem identificá-lo com semelhante desiderato⁵⁶⁷. Não se trata de erradicar o risco, mas sim de conviver com ele, de o controlar passo a passo, com a ajuda da técnica. Alcançar o risco-zero através de uma política radical assente na máxima “na dúvida, abstém-te” é uma impossibilidade científica. A precaução, na fórmula que a celebrizou, não é concretizável.

⁵⁶² E. HEY, *The precautionary concept...*, *cit.*, pp. 314 segs; H. HOHMANN, *Precautionary legal...*, *cit.*, pp. 190 e 342 segs

⁵⁶³ Cfr. exemplos em A. E. GOTLIEB, *The impact of technology on the development of contemporary international law*, in *RCADI*, 1981-I, pp. 115 segs, *max.* 128 segs; P. CONTINI e Phillipe SANDS, *Methods to expedite environment protection: international standards*, in *AJIL* 1972/2, pp. 37 segs. Leiam-se ainda as considerações de N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, pp. 197 segs.

⁵⁶⁴ P.-MARIE DUPUY, *Oú en est...*, *cit.*, p. 901.

⁵⁶⁵ D. FREESTONE e E. HEY, *Origins and development...*, *cit.*, pp. 12, 13.

⁵⁶⁶ É uma hipótese explicativa aventada por D. FREESTONE e E. HEY, *Implementing the precautionary...*, *cit.*, p. 251.

⁵⁶⁷ Neste sentido, C. DE ROANY, *Des principes...*, *c.*, p. 145.

ii.) No plano interno, a precaução é também assimilada a uma fórmula envolta em mistério, numa alquimia que alberga doses variáveis de incerteza⁵⁶⁸. Se a meta do risco-zero, perante a incerteza máxima, é impossível, porquê insistir na lógica da precaução? E se, em face da impossibilidade de eliminação total do risco, a precaução cede lugar à prevenção alargada a riscos, para quê criar uma noção nova, de consequências incertas e perigosas do ponto de vista da restrição da liberdade?

É neste contexto que se compreendem tomadas de posição doutrinárias no sentido de apontar concretizações da precaução (“sound bites”, na curiosa expressão da FISHER⁵⁶⁹), em vez de lhe conferir um conteúdo preciso. MARTIN, por exemplo, anota, como contributos da precaução, o enriquecimento da lógica da prevenção, a introdução de novos direitos e deveres procedimentais ligados à transmissão de informação, na perspectiva da democratização do risco, a relevância operativa do princípio da proporcionalidade, o reforço da noção de “interesse geral” como factor de ponderação integrada de interesses públicos confluentes no quadro da decisão sob pressupostos de incerteza⁵⁷⁰. VANDERZWAAG, por seu turno, qualifica como subsídios da precaução a inversão do ónus da prova, a inclusão de debates públicos prévios à tomada de decisões ambientalmente lesivas, a imposição de deveres de minimização das emissões poluentes a todos os que desenvolvem actividades industriais, a criação de impostos ecológicos e a afectação destes à implementação da investigação científica no domínio das técnicas de prevenção e minimização da poluição⁵⁷¹. Enfim, nada que uma *geometria variável* da prevenção⁵⁷², sustentada no princípio da proporcionalidade, não contemple.

Também no plano interno, portanto, a precaução revela a sua inutilidade e perversão. O princípio a adoptar deve continuar a ser o da prevenção, alargada a riscos, cuja utilização, por força da penetração de graus crescentes de incerteza, se encontra internamente limitada pelo princípio da proporcionalidade. A necessidade de respeito dos princípios democrático, da reserva de lei, da separação de poderes e do núcleo essencial dos direitos fundamentais recomenda, no entanto, a previsão da extensão competencial das autoridades administrativas – do perigo ao risco – na norma habilitante. Bem assim como a irrupção do fenómeno do risco obriga a uma reformulação do procedimento autorizativo, nomeadamente da sua abertura à ciência e à técnica. Disso se tratará no Capítulo seguinte.

⁵⁶⁸ A. ROUYÈRE, *L'exigence...*, *cit.*, p. 271.

⁵⁶⁹ E. FISHER, *Precaution, precaution...*, *cit.*, p. 14.

⁵⁷⁰ G. MARTIN, *Précaution...*, *cit.*, pp. 301 segs.

⁵⁷¹ D. VANDERZWAAG, *The concept...*, *cit.*, pp. 77, 78.

⁵⁷² Utilizando o termo *geometria variável* para descrever a graduação da precaução em razão da percepção do risco, N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, p. 123.

5. Síntese

A sociedade tecnológica é dominada pelo risco. O progresso construído sobre a evolução técnica tem o preço do agravamento do risco e implica para o Estado o desenvolvimento de mecanismos normativos capazes de lidar com a incerteza criada pela técnica. A noção de risco destaca-se da de perigo por força da perturbação das relações de causalidade gerada pela técnica, havendo quem veja no primeiro um fenómeno qualitativamente diverso do segundo, enquanto outros, em contrapartida, consideram o risco uma evolução meramente quantitativa (do grau de incerteza) do perigo.

O risco ambiental, porque incidente sobre bens fundamentais da colectividade, é um risco público que cabe primacialmente ao Estado prevenir (artigo 66º/2 da CRP). O risco ambiental ganha autonomia relativamente a outro tipo de riscos, desde logo em razão do seu objecto [a existência ou capacidade regenerativa de um (ou vários) bem ambiental natural], mas também de acordo com as suas causas e extensão. Este trabalho incide sobretudo sobre os problemas relacionados com os riscos ambientais provocados por causas directamente tecnológicas.

A tarefa de prevenção de perigos, integrante do núcleo mínimo de atribuições do Estado liberal, vai ver-se sensivelmente aumentada em função da necessidade de antecipação de eventos futuros e incertos, de consequências tendencialmente imprevisíveis, capazes de afectar bens de importância vital para a comunidade. Com o aumento de atribuições que caracteriza o Estado Social e com a multiplicação dos riscos na sociedade tecnológica, o princípio da prevenção, que no Estado liberal se limitava a evitar a produção de eventos cuja ocorrência estava causalmente determinada (em razão da sua iminência) ou era causalmente determinável (por recurso a regras de experiência) sofre, a par de uma *extensão objectiva*, uma *extensão funcional*, por força do advento do fenómeno do risco.

Em homenagem ao princípio da reserva de lei, corolário do princípio do Estado de Direito democrático, o conteúdo da norma habilitativa deve acompanhar, na medida do possível, esta extensão, objectiva e funcional. Passando a legitimidade da ingerência da Administração na esfera jurídica dos cidadãos a depender da existência de uma norma concretamente habilitante (no mínimo, quanto à competência e ao âmbito de intervenção), a lei impõe-se enquanto forma dessa legitimidade, embora se degrade na sua substância. Esta *degradação* é o preço a pagar pela dinâmica exigida à actividade administrativa na sua *perseguicao* de interesses públicos em constante convulsão, e redundando na necessidade de adaptar a cláusula habilitativa à pressão da realidade, prescindindo gradualmente da sua determinabilidade *a priori* (pelo legislador) para apostar na sua determinação *a posteriori* (pela Administração).

A necessidade de antecipação de riscos ambientais, os quais, pela sua potencialidade de destruição de bens com carácter de irreversibilidade, têm sido encarados com preocupação crescente, suscitou o aparecimento de um novo termo no léxico jurídico, com pretensões a substituir a lógica de prevenção. Trata-se do princípio da precaução, cujas origens remontam ao *Vorsorgeprinzip*, oriundo da legislação ambiental alemã dos anos 70 do século XX. Por muita controvérsia que a noção tenha gerado no seio da doutrina germânica, os autores convergem na atribuição ao *Vorsorgeprinzip* o sentido de um imperativo de antecipação de riscos em que a prevenção surge fortemente modulada pela proporcionalidade, e apoiada na técnica como

instrumento operativo de minimização do risco.

A faceta politicamente correcta da precaução granjeou-lhe a penetração, no plano internacional, primeiro, e nos ordenamentos internos, depois. A fluidez da formulação do “princípio”, as resistências jurisprudenciais a uma noção que tende a substituir o legislador pelo juiz, as reticências de uma parte da doutrina a uma máxima que, na sua radicalidade, sacrifica questionavelmente a liberdade à segurança, são apenas algumas das razões por nós recenseadas – na análise comparada que empreendemos sobre a aplicação do princípio da precaução – que conduzem à conclusão de que é a noção de prevenção, extensivamente interpretada que, nos parâmetros da proporcionalidade, há-de continuar a servir de fundamento à construção de bases habilitativas de ingerência administrativa no domínio da protecção ambiental e de criação de concretos deveres de preservação do ambiente.

Em Portugal, a precaução merece já referências, no artigo 9º do RLA e, mais desenvolvidamente, no artigo 3º/1/e) da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, as quais servem de apoio a alguns autores para a defesa da implantação do princípio do nosso ordenamento. A leitura a que procedemos, apoiada centralmente nas disposições da lei Fundamental não nos permite, contudo, ratificar semelhante conclusão; antes pelo contrário, confirma-nos a convicção de que a antecipação de riscos deve reconduzir-se ao âmbito da missão de prevenção de danos ambientais que impende primordialmente sobre os poderes públicos, de acordo com os artigos 9º/d) e 66º/2 da CRP. Por um lado, porque a precaução é uma noção que comporta riscos graves e atentatórios de valores constitucionais fundamentais. Por outro lado, porque a precaução é um conceito inútil em face das potencialidades da lógica da prevenção.

Os riscos da precaução resultam, sobretudo, da tentação da subversão da liberdade pela segurança, em nome de suspeitas mais ou menos consistentes. A lógica de ponderação de interesses no sentido da harmonização prática o mais adequada possível dos direitos e valores fundamentais, baseada nos nºs 2 e 3 do artigo 18º da CRP, revela-se contrária a um princípio que, unidireccionalmente, pretende afirmar a supremacia dos valores do ambiente e da saúde em face dos demais. No plano da responsabilização dos cidadãos por danos ecológicos, a ideia de precaução, pressionando o legislador no sentido da opção pela objectivização da responsabilidade, tão-pouco contribui para a consolidação da vertente da assunção consciente e solidária dos deveres de protecção ambiental, na medida em que, almejando a cobertura de todos os riscos, constrange a vontade de prevenir alguns deles. A opção deverá continuar a ser a de privilegiar a responsabilidade a título subjectivo, surgindo a objectiva como complemento.

A prevenção, na dimensão de antecipação de riscos na medida do tecnicamente possível, pelo contrário, apresenta-se como sustentáculo dogmático mais adequado à resolução das equações decisórias de incertezas que avassalam o legislador da sociedade de risco. Da noção de antecipação de riscos que integra a prevenção decorrem imperativos tais como: a democratização do risco; a abertura de um espaço de risco residual correspondente ao núcleo de liberdade incompressível à realização do que é único em cada pessoa; a necessidade de incorporação da ciência no procedimento de tomada de decisões em cenários de incerteza; a inversão do ónus da prova a cargo do potencial agente criador do risco.

Aspecto especialmente preocupante é o da progressiva perda de controlo do Estado sobre os riscos que incidem sobre a sua população e sobre os bens ambien-

tais naturais que se encontram sob sua jurisdição. A integração europeia capta para os órgãos da União as competências de definição dos riscos e das suas avaliação e gestão, deixando aos Estados-membros pouco mais do que uma capacidade residual de oposição, estreitamente vigiada pela Comissão e sob tutela última do Tribunal de Justiça. Para agravar o quadro, a globalização do comércio e a interpenetração de questões de protecção ambiental e sanitária com restrições à liberdade das trocas internacionais contribui também, por seu turno, para despojar gradualmente o Estado da sua tarefa de prevenção de riscos. A cooperação internacional no sentido da harmonização de métodos de avaliação, por um lado, e a previsão de mecanismos de salvaguarda, de utilização devidamente fundamentada, por outro lado, parecem ser as panaceias deste resultado inevitável.

Decisivo para a validação do uso da competência preventiva é o princípio da proporcionalidade. Na sua tripla dimensão, este princípio surge como limite interno da actuação da prevenção, veiculando uma ponderação harmoniosa da prevenção de riscos, equacionando a gravidade dos mesmos e a onerosidade dos deveres impostos aos particulares no sentido da sua minimização. A fraca consistência dos pressupostos de facto que baseiam as decisões em quadros de incerteza força a Administração a apoiar-se numa medida de razoabilidade que equilibre a quantidade de ingerência e a necessidade de protecção de valores fundamentais para a comunidade, numa relação meio-fim que evite excessos.

Tudo visto, da precaução nada resta senão concretizações pontuais de uma lógica de prevenção agravada, insuficientes para dar corpo a um novo princípio. Uma dessas concretizações é a necessidade de acondicionamento da ciência – e da técnica, sua manifestação operacional – no procedimento de gestão do risco ambiental. A tratar de seguida.

Capítulo II

Risco, ciência e técnica no procedimento autorizativo

0. Preliminares

“Ciência e técnica passam, o Direito permanece”, poderia ser a glosa à famosa máxima de Otto Mayer nestes tempos do risco. As vertiginosas mudanças introduzidas pela técnica no nosso quotidiano ultrapassam largamente as possibilidades de acompanhamento das normas jurídicas, servidas por fórmulas que visam promover a estabilidade, garantir a segurança jurídica e sustentar as expectativas dos cidadãos¹. No domínio ambiental, como em outros (biotecnologia, farmacêutica, informática, segurança alimentar), a instabilidade da técnica afronta a estabilidade do Direito. No plano dos princípios, a liberdade defronta-se com a segurança: a iniciativa económica, a liberdade de investigação científica, o livre desenvolvimento da personalidade são postos em causa pelo imperativo de protecção de valores individuais objectivados tais como a vida e a integridade física, ou pela necessidade de salvaguarda do princípio do Estado de Direito Democrático e seus corolários (segurança jurídica, tutela da confiança, separação de poderes). As *cláusulas mutantes* crescentemente inseridas nas normas jurídicas, numa tentativa de seguir *pari passu* as alterações técnicas, reflectindo-as na sua previsão, atentam contra a visão tradicional da reserva de lei.

“O direito do ambiente é permanentemente arrastado pela cláusula do progresso. (...) Entre a legislação e a ciência há-de produzir-se uma osmose permanente, e esta deve ser facilitada por subtis membranas jurídicas que mantenham actualizados os parâmetros técnicos”². O risco surge como factor desestabilizador do contexto normativo, impelindo o legislador a forjar novas formas de intervenção no tecido social e económico, sustentadas também por novas explicações quanto à sua legitimidade em face dos princípios constitucionais. A mutabilidade da técnica obriga à abertura da norma e força a sua permeabilidade à evolução.

¹ Uma síntese desta problemática pode ver-se em J. ESTEVE PARDO, *Técnica...*, *cit.*, pp. 13 segs.

² A. PÉREZ MORENO, *Reflexiones...*, *cit.*, pp. 2783, 2784.

A inconstância da técnica opõe-se à persistência do Direito porque, na exposição de OSSENBÜHL, o Direito é uma ordem de valores, orientada para o dever-ser, enquanto a técnica é uma ordem de possibilidades, subordinada à capacidade criativa do espírito humano. A oposição converte-se, contudo, em complementaridade, pois se o cálculo do risco é uma operação técnica, já a sua valoração – o enquadramento segundo parâmetros de aceitabilidade social – é uma tarefa política, a traduzir em moldes jurídicos. Estes não-de, sem perder a sua recognoscibilidade essencial enquanto vectores de estabilidade, deixar-se penetrar pelo espírito revisionista insuflado pelo dinamismo técnico-científico³.

A lógica da prevenção alargada assenta na duplicidade da técnica para minimizar os riscos que esta cria. Para isso, vai envolvê-la profundamente com o Direito, deixando este estreitamente dependente das suas metamorfoses. Aí reside a questão que nos ocupa neste Capítulo: como conciliar a intrínseca mutabilidade da técnica com a tendencial estabilidade do Direito? Como garantir o respeito pelos direitos fundamentais sem violar o imprescindível respeito pelos valores comunitários? Como justificar o abandono ou, pelo menos, a reformulação da teoria da reserva de lei face às solicitações de uma ciência em perpétuo desenvolvimento e de uma técnica animada de um constante dinamismo? É o que averiguaremos de seguida.

1. A necessidade de dinamização da protecção dos direitos fundamentais em face do desenvolvimento técnico-científico

Conforme acentuou o Tribunal Constitucional alemão na decisão *Kalkar* (cfr. *supra*, 4.2.2.1.), a incorporação de cláusulas tais como “estado da técnica”, “estado da ciência e da técnica”, “melhor tecnologia disponível” em normas competenciais administrativas, sem embargo de constituir uma certa diluição dos tradicionais parâmetros de rigidez e segurança – essenciais num domínio em que o equilíbrio entre autoridade e liberdade é facilmente perturbado a favor da primeira –, é hoje uma opção incontornável no sentido de promover o encontro constante entre a norma e a realidade. O legislador, impotente para retratar, de forma fiel, os contínuos avanços técnicos, tem que remeter para a Administração o controlo destes, facilitando-lhe a acção através de normas abertas, construídas com base em conceitos indeterminados, que representam uma nova técnica de formulação dos pressupostos da acção preventiva (de riscos)⁴.

Esta opção que, de uma banda, visa operacionalizar a actuação do Estado na conformação das intervenções, públicas e privadas, com potencial e relevante incidência em bens ambientais, é também, de outra banda, essencial para assegurar o exercício dos direitos fundamentais pelos seus titulares. É-o na medida em que, não fora a margem de livre conformação deferida à Administração no sentido do preenchimento evolutivo das cláusulas constantes das normas habilitativas, as entidades, públicas e privadas, ver-se-iam impedidas de desenvolver normalmente a sua actividade económica, e as condições de bem-estar material ficariam certamente afectadas por força de tais constrangimentos.

³ F. OSSENBÜHL, *Die Bewertung...*, cit., pp. 833, 834.

⁴ C. DEGENHART, *Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht*, in *NJW*, 1989/39, pp. 2435 segs, 2437.

Ou seja, e por paradoxal que pareça, a folga do princípio da reserva de lei promove, a par de uma *protecção dinâmica* dos direitos fundamentais, uma protecção não menos dinâmica dos valores essenciais à vida comunitária. Aqui importa, acima de tudo, relevar a função prioritariamente ordenadora do Direito Administrativo, na actualização constante do limiar de salvaguarda dos bens jurídicos a promover pela Administração em face da imprevisibilidade do risco⁵. Ponto é que a zona de conflito normativo entre o progresso técnico e a tutela dos direitos fundamentais fique suficientemente protegida, quer contra a paralisia decisória, quer contra a actuação arbitrária das autoridades administrativas.

1.1. Estado de bem-estar e investigação científica

O conforto proporcionado pelas descobertas científicas é um reflexo do direito de investigação científica consagrado numa Constituição de Estado de Direito, que acredita e promove a liberdade de criação intelectual, artística e científica do cidadão como forma de realização da personalidade⁶. Na Constituição Portuguesa, tal direito encontra-se consagrado no artigo 42º (inelutavelmente ligado ao artigo 26º/1), sendo também expressamente afirmado que o Estado incentiva e apoia a criação e a investigação científicas, “por forma a assegurar a respectiva liberdade e autonomia, o reforço da competitividade e a articulação entre as instituições científicas e as empresas” (artigo 73º/4 da CRP)⁷.

A aliança entre a criação e investigação científicas e o progresso económico está também bem patente na alínea j) do artigo 81º da CRP, que incumbe o Estado, a título prioritário, de “assegurar uma política científica e tecnológica favorável ao desenvolvimento do país”. É cristalino o desígnio do legislador constitucional: o progresso social é induzido pelo progresso económico, e este depende em grande parte, numa sociedade cujos meios de produção são intensamente condicionados pela utilização da melhor tecnologia, da pujança da comunidade científica. O grau de desenvolvimento das políticas industrial, agrícola, de transportes, da saúde, reflecte-se imediatamente, quer ao nível da sustentabilidade do Estado no plano internacional, quer na qualidade de vida dos cidadãos e na criação de condições de igualdade material entre eles [cfr. os artigos 9º/a) e d), e 81º/a) da CRP].

Num plano mais concreto, é de relevar a importância da investigação científica para a melhoria das condições de vida dos cidadãos, ao nível da protecção da vida e da integridade física — v.g., medicina preventiva, curativa e de reabilitação, assistência medicamentosa, técnicas de procriação assistida. A saúde é um bem de interesse público, de cuja promoção a Constituição incumbe primacialmente o Estado (artigo 64º/2). Uma parte dessa tarefa passa pelo incentivo à investigação na área da medicina em especial, bem como de outros domínios adjacentes e estreitamente

⁵ Cfr. C. DEGENHART, *Die Bewältigung...*, cit., pp. 2438 e 2439.

⁶ Sobre as relações entre o Estado, a segurança e a técnica, JOÃO LOUREIRO, *Da sociedade técnica...*, cit., pp. 842 segs.

⁷ J. M. CARDOSO DA COSTA (*Constitution et progrès scientifique et technique*, in *BFDUC*, 1992, pp. 87 segs, 93, 94), analisando a questão ao nível comparado, chama a atenção para o cruzamento deste direito com a garantia de autonomia universitária, a liberdade de escolha de profissão e a livre iniciativa económica.

ligados às bases, naturais e socialmente conformadas, da vida, como, por exemplo, a qualidade alimentar, a qualidade do ar, da água, dos solos.

Este discurso não se apresenta, contudo, unidireccional. Progresso técnico-científico e Direito encontram-se numa relação de tensão⁸, em virtude da bi-dimensionalidade do fenómeno do risco⁹. A ciência e a técnica, filhas da investigação científica são, a par de motores do desenvolvimento económico e da qualidade de vida, potenciais inimigas da saúde pública, na medida em que geram continuamente e a par de melhorias, novos riscos para a saúde das pessoas, bem como atentam contra as concepções dominantes sobre o valor social *vida*. Estamos a pensar, por um lado, em exemplos como o dos alimentos geneticamente modificados, o da co-incineração de resíduos perigosos, o dos adubos sintéticos; por outro lado, os riscos éticos não se afiguram tão-pouco de menosprezar, por força do advento de novas tecnologias como o congelamento de embriões ou a clonagem humana¹⁰.

É, por isso, evidente o condicionamento do direito à investigação científica por outros direitos e valores socialmente relevantes — *maxime*, pelo princípio da dignidade da pessoa humana — e a inerente necessidade de se forjar a sua harmonização prática, não sacrificando intoleravelmente nenhum dos interesses em presença, salvo se a prevalência de algum deles, ainda que mínima, importar riscos seriamente fundados para valores essenciais da comunidade¹¹. A ciência — e a expressão de criatividade que o seu progresso traduz — deve estar ao serviço do desenvolvimento económico-social, concretizando-se em inovações técnicas na medida da aceitabilidade social dos riscos que estas implicarem.

O princípio da liberdade de investigação científica, com todos os benefícios que dele advêm há-de ser, no entanto, preservado no seu núcleo essencial, como expressão das potencialidades do espírito humano. Conforme sublinha CARDOSO DA COSTA, a dignidade da pessoa humana não deve ser um obstáculo ao progresso técnico e científico, mas antes uma garantia de que tal progresso se realizará “de forma mais humana e humanisante”¹². Aliás, e seguindo ainda o raciocínio do Autor citado, a vertente positiva dos direitos de liberdade obriga o Estado a promover as condições de exercício efectivo dos direitos à vida e à integridade física, ou seja, a criar os pressupostos de fruição plena do valor *vida* de acordo com as premissas fundamentais do princípio da dignidade humana lido no contexto do Estado Social: segurança, liberdade e solidariedade. Para tanto, a criação e a investigação científicas assumem-se como instrumentos de realização e incremento das condições de bem-estar dos indivíduos, em particular, e de desenvolvimento económico, em geral, pelo que, em regra, não devem ser obstaculizadas¹³.

⁸ “Ein Spannungverhältnis”, como a qualifica C. DEGENHART — *Die Bewältigung...*, *cit.*, p. 2435.

⁹ “Doppeldeutigkeit des Risikos”, na expressão de W. KÖCK, aludindo à duplicidade de consequências dos riscos tecnológicos — *Die rechtliche...*, *cit.*, p. 126.

¹⁰ Uma boa síntese deste dilema, com especial enfoque nas questões ligadas à bioética e à engenharia genética, pode ver-se em A. SCHERZBERG, *Risiko...*, *cit.*, pp. 486 segs. Veja-se também, na perspectiva da afronta entre a liberdade de investigação científica e o princípio da dignidade da pessoa humana, E. BENDA, *Dignidad humana y derechos de la personalidad*, in BENDA, MAYHOFER, VOGEL, HESSE, HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996, pp. 117 segs, 135 segs.

¹¹ Cfr. J. M. CARDOSO DA COSTA, *Constitution...*, *cit.*, p. 95; H. WAGNER, *Die Risiken...*, *cit.*, p. 666.

¹² J. M. CARDOSO DA COSTA, *Constitution...*, *cit.*, p. 96.

¹³ V. também as considerações de C. DEGENHART, *Die Bewältigung...*, *cit.*, p. 2438.

Esta interpenetração entre liberdade de investigação, valores fundamentais da comunidade e risco, deve ser enquadrada a partir dos vectores do Estado de Direito democrático. Por outras palavras, e como já referimos *supra* (4.2.1.), a introdução de inovações tecnológicas cujas consequências não estejam totalmente esclarecidas para a comunidade científica é uma decisão primordialmente política, da qual os cidadãos não devem ficar alheados. Nomeadamente, tais inovações, em razão da incerteza quanto aos resultados e da radicalidade de alteração quanto aos métodos, devem ser previamente submetidas a órgãos de consulta onde se encontrem representados, quer a comunidade científica, quer as forças sociais e económicas, no sentido de proporcionar um esclarecimento o mais completo possível das questões em jogo¹⁴. Num momento posterior, cumprirá observar os limites de necessidade, adequação e equilíbrio na elaboração das normas habilitativas que veicularão à Administração concretizar de forma idónea a tarefa de gestão do risco, assegurando a protecção dos bens ambientais naturais sem asfixiar as liberdades de iniciativa económica, de investigação científica e mesmo de desenvolvimento da personalidade.

A “concordância prática” entre segurança e liberdade, plasmada na definição legislativa e na densificação administrativa dos deveres de protecção do ambiente dos operadores dentro de limites de razoabilidade, é um imperativo do procedimento de avaliação e gestão do risco¹⁵. Só ela permitirá concretizar uma verdadeira democratização do risco e apenas com uma metodologia deste tipo poderá o Estado almejar legitimar, aos olhos da população, a convivência com a réstea de risco equivalente ao núcleo essencial de liberdade subjacente a qualquer sociedade de Estado de Direito democrático (risco residual ou risco tolerável).

1.2. A segurança como limite do progresso científico: o relevo da técnica como solução de minimização do risco

Já quando o perigo era uma grandeza reconhecível, os limites da actuação das autoridades administrativas estavam fortemente condicionados pelos parâmetros da proporcionalidade. As restrições aos direitos dos particulares deveriam ser motivadas pela iminência de ocorrência de um evento o qual, segundo as regras da experiência comum, provocaria provavelmente lesões relevantes na esfera jurídica de alguns indivíduos ou danos a bens jurídicos de superior relevo para a comunidade.

Na era do risco, o equilíbrio entre segurança e liberdade defronta-se com a mais difícil das equações. A diluição dos caracteres de cognoscibilidade dos danos iminentes por força da introdução do factor incerteza torna a tarefa da Administração ainda mais ingrata, pois é sobretudo sobre ela que recai a missão de ponderação da necessidade de ingerência em face do desconhecido. Nas palavras de WALKER, “tomar as melhores decisões do ponto de vista da sua aceitabilidade social requer, não apenas

¹⁴ J. M. CARDOSO DA COSTA, seguindo a mesma linha de pensamento, refere-se à dimensão social da ciência e da técnica, afirmando que, à medida que a realidade se vai tornando mais complexa, “la science et la technique ne peuvent plus rester un «domaine réservé» des scientifiques et des professionnels, mais devront, au contraire, être prises en charge par l’ensemble de la société” (*Constitution...*, cit., p. 101).

¹⁵ Cfr. A. SCHERZBERG, *Risiko...*, cit., pp. 509 segs.

a compreensão e utilização dos conhecimentos que temos, mas também a apreciação e ponderação do âmbito da nossa incerteza”¹⁶.

Já se observou que é ao legislador que cabe, em primeira linha, a identificação dos riscos e dos bens jurídicos cuja integridade cumpre acautelar, bem assim como o estabelecimento dos limites de intervenção da Administração no âmbito do controlo desses riscos. A dificuldade de aferição, quer da existência de um determinado risco, quer da sua magnitude, por um lado, e o distanciamento do legislador em face de uma realidade *deslizante*, por outro lado, força o deslocamento da missão de gestão do risco para as autoridades administrativas. Estas, também confrontadas com a margem de incerteza, maior ou menor, subjacente à decisão, têm na técnica uma aliada indispensável para, sem descuidar o controlo do risco, permitirem ainda assim a intervenção projectada cuja incidência lesiva em bens jurídicos essenciais não deixa de ser, no limite, uma incógnita.

Não podendo eliminar o risco — porque isso redundaria, como já expusemos em 4.1.1., na aniquilação da margem de liberdade mínima inerente à ambição criativa do espírito humano, bem como à paralisia da actividade económica, em geral —, o legislador tem que tentar *domesticá-lo*. O preço da segurança numa sociedade livre e democrática não pode ser tão alto que mine os fundamentos da convivência comunitária, mas é suficientemente elevado para justificar a permeabilidade das fórmulas normativas tradicionais a cláusulas de preenchimento evolutivo. A minimização do risco veiculada pela técnica constitui, simultaneamente, a válvula de escape da liberdade e o garante de um nível de segurança proporcional ao grau de risco.

1.3. A reserva de competência parlamentar na fixação dos pressupostos da decisão sobre riscos vitais

A democratização do risco que se impõe na sociedade tecnológica passa pela informação e participação dos cidadãos na efectivação da escolha, profundamente política, que se traduz na aceitação de um risco e na fixação dos pressupostos e limites desta aceitação. O diálogo entre o legislador e a comunidade científica, por um lado; a difusão da informação, em bases de intelegibilidade, pela sociedade civil, por outro lado; e a auscultação desta por parte do poder político, em termos efectivos, finalmente, marcam etapas da integração e conformação da realidade do risco no ordenamento jurídico.

A sensibilidade do tratamento da questão de riscos vitais (v.g., comercialização de OGMs; autorização de funcionamento de centrais nucleares), pelas tangentes que faz às noções de segurança e liberdade, é grande. Por isso, tal tarefa deverá caber ao órgão representativo por excelência — o Parlamento —, por nele encontrarem eco as principais forças políticas e por este órgão ter uma legitimidade acrescida, que lhe permite actuar como forum de discussão dos problemas mobilizadores das forças vivas da sociedade¹⁷. A diversidade argumentativa actuada no seio do órgão parlamen-

¹⁶ V. WALKER, *The siren songs...*, *cit.*, 570.

¹⁷ Neste sentido, apelando ao conceito de “essencialidade da decisão”, R. STEINBERG, *Der ökologische...*, *cit.*, pp. 189 segs (v. também 198 segs, e 210 segs).

tar faz dele “uma caixa de ressonância para efeito de informação e mobilização da opinião pública, o local por excelência de conformação dos interesses pluralistas”, nas palavras de AFONSO VAZ¹⁸.

Sublinhe-se que é no Parlamento que as minorias têm um campo privilegiado de exercício do seu direito de oposição democrática (artigo 114º/2 da CRP), e que os cidadãos podem actuar, junto deste órgão, os direitos de petição (artigo 52º/1 da CRP) e de iniciativa legislativa (167º/1 da CRP), ambos expoentes do direito de participação na vida pública (artigo 48º da CRP). A composição plural e directamente democrática do Parlamento confere-lhe uma “função integradora” dos interesses divergentes, promovendo uma racionalização material (através da racionalização argumentativa formal) da decisão política. “A justeza das normas e a sua justificação não se medem, pois, numa esfera de valores e verdades objectivos, ou por critérios de eficiência objectivamente válidos, mas pela sua qualidade de serem o consenso logrado através do debate e da argumentação”, conclui AFONSO VAZ¹⁹.

A este argumento de cariz político junta-se um segundo, de natureza jurídico-política. Traduz-se no facto de, gozando o Governo, no nosso sistema jurídico-constitucional, de competência legislativa autónoma (artigo 198º da CRP) e de ser, simultaneamente, o órgão superior da Administração Pública (artigo 182º da CRP), se afigurar desaconselhável haver *confusão* entre o poder de fazer e de aplicar a lei num domínio em que, por força da necessidade de abertura das normas habilitantes, o grau de margem de livre decisão é considerável. A perda de determinabilidade da lei no domínio ambiental (e não só) – por força da confluência dos factores *técnica*, por um lado, e *incerteza*, por outro lado –, a qual representa uma “grave erosão da soberania popular”²⁰ e que tem no reforço do pendor do Executivo uma consequência prática inelutável, demanda uma compensação deste desequilíbrio através da fixação dos pressupostos – por fluidos que sejam – da decisão sobre o risco vital por parte de um órgão diverso daquele que a aplica. A dimensão positiva do princípio da separação de poderes, incorporando um imperativo de racionalidade, isso recomenda²¹.

Ou seja, não deverá ser um órgão de composição restrita – embora, sublinhe-se, resultado de sufrágio universal e secreto (ainda que não formalmente directo) –, no seio do qual, por força da solidariedade governamental, não há lugar para a apreciação de posições minoritárias, a decidir questões que contudem potencialmente com o *status vivendi* da comunidade. Antes pelo contrário, a permeabilidade do Governo à influência de lóbis económicos sugere o afastamento do pólo de decisão das grandes questões do risco vivencial da sua esfera, porquanto muito mais politicamente condicionadas pela duração temporal do mandato dos seus membros. A legitimidade do Parlamento perante a sociedade na tomada de decisões sobre questões que podem, de facto e com uma magnitude extrema, alterar os níveis de liberdade e de segurança das pessoas, é mais clara.

¹⁸ M. AFONSO VAZ, *Lei e reserva...*, *cit.*, p. 405.

¹⁹ M. AFONSO VAZ, *Lei e reserva...*, *cit.*, p. 413. V. também, no mesmo sentido, J. REIS NOVAIS, *As restrições...*, *cit.*, p. 839.

²⁰ R. STEINBERG, *Der ökologische...*, *cit.*, p. 189 (louvando-se em Dreier).

²¹ Cfr. J. REIS NOVAIS, *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*, Lisboa, 1997, pp. 37 segs.

Por fim, no sentido da reserva legislativa do Parlamento no âmbito da definição do risco tecnológico vital e dos níveis da sua admissibilidade, milita um argumento exclusivamente jurídico. Conforme defendemos no Capítulo II da Parte I (ponto 4.4.), apesar de tal não estar expressamente previsto na Constituição, deverá entender-se que a Assembleia da República goza, nos termos do artigo 165º/1/b) da CRP, de uma reserva relativa de competência na densificação legislativa do conteúdo do dever fundamental de protecção do ambiente (por força da analogia entre restrições de direitos e conformação de deveres, e da previsão do artigo 18º/2 e 3 da CRP). Nessa medida, caber-lhe-á, em matérias *essenciais* para a vida comunitária, delinear os contornos (directamente, ou através de lei de autorização legislativa requerida pelo Governo) – repete-se: tendencialmente imprecisos, por força da rarefacção dos parâmetros normativos em medida directamente proporcional ao acréscimo de imprevisibilidade – da norma de competência que veiculará a conformação das situações jurídicas concretas por parte das entidades administrativas²².

Enfim, não seríamos honestos se escondêssemos as dúvidas de implementação, prática e jurídica, que esta solução implica. Interrogações práticas, de uma banda, que derivam da constatação de um certo entorpecimento do procedimento legislativo parlamentar, facto que confere ao Governo a primazia na elaboração de diplomas legislativos, bem como da verificação do carácter transfronteiriço de certos riscos ambientais, que impõe, de facto, a sua suportaçao por populações cujos governos não são directamente responsabilizáveis pela sua eclosão e efeitos.

De outra banda, inquietações de natureza jurídica, em virtude da deslocalização do epicentro de determinação de um cada vez maior número de riscos a favor dos órgãos da União Europeia (cuja legitimidade democrática parece diminuta relativamente

²² Aderimos às considerações expendidas por J. REIS NOVAIS quanto à eleição da teoria da essencialidade como critério de repartição da competência legislativa entre a Assembleia e o Governo no tocante às matérias relativas a direitos fundamentais [ou seja, na interpretação do que deve estar contido na alínea b) do nº 1 do artigo 165º da CRP à luz de parâmetros de racionalidade e eficiência, sem descurar o intuito garantista da disposição]. Como escreve o Autor, “(...) devem ser aprovadas pelo Parlamento todas as normas que, afectando de alguma forma os direitos fundamentais, tenham uma relevância que justifique a mobilização das mais-valias democráticas que só o processo legislativo parlamentar proporciona” – *As restrições...*, *cit.*, p. 876. Veja-se também L. P. PEREIRA COUTINHO, *Regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias e determinação normativa. Reserva de Parlamento e reserva de acto legislativo*, in *RJ*, nº 24, 2000, pp. 533 segs, 535 segs (apelando a um critério de essencialidade *construtivo correctivo*, enquanto parâmetro de ponderação dos fundamentos principiológicos da reserva de lei).

à magnitude das decisões tomadas em sede de riscos vitais²³) – e também, dependendo das interacções geradas, noutros organismos internacionais, como a Organização Mundial do Comércio ou a Organização Mundial de Saúde –, seguindo os trilhos de uma integração não só económica, como também política²⁴. As referências deixadas a propósito do princípio da precaução e das controvérsias que a sua aplicação tem gerado, demonstram à sociedade que o Estado perde progressivamente o controlo do fenómeno do risco, quer no plano da aceitação, quer no plano da avaliação²⁵.

Por outras palavras, a pergunta que nos colocamos é se fará sentido lutar por uma reserva parlamentar – ou mesmo, noutra perspectiva, por uma reserva de legislação nacional, independentemente da sua fonte – de determinação dos riscos tecnológicos e de fixação dos limites de admissibilidade destes, perante o esvaziamento a que se assiste em razão da integração comunitária. E isto mesmo sem esquecer os (limitados) poderes de acompanhamento, apreciação e pronúncia da Assembleia da República relativamente à legislação emanada dos órgãos da União Europeia que recaia sobre matérias da competência parlamentar reservada, ao abrigo da Lei 43/2006, de 25 de Agosto (que revogou a Lei 20/94, de 15 de Junho²⁶), na medida em que eles se reconduzem à emissão de um parecer... não vinculativo (cfr. o artigo 2º).

Tenderíamos a afirmar que, no limite, a defesa desta posição encontra ainda algum eco prático, pois e concretamente no domínio ambiental, a União Europeia, actuando com base no artigo 175 do Tratado de Roma, tem algumas vezes que decidir por unanimidade (nº 1) – embora a regra seja a decisão por maioria qualificada, nos termos do nº 2 daquela disposição. E como o faz através de directivas – transponíveis para o ordenamento jurídico de acordo com as normas nacionais de distribuição da competência legislativa (cfr. o artigo 112º/8 da CRP)²⁷ –, tal *modus operandi* deixa

²³ Sublinhando este défice de legitimidade, que acentua, no plano político interno, a necessidade de ser o Parlamento a proferir a última palavra sobre a introdução de riscos vitais, E. FISHER, *Precaution, precaution... cit.*, p. 25. Cfr. também o Livro Branco da Comissão *European Governance - A white paper*, COM (2001), 428 final, p. 19, onde a Comissão realça a necessidade de contrariar a “opacidade” do processo de decisão comunitário no que respeita às matérias do risco alimentar, cujo défice “comunicacional” ficou tendencialmente reduzido com a criação da Autoridade Europeia para a Segurança Alimentar, entre cujas competências constam as de divulgação de informação e promoção de debates públicos sobre questões relacionadas com a segurança alimentar (artigo 38).

A necessidade de imprimir transparência ao processo de avaliação do risco vê-se obstaculizado pela impenetrabilidade técnica dos factores em debate, ficando a discussão normalmente acantonada em comités compostos por peritos dos vários Estados-membros. Conforme nota M. LEE, “(...) there is a danger that committees sharing a common professional background, largely sheltered from the public gaze and from high level political attention, may reconceptualise political decisions as purely technical questions, ignoring their important political implications” – *EU Environmental Law...*, *cit.*, p. 88.

²⁴ Chamando a atenção para este ponto, A. SCHERZBERG, *Risiko...*, *cit.*, p. 513.

²⁵ Numa perspectiva mais ampla, PAULO OTERO refere-se a um “fenómeno de «erosão da Constituição» e a um silencioso trânsito de um quadro nacional ou interno de referências axiológico-teleológicas definidoras da unidade de cada sistema jurídico para um (cada vez mais amplo) referencial axiológico-teleológico de matriz internacional” – *Legalidade...*, *cit.*, p. 227.

²⁶ Escrevendo sobre o tema, ainda sob a égide desta Lei, JOÃO MIRANDA, *O papel da Assembleia da República na construção europeia*, Coimbra, 2000

²⁷ Cfr., antes de 1997, M. REBELO DE SOUSA, *A transposição das directivas comunitárias para a ordem jurídica nacional*, in *CCL*, nºs 4/5, 1992, pp. 69 segs, *max.* 80 segs; e, na sequência da introdução do nº 9 do artigo 112º, na revisão constitucional de 1997, C. BLANCO DE MORAIS, *A forma jurídica do acto de transposição de directivas comunitárias*, in *CCL*, nº 21, 1998, pp. 41 segs, *max.* 52 segs.

aos Estados uma certa margem de conformação dos limites de risco admissível — e mesmo da aceitação do próprio risco, desde que tal posição seja sustentada por dados científicos credíveis (artigo 95/3 do Tratado de Roma) —, na lógica de preservação de um nível de protecção ambiental mais elevado do que o previsto na legislação comunitária, desde que não incompatível.

Assim, a decisão sobre a introdução de um determinado factor de risco vital, bem como a definição do quadro habilitativo básico da acção administrativa no sentido da sua avaliação e gestão, devem ser estabelecidos pelo Parlamento (ou pelo Governo, desde que devidamente autorizado, nos termos do nº 2 do artigo 165º da CRP), em homenagem aos princípios democrático, da separação de poderes, e da reserva de lei restritiva.

2. A incorporação da ciência e da técnica no procedimento de tomada de decisões em cenários de incerteza

A forma de fazer frente à incerteza de base tecnológica é combatê-la no seu terreno e com as suas armas. A ciência supera lacunas de conhecimento e serve de base à criação de inovações técnicas cuja introdução no tecido económico-social gera riscos. Numa sociedade democrática, a população deve estar informada sobre esses riscos, bem como, e previamente, o decisor político, enquanto responsável último pelos danos eventualmente decorrentes da eclosão daqueles. A comunidade científica, em primeira linha, surge como amparo do decisor político, quando elucida sobre os riscos e, em segunda linha, acompanha o decisor administrativo quando informa sobre as técnicas de minimização de tais riscos.

A técnica é a ciência em acto, é a tradução fervilhante das mais recentes descobertas científicas. No procedimento legislativo, ela irromperá sempre como resultado do aconselhamento científico, podendo penetrar de forma mais ou menos intensa na norma jurídica, consoante o estágio de consolidação do conhecimento em que se viva. A questão maior que se coloca neste ponto é a dos limites da operação de remissão para padrões técnicos, sobretudo quando importem a diluição total da legitimidade do legislador a favor de entidades alheias ao poder legislativo.

Este problema prolonga-se no plano executivo dado que, perante a impossibilidade de o legislador fixar as coordenadas técnicas precisas que servirão de guia ao decisor administrativo — que ainda goza, eventualmente, de uma legitimidade democrática indirecta²⁸ —, este vai ser chamado a preenchê-las, mas vê-se igualmente estrangido devido a insuficiente habilitação técnica. Tem, portanto, que se valer do auxílio de peritos, cuja intervenção no procedimento, com vista ao fornecimento das bases de inteligibilidade deste, há-de estar sustentada em lei formal — é o requisito mínimo exigível para a *apropriação* do saber técnico-científico pela norma habilitante.

A rarefacção do parâmetro normativo é cristalina. Cumpre integrar no procedimento autorizativo mecanismos de compensação do desequilíbrio gerado pela invasão da técnica, tentando minimizar o deslocamento do poder decisório (de facto)

²⁸ Pensamos sobretudo nos órgãos da Administração central indirecta, tais como os institutos públicos não personalizados e os estabelecimentos públicos.

para entidades não democraticamente legitimadas. Estas compensações surgirão a dois títulos: por um lado, a montante, apostando no reforço da transparência do procedimento, alargando os instrumentos que permitem conferir inteligibilidade à decisão²⁹; por outro lado, a jusante, garantindo a sindicabilidade das decisões emitidas com base em pressupostos de incerteza, nos limites da cognoscibilidade técnica do juiz e com respeito pela margem de livre decisão administrativa.

2.1. A intervenção de peritos no procedimento

A intervenção de peritos no âmbito das decisões sobre o risco pode ocorrer, quer a título de apoio do legislador/decisor político no âmbito da opção por um determinado risco (*i.*) – bem como no aconselhamento sobre a delimitação do risco residual –, quer num momento posterior, no âmbito do procedimento autorizativo, pronunciando-se sobre uma concreta hipótese de risco (*ii.*).

i.) No primeiro caso, a participação no procedimento legislativo pode acontecer no quadro de uma estrutura institucional de órgãos independentes³⁰ – por exemplo, junto de uma Comissão para a Bioética, de um Conselho de Avaliação dos Riscos Tecnológicos³¹, de um Comité para a segurança alimentar –, ou através da criação de um órgão *ad hoc*, especificamente destinado ao estudo das implicações de um novo tipo de risco³²: recorde-se a Comissão Científica Independente que interveio, por iniciativa do Parlamento, na avaliação dos riscos da opção da co-incineração de resíduos industriais perigosos (cfr. o DL 120/99, de 16 de Abril, artigos 5º e segs).

Cumprе sublinhar, neste ponto, a dificuldade que a emissão de legislação de enquadramento dos pressupostos das decisões sobre o risco – *maxime*, tecnológico – levanta aos responsáveis políticos, em razão da complexidade que as envolve. A “ignorância científica generalizada” dos juristas, como a caracteriza POSNER, é um obstáculo que, segundo o mesmo Autor, só no médio/longo prazo se consegue combater, através da inclusão de disciplinas como Física, Matemática, Biologia, Informática, Geofísica, nos *curricula* académicos, municiando-os assim de uma base cognoscitiva

²⁹ Chamando a atenção para a procedimentalização como resposta à investida da incerteza, JOÃO LOUREIRO, *Da sociedade técnica...*, *cit.*, pp. 867 segs; H.-HEINRICH TRUTE, *From past...*, *cit.*, pp. 78, 90 e 98 segs.

³⁰ No quadro orgânico do Instituto do Ambiente, existe um Gabinete de emergências e riscos ambientais com competências na área da avaliação de riscos ligados à utilização de substâncias radioactivas, substâncias químicas perigosas e organismos geneticamente modificados (artigo 18º do DL 113/2003, de 4 de Junho). No entanto, este organismo, em razão, quer da sua composição, quer da circunscrição dos riscos que tem por missão avaliar, parece-nos insuficiente para desempenhar tal tarefa.

³¹ Em França, existe um “Office Parlementaire d’Évaluation des Risques Scientifiques et Technologiques” que exerce funções deste tipo, como nos dá conta J.-BERNARD AUBY, *L’évolution...*, *cit.*, p. 182.

³² No plano comunitário, a “modernização ecológica” através da constituição de comités especializados de apoio ao legislador vem sendo feita desde 1975, por força de uma Resolução do Conselho relativa à adaptação ao progresso técnico das directivas e outros instrumentos relativos à protecção do ambiente – cfr. ALEXANDRA ARAGÃO, *Instrumentos científicos e instrumentos jurídicos: perspectivas de convergência rumo à sustentabilidade no Direito Comunitário do Ambiente*, in *RJUA*, nº 20, 2003, pp. 11 segs, 14. Vem nesta linha de acção, aliás, a criação de uma Autoridade europeia para a segurança alimentar, como sublinha M. FRANC (*Traitement...*, *cit.*, p. 362).

dos dados das questões. Além disso, a atitude mental de um cientista é profundamente diversa da de um jurista: o primeiro orienta-se para o conhecimento depurado de considerações valorativas, o segundo para a acção eivada de ponderações³³.

Esta insuficiência técnica do jurista convida — *rectius*: obriga — à assessoria do legislador por um corpo de peritos, integrando um órgão consultivo independente³⁴ que, não só forneceria informação sobre os riscos, de modo a capacitar o legislador na sua tarefa de regulamentar a sua avaliação e gestão, como constituiria um apoio privilegiado dos tribunais, de cada vez que fossem confrontados com a validade de decisões administrativas autorizativas ou com pedidos de efectivação de responsabilidade por danos oriundos da eclosão de riscos tecnológicos³⁵.

O recurso a especialistas nas áreas da Ciência envolvidas na decisão — independentemente agora de saber se tais peritos devem estar integrados numa estrutura administrativa independente, ou noutra, ou em nenhuma —, releva numa tentativa de reforçar a legitimidade política do legislador por duas vias: por um lado, estendendo o diálogo sobre os factores de risco àqueles que mais aptos se revelam a entabulá-lo, aproveitando a mais valia do seu saber especializado³⁶; por outro lado, dotando a decisão política de um *guia de inteligibilidade* face à população, em geral, e aos operadores económicos eventualmente afectados ou beneficiados, em especial. Não devemos esquecer que as decisões sobre o risco ambiental implicam também, num grande número de situações, riscos sanitários, que a população (ou sectores da população) oferece resistência a aceitar³⁷.

Note-se que, mesmo numa hipótese como a que ocorreu em Portugal no caso da co-incineração de resíduos industriais perigosos em cimenteiras³⁸ — opção que sucumbiu à queda do Executivo de António Guterres e foi recentemente reabilitada com a ascensão do seu principal mentor à liderança do Governo —, na qual o legislador (neste ponto, o Governo) atribuiu a uma Comissão de peritos constituída *ad hoc* o poder de determinar, pela negativa, o sentido da decisão (cfr. o artigo 2º/1 do DL 120/99, de 16 de Abril), sendo certo ter essa decisão constituído uma espécie de auto-condicionamento — em atenção à salvaguarda de objectivos constitucionalmente valorados, como a saúde pública e o ambiente —, este não chegou a atingir o nível de intolerabilidade face ao quadro de princípios constitucionais aplicável.

Isto porque a opção pela co-incineração, caso lhe não fossem oponíveis argumentos de natureza técnico-científica, não seria imposta ao decisor político como uma inevitabilidade, ou seja, não constituiria uma decisão proveniente de uma entidade

³³ R. POSNER, *Catastrophe:..., cit.*, pp. 202, 203.

³⁴ R. POSNER avança a ideia de a composição deste órgão se fazer a partir das universidades — *Catastrophe:..., cit.*, p. 214.

³⁵ Cfr. R. POSNER, *Catastrophe:..., cit.*, pp. 213 a 215.

³⁶ Numa tentativa de “credibilização” da decisão — cfr. E. M. DISTEFANO, *La scienza dice la verità al potere?*, in *JUS*, 2002/3, pp. 395 segs, 412.

³⁷ Este diálogo entre o decisor e a comunidade científica leva a que, pelo menos em alguns casos, a “verdade” científica acabe por ser uma “verdade reconstruída” que entrelaça os dados científicos com as necessidades das políticas públicas, uma espécie de “serviceable truth”, na expressão de H.-HEINRICH TRUTE, *From past..., cit.*, p. 93.

³⁸ Sobre esta questão veja-se, mais desenvolvidamente, o nosso *A co-incineração de resíduos industriais perigosos: notas à margem de uma polémica*, in *RJUA*, nº 13, 2000, pp. 9 segs (também publicado nos *Textos dispersos..., cit.*, pp. 35 segs).

destituída de legitimação constitucional e, por isso, inválida [quer no confronto com o artigo 161º/c), quer face ao artigo 198º/1/a), ambos da CRP]. Ainda por outras palavras, o Governo estava impedido de ignorar os cientistas, mas estes não o podiam substituir na emissão de uma decisão política, apenas negativamente vinculada ao princípio da prevenção de riscos.

ii.) Na segunda situação, já no contexto do procedimento autorizativo, a intervenção de comissões especializadas ou de órgãos integrados por peritos ocorre amiúde no domínio ambiental, por força da complexidade das questões da poluição, da regenerabilidade dos bens afectados, da sustentabilidade das espécies, no confronto com o crescimento industrial, com o desenvolvimento agrícola, com as técnicas pecuárias. A fragilidade dos bens ambientais e o imperativo da prevenção recomendam ao legislador, por regra, o estabelecimento do carácter vinculante dos pareceres naquilo que envolver risco irreversível para o ambiente³⁹ – facto que tornaria os peritos co-decisoros, ainda que pela negativa⁴⁰.

Sublinhe-se que se, *de facto*, a base de inteligibilidade das decisões pode ser fornecida por entidades materialmente estranhas ao exercício da função administrativa – enquanto função norteada pela prossecução dos interesses públicos baseada em juízos de oportunidade, fruto de ponderação de valores conflitantes [cfr., desde logo, o artigo 266º/1, mas também o artigo 199º/g), da CRP] –, *de direito*, a legitimidade decisória não escapa das mãos da Administração. Com efeito, em ambas as modalidades enunciadas, a forma da decisão final será sempre um acto emanado da autoridade administrativa competente, investida na legitimidade que a sua natureza pública lhe confere, facto que atenua, de algum modo (mais formal do que real, reconhecêmo-lo⁴¹), o receio do “governo de peritos”.

Este cenário é tanto mais indesejável quanto se pensa na ineptidão do homem de ciência para arcar com responsabilidades políticas. É que, como realça POSNER, “é um erro comum supor que os cientistas são seres tão admiráveis que lhes podemos confiar cegamente a tarefa da investigação científica. De facto, eles não merecem mais admiração do que qualquer outro trabalhador. (...) Apesar de as teses científicas assentarem em juízos formulados pelos investigadores com alto grau de objectividade *quando trabalham na sua área científica*, daí não resulta que tais indivíduos possam elaborar análises políticas objectivas. É um papel para o qual não estão preparados (mas alguém estará?) e que não impõe os mesmos constrangimentos que a Ciência. Uma análise política feita por um cientista é tão susceptível à deformação provocada por considerações profissionais, financeiras e ideológicas quanto a de um não cientista. (...) Não que os cientistas sejam indiferentes à segurança pública; mas isso não é da sua conta [*it is not their business*] e por vezes entra em concorrência com os seus interesses”⁴².

³⁹ Não é essa, no entanto, a tendência na legislação portuguesa – cfr. *infra*, Parte III, Cap. I, 3.1.1.1. *ii*).

⁴⁰ É uma hipótese de acto complexo. Sobre esta categoria de actos, v. D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, Coimbra, 2001, pp. 277, 278.

⁴¹ PAULO OTERO é aqui mais incisivo, afirmando que o controlo do processo decisório por burocratas transforma “a ideia de decisões dotadas de legitimidade político-democrática [n]uma simples aparência que corre mesmo o risco de se revelar uma mentira piedosa” – *Legalidade...*, *cit.*, p. 297.

⁴² R. POSNER, *Catastrophe:...*, *cit.*, pp. 98, 99.

2.1.1. A privatização de subprocedimentos

Existe, todavia, uma outra hipótese que convém referir e que pode levantar mais dúvidas, uma vez que, embora baseada em premissas idênticas (a incapacidade da Administração para enfrentar, pelos seus meios, os desafios da técnica), importa consequências de uma dimensão diversa. Trata-se da intervenção no procedimento autorizativo de entidades técnicas privadas, às quais a lei confia – alternativa ou complementarmente face à Administração – funções de avaliação de determinados aspectos essencialmente técnicos, e cujas decisões incorporam subprocedimentos enxertados no procedimento autorizativo principal, quer a título de simplificação [cfr. o artigo 5º/3/l), e 4/i) do Decreto Regulamentar 11/2003, de 11 de Abril, que incide sobre o licenciamento industrial], quer a título de substituição da actuação da entidade normalmente competente.

Tais realidades, cada vez mais correntes, aproximam-se do fenómeno do exercício privado de funções públicas⁴³, na modalidade de prática de actos essencialmente declarativos, mas dotados da imperatividade própria das decisões administrativas⁴⁴. Pode observar-se, todavia, que “função” desempenhada por estas entidades não se identifica com uma actividade típica da função administrativa⁴⁵ – antes parece tratar-se da prática subsidiária, por especialistas privados, de actos formalmente administrativos no âmbito de uma actividade que, em virtude das suas novidade, tecnicidade e custo, não integra o âmbito daquela função⁴⁶. Com efeito, não existe nesta situação qualquer transferência de competências materialmente típicas da

⁴³ Sobre este ponto, G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milão, 1955, pp. 87 segs; F. OSSENBÜHL, *Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*, in *VVDStRL*, Band 29, 1971, pp. 137 segs; B. KNAPP, *La collaboration des particuliers et de l'État à l'exécution des tâches d'intérêt général*, in *Mélanges H. Zwahlen*, Lausanne, 1977, pp. 363 segs; F. SAINZ MORENO, *Ejercicio privado de funciones públicas*, in *RAP*, n.ºs 100/102, II, 1983, pp. 1699 segs; PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1995, pp. 449 segs; PEDRO GONÇALVES, *Entidades privadas com poderes públicos*, Coimbra, 2005, *max.* pp. 651 segs.

⁴⁴ Cfr. G. ZANOBINI, *L'esercizio...*, *cit.*, p. 114.

⁴⁵ Embora determinar o que seja uma actividade típica da função administrativa – ou o que deve ser entendido por “funções públicas” – seja uma árdua tarefa, quer em abstracto (dada a intrínseca variabilidade histórica destas noções), quer em concreto (em virtude da fungibilidade material das operações que as integram) – cfr. a síntese de S. CASSESE, *Le privatizzazione: arretramento o riorganizzazione dell' Stato?*, in *RIDPC*, 1996, pp. 579 segs.

No limite, a escolha sobre a publicidade da função é política, detendo o Governo, enquanto órgão democraticamente legitimado (embora essa democraticidade seja formalmente indirecta) a possibilidade de determinar o que deve ou não integrar o núcleo de funções reservadas a entidades públicas (bem como a forma jurídica destas, desde institutos públicos a sociedades por acções), devendo apenas observar as reservas constitucionais de “funções públicas”, exclusivas ou complementares com os privados.

⁴⁶ Cfr. F. OSSENBÜHL, *Die Erfüllung...*, *cit.*, p. 148. O Autor chama a atenção para que a actividade desenvolvida por estas entidades não está conotada com típicos poderes de soberania, justificando-se em atenção a argumentos de racionalidade e economia.

função administrativa, uma vez que estas entidades se limitam a efectuar verificações técnicas, abstraindo-se de levar a cabo ponderações valorativas⁴⁷.

Além disso, não se estaria, em bom rigor, diante de uma “função” exclusivamente pública, na medida em que a Constituição divide a missão de tutela ambiental entre públicos e privados, apelando à colaboração destes com os primeiros (artigo 66º/2) — muito embora incumba o poder público, primacialmente, da prossecução daquele fim.

No entanto, as decisões das empresas que desenvolvem tais actividades eminentemente técnicas a coberto de um acto de acreditação [emitido pelo Instituto Português de Acreditação — cfr. o artigo 6º/1/a) do DL 125/2004, de 31 de Maio], sempre que se configurem como imprescindíveis à prossecução do procedimento autorizativo, assimilam-se a actos administrativos (ainda que com a natureza de decisões prévias ou parcelares), devendo submeter-se a controlo jurisdicional nos mesmos termos que estes [artigos 4º/1/d) do ETAF e 51º/2 do CPTA]. Identicamente, não-de ser extensíveis as garantias procedimentais que a Constituição designa relativamente ao procedimento administrativo comum (ainda que na ausência de previsão expressa nesse sentido no artigo 2º do CPA⁴⁸), na medida em que as decisões são susceptíveis de interferir com posições jurídicas fundamentais⁴⁹. E a legalidade da actuação destas entidades está sujeita a apreciação pela tutela (cfr. o artigo 2º/3 do DL 125/2004, de 31 de Maio)⁵⁰.

A perda de controlo final destas *fatias* do procedimento autorizativo por parte da Administração deve ser justificada em atenção a argumentos de *necessidade* — a Administração não dispõe, por si só, dos meios para verificar, no terreno, o acatamento das determinações técnicas incorporadas no acto autorizativo —, de *economia* — é demasiado oneroso, para a máquina administrativa, suportar a manutenção de equipamentos que implicam a utilização de tecnologias de ponta, pelo menos em número suficiente para fazer face às necessidades do mercado —, e ainda de *simplificação* — a máquina administrativa está sobrecarregada com tarefas burocráticas, sendo-lhe particularmente difícil dar seguimento célere a pedidos com elevada componente técnica.

Repare-se que, se bem que a actividade técnica seja neutra — não é intrinsecamente pública nem privada —, os efeitos públicos das decisões verificativas e a sua inserção num procedimento administrativo tendente a garantir a tutela de um valor constitucionalmente protegido — o ambiente —, obrigam o legislador a explicar o

⁴⁷ A natureza do vínculo estabelecido entre a Administração e o colaborador privado é, assim, de difícil caracterização. Nem a concessão de exploração de um serviço público, nem a delegação de poderes, nem a autorização, nem mesmo o reconhecimento — entendidos estes conceitos nos quadros tradicionais, puros —, parecem suportar adequadamente esta relação. Reflectindo sobre esta questão, no Direito espanhol, J. ESTEVE PARDO, *Técnica...*, *cit.*, pp. 137 segs. Entre nós, por todos e por último, PEDRO GONÇALVES, *Entidades...*, *cit.*, pp. 1025 segs (optando pela figura da delegação como matriz).

⁴⁸ PEDRO GONÇALVES entende que a referência a “entidades concessionárias”, no nº 3 do artigo 2º, deve entender-se como abrangendo “todas e quaisquer entidades privadas no exercício de poderes de autoridade” — *Entidades...*, *cit.*, p. 1047.

⁴⁹ Realçando a importância das vinculações procedimentais destas entidades, F. OSSENBÜHL, *Die Erfüllung...*, *cit.*, pp. 181 segs (v. também pp. 193 segs); PEDRO GONÇALVES, *Entidades...*, *cit.*, pp. 1047 segs.

⁵⁰ Realce-se também o dever de imparcialidade que a lei impõe a estas entidades acreditadas — artigo 11º/1 do DL 125/2004, de 31 de Maio.

porquê da desafecção daquela parcela de competência decisória ao poder administrativo que, em princípio, tem por missão a prossecução do interesse público⁵¹. Bem como a providenciar as garantias, procedimentais e processuais⁵², dos particulares, capazes de combater as decisões invalidamente tomadas por aquelas entidades, nos mesmos termos como se de um acto administrativo se tratasse⁵³.

2.2. A remissão para normas técnicas

A entrada da técnica no ordenamento jurídico, num crescente número de domínios — desde o Direito Rodoviário, passando pelo Direito Médico, até ao Direito do Ambiente — é uma resposta às solicitações regulativas da sociedade tecnológica e causa naturais embaraços a um legislador funcionalmente impreparado para lidar com matérias de tão elevada complexidade e especialização⁵⁴. O trânsito do modelo de Estado liberal para Social foi acompanhado de um redimensionamento do poder administrativo, de uma releitura da sua vertente mais operativa — a discricionariedade —, ainda que à custa de cedências materiais do princípio da reserva de lei, e de um alargamento das suas formas de actuação. No entanto, a função legislativa não alterou, no essencial, a sua metodologia, o que a deixa estrangida em face do imenso universo regulativo que a demanda. O embaraço causado pela necessidade de intervir crescentemente em domínios estranhos à sua aptidão funcional — hoje muito descaracterizada e complementada pela abertura do procedimento legislativo à participação externa, quer através de consultas, quer através da encomenda de projectos de diplomas a entidades especializadas nas várias áreas — levou até à sugestão de criação de câmaras deliberativas com competência exclusiva na vertente técnica da normação jurídica⁵⁵.

Num “clássico” dedicado ao problema da recepção de normas técnicas pelas normas jurídicas, BREUER distingue entre recepção *directa* e *indirecta*⁵⁶. No primeiro caso, a norma jurídica apropria-se de um parâmetro (ou conjunto de parâmetros) técnico definido, enquanto no segundo assiste-se a uma segunda operação de remissão (ou dupla remissão), na medida em que a fórmula incorporada na norma jurídica reenvia para uma fonte de produção do parâmetro técnico que é constantemente sujeita a actualização⁵⁷.

⁵¹ F. OSSENBÜHL, *Die Erfüllung...*, *cit.*, pp. 172 segs.

⁵² A que não é alheia a vertente da responsabilização, que há-de ser assegurada através da regra do seguro obrigatório. O Estado, que desempenha aqui uma posição de garante, responderá nos termos dos artigos 501º e 500º do Código Civil, a título subsidiário (ou seja, no que exceder o valor segurado).

⁵³ Cfr. F. SAINZ MORENO, *Ejercicio...*, *cit.*, p. 1778, nota 100.

⁵⁴ Sobre a relevância jurídica das normas técnicas, veja-se D. FREITAS DO AMARAL, *Manual...*, *cit.*, pp. 534 segs.

⁵⁵ A sugestão foi feita por Nickusch, em 1946 — *apud* W. R. BREUER, *Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung*, in *AÖR*, 1976/1, pp. 46 segs, 51.

⁵⁶ W. R. BREUER, *Direkte und indirekte...*, *cit.*, pp. 60 segs. J. ESTEVE PARDO (*Técnica...*, *cit.*, pp. 172 segs) diferencia, por seu turno, entre remissão estática e dinâmica, fórmula também utilizada por PEDRO GONÇALVES, *Entidades...*, *cit.*, pp. 725, 726.

⁵⁷ Esta modalidade de reenvio é fulminada de inconstitucionalidade por parte da doutrina alemã, por alegada violação dos princípios democrático e da determinabilidade da lei, acrescida do facto de não serem reconhecidos poderes normativos a entidades privadas.

A recepção directa – quer de normas aprovadas por entidades da Administração central⁵⁸, quer de normas constantes de documentos adoptados por associações públicas, nomeadamente ordens profissionais, quer de normas incorporadas em relatórios produzidos por entidades privadas⁵⁹ – depende da sedimentação dos conhecimentos e métodos de actuação em determinado sector, e tem a vantagem da precisão da regulamentação e da inerente certeza para os utilizadores⁶⁰. Estas normas podem integrar a lei, a título principal⁶¹ ou acessório (anexos).

Já a recepção indirecta coloca problemas de determinação de grau variável, que põem à prova, quer o princípio da reserva de lei – na dimensão da determinabilidade –, quer o princípio da separação de poderes – na delimitação da margem de sindicabilidade da decisão administrativa assente em normas técnicas. É que, nesta modalidade, a lei limita-se a desenhar um suporte normativo que vai ser integrado por elementos de concretude variável⁶². Se é certo que a remissão para regulamentos administrativos, concretizando parâmetros normativos objectivos, normalmente com uma certa periodicidade (v.g., portarias de fixação de tectos de emissão de gases para a atmosfera, de limites de ruído urbano, de limites de escoamento de químicos para o domínio hídrico⁶³), não levanta problemas de maior, não é menos verdade que a remissão para fórmulas totalmente abertas causa outras perplexidades, na medida em que devolve a substantividade legal, não para elementos precisos, pré-definidos

⁵⁸ Por exemplo, o “Código de boas práticas de higiene na indústria de sumos, néctares e bebidas refrigerantes”, aprovado pelo Ministério da Agricultura, Desenvolvimento rural e Pescas, em 1996.

⁵⁹ A determinação do parâmetro a incorporar na norma suprime as dúvidas que esta técnica poderia levantar do ponto de vista da reserva de lei. Com efeito, aqui não há um conceito aberto a preencher por uma entidade destituída de qualquer tipo de legitimidade para o exercício da função legislativa – desde logo, porque privada –, naquilo que configuraria uma situação de usurpação de poder legislativo, mas antes a apropriação do conteúdo de normas por esta emanada pelo legislador constitucionalmente investido.

⁶⁰ Ainda assim e mesmo nestes casos, não é de excluir *ad eternum* a necessidade de rever as “certezas” plasmadas na norma. Nas palavras de N. DE SADELEER, “il ne peut plus y avoir de normes dites techniques qui expriment de manière définitive la vérité” – *Les principes...*, *cit.*, p. 195.

⁶¹ Um bom exemplo de sedimentação de normas técnicas no sector da construção é o do Regulamento geral das edificações urbanas (RGEU), aprovado pelo DL 38.382, de 7 de Agosto de 1951, o qual configura um exemplo de *incorporação* da norma técnica pela norma jurídica – cfr. PEDRO GONÇALVES, *Entidades...*, *cit.*, p. 725.

⁶² Para PEDRO GONÇALVES, este modelo de recepção indirecta por filiação numa cláusula geral permitiria contornar o problema da legitimidade de incorporação na lei de padrões técnicos oriundos de entidades privadas na medida em que, ao contrário dos casos de recepção directa dinâmica, aqui a lei limita-se a conter uma mera “referência técnica”, não havendo aí “qualquer fenómeno assimilável a uma delegação de poderes normativos, pois, além do mais, a concretização da norma jurídica não exige sequer a referência às normas elaboradas por um determinado organismo de regulação, mas apenas a consideração de quaisquer (e eventuais) normas técnicas existentes e geralmente observadas” – *Entidades...*, *cit.*, p. 727.

A nossa perspectiva é, no entanto, sensivelmente diferente, porquanto não enfrentando directamente o problema da habilitação de entidades privadas para o exercício de poderes normativos, atende sobretudo à precisão e concretude da norma de atracção (cláusula geral) em face do princípio da determinabilidade da lei.

⁶³ Cfr. mais exemplos, por categorias, em PAOLO DELL’ANNO, *Manuale...*, *cit.*, pp. 170, 171.

⁶⁴ J. ESTEVE PARDO anota a relevância da *lex artis* nos casos de responsabilidade contratual e extra-contratual, a fim de atestar o cumprimento dos deveres de cuidado comumente aceites – *Técnica...*, *cit.*, pp. 156 segs.

ou a definir (embora sempre com um grau de mensurabilidade objectivo), mas para conteúdos *mutantes* e que misturam uma componente estritamente técnica com uma componente ponderativa.

O principal desafio que se coloca no contexto da recepção indirecta e da sua justificação, legal e constitucional (cfr. o artigo 112º/5 da CRP), é representado pela fórmula das “melhores técnicas disponíveis”, hoje largamente divulgada, nos ordenamentos internos e internacionais (*maxime*, comunitário). Esta cláusula, cuja origem se encontra entre a expressão anglo-saxónica “best available technologies” e o modelo alemão do “Stand der Technik”, levanta várias questões. Vale a pena determo-nos um pouco na evolução desta fórmula, antes de avaliarmos o seu significado actual.

2.2.1. Das *leges artis* às melhores técnicas disponíveis

A valência de normas técnicas no ordenamento jurídico não é um fenómeno novo. A utilização de novas tecnologias em áreas tão díspares como a Medicina, a Biologia, a Engenharia, o Ambiente, obrigou o Direito a intervir, no sentido de estabelecer os pressupostos e os limites daquela utilização. No entanto, já antes e sobretudo no plano da responsabilidade por actos técnicos, a jurisprudência se via obrigada a recorrer a parâmetros de funcionalidade e segurança em caso de danos provenientes do funcionamento de instalações perigosas, de construções defeituosas, de intervenções cirúrgicas mal sucedidas⁶⁴. O recurso à fórmula das regras técnicas do conhecimento geral (*allgemeine anerkannten Regeln der Technik*), ou *leges artis*, traduz a tentativa de estabelecimento de um parâmetro de conduta técnica que reúne o consenso dos práticos⁶⁵.

O conceito de *leges artis* – ou “boas práticas”, ou “regras geralmente reconhecidas e aplicadas”⁶⁶ – revela-se especialmente útil no plano da avaliação da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, e mesmo penal, sempre que estejamos perante actos típicos de uma determinada profissão ou actividade⁶⁷. A definição do comportamento exigível ao profissional médio passa pela comprovação da actuação deste de acordo com um núcleo de regras usualmente observadas

⁶⁵ Seguimos os passos de W. R. BREUER, *Gerichtliche Kontrolle der Technik*, in *NVwZ*, 1988/2, pp. 104 segs, 109. Ver também H. PLAGEMANN e R. TIETZSCH, “Stand der Wissenschaft” und “Stand der Technik” als unbestimmte Rechtsbegriffe, Tübingen, 1980, pp. 20 segs; H.-WERNER RENGELING, *Der Stand...*, *cit.*, pp. 19 segs; R. WOLF, *Der Stand der Technik*, Hannover, 1986, pp. 281 segs (que refere uma escala de três níveis de segurança para caracterizar a evolução da cláusula técnica).

⁶⁶ Normas técnicas ou *leges artis* são, na definição de D. FREITAS DO AMARAL, “regras de conduta estabelecidas no âmbito de várias ciências, artes e ofícios acerca do modo correcto de proceder para evitar acidentes ou para produzir bens e serviços de qualidade” – *Manual...*, *cit.*, p. 140.

⁶⁷ Cfr. os Acórdãos: do STJ, de 7 de Janeiro de 1993 (in *CJ*, 1993/I, pp. 164 segs – sobre negligência médica); do STA de 20 de Janeiro de 1987 (in *ApDR*, de 7 de Maio de 1993, pp. 274 segs – sobre responsabilidade civil extracontratual da CML por queda de um candeeiro sobre um trauseunte); do STA de 20 de Janeiro de 2000 (in *ApDR*, de 8 de Novembro de 2002, pp. 269 segs – sobre violação dos deveres de zelo por funcionários administrativos); do STA de 22 de Janeiro de 2004, proc. 1665/02; do STA de 20 de Abril de 2004, proc. 982/03 (ambos sobre alegada negligência médica. O último encontra-se reproduzido nos *CJA*, nº 50, 2005, pp. 9 segs, e tem anotação de Ana Raquel GONÇALVES MONIZ).

pelos profissionais do sector, que lhes permitem controlar os riscos próprios da sua actividade. Presume-se que o dever geral de cuidado a que estão obrigados foi violado quando os actos praticados geraram efeitos não típicos, não previsíveis, em função do que seria o resultado normal à luz da experiência comum.

No fundo, a fórmula serve para confirmar ou infirmar um nexo de causalidade adequada entre facto e dano e tende a subsumir-se na ideia de prudência comum (cfr., por exemplo, o artigo 6º do DL 48.051, de 21 de Novembro de 1967)⁶⁸. Nas palavras do STA, “(...) o desvalor da acção do agente – a violação das *leges artis* ou do dever geral de cuidado – é um dos pressupostos constitutivos da obrigação de indemnizar”⁶⁹. O nexo de causalidade é calculado em termos de probabilidade estatística, não obedecendo a qualquer cálculo científico. Por outras palavras, a causalidade a que se reportam as *leges artis* apoia-se ainda num conceito de previsibilidade, que computa “riscos (perigos) próprios”, não penetrando no patamar seguinte, dos riscos *stricto sensu*, presentidos com base em nexos de causalidade mínimos e controversos⁷⁰.

As *leges artis* são resultado da experiência empírica, não teórica. Os bons resultados que a sua aplicação no tempo vai revelando levam a comunidade dos práticos a crer no seu sucesso, confirmado por uma sucessão estatística. A sua difusão é normalmente oral e circunscrita aos profissionais do sector, embora possam constar de publicações de carácter mais prático do que científico⁷¹. A complexificação das actividades obriga o legislador a intervir no sentido da substituição desta regulação informal e entregue à casuística por regras de base científica com eficácia comprovada através de testes, ainda que condenadas a um contínuo revisionismo. É assim que surge a cláusula do “Stand der Technik”, presente, por exemplo, na BImSG (artigo 5, §1/2).

Com o *Stand* pretende-se responder ao desafio do desenvolvimento tecnológico e introduzir um elemento de racionalidade decorrente da experimentação em laboratório. A relativa aleatoriedade das *leges artis* é suprida por um estudo prévio à introdução da técnica no mercado, que aprimora as suas vantagens e tenta minimizar os seus inconvenientes. O facto de se poder aferir o estado da técnica com base em testes levados a cabo por cientistas das várias áreas, com resultados devidamente

⁶⁸ Sublinhe-se, todavia, com EDUARDO CORREIA [Direito Criminal, I, Coimbra, 1993 (reimp.), p. 426]], que pode haver situações em que a observância das regras técnicas, tomadas enquanto máximas de experiência, não é suficiente para assegurar o dever geral de prudência. É a agravação do risco que contribui, normalmente, para esta insuficiência, na medida em que envolve uma distensão do âmbito de previsibilidade.

⁶⁹ Acórdão do STA de 20 de Abril de 2004, *cit.*, *loc. cit.*, p. 13.

⁷⁰ A este propósito, e em comentário ao Acórdão referenciado na nota anterior, Ana Raquel GONÇALVES MONIZ escreve que “(...) torna-se necessário provar que, de acordo com as boas práticas da medicina, o resultado danoso *não* constitui um risco *possível* (e não meramente um risco provável, comum e normal, como decorre do acórdão) da intervenção médica em causa levada a cabo segundo as regras específicas da medicina. Se o resultado danoso consubstanciar um risco possível, embora pouco provável, pode não existir violação das *leges artis* e, nessa medida, faltar o preenchimento de um pressuposto da responsabilidade civil” – **Quando caem em desgraça os discípulos de Hipócrates - Algumas questões sobre responsabilidade civil médica da Administração**, Anotação ao Acórdão do STA de 20 de Abril de 2004, *in CJA*, nº 50, 2005, pp. 15 segs, 16, 17.

⁷¹ O facto de a circulação desta informação ser restrita a certos meios torna difícil a sua prova judicial, deixando o juiz quase inteiramente dependente de depoimentos de peritos – J. ESTEVE PARDO, *Técnica...*, *cit.*, p. 158.

explanados, publicitados e confirmados depois através da aplicação prática – ou seja, resultados dotados de um respaldo teórico e prático –, permite ao legislador efectuar a remissão legislativa para dados que oferecem uma credibilidade não meramente estatística.

A remissão para o *Stand* não significa que só as tecnologias objecto de aceitação maioritária integram a linha da frente da evolução técnica⁷². O conhecimento desenvolve-se através da controvérsia e uma corrente minoritária de cientistas pode testar uma determinada técnica com resultados positivos e mesmo superiores, em nível de segurança, às mais divulgadas – embora, eventualmente, mais cara ou mais complexa do ponto de vista da implementação. A absorção do novo padrão pelo *Stand* deverá ser, então, gradual, i. e., a sua aplicação não deverá, em regra, ser exigida – mas apenas recomendada – até estarem criadas condições de ampla acessibilidade por parte da generalidade dos operadores no mercado (esta leitura aproxima a fórmula da das “melhores técnicas disponíveis”, que referiremos *infra*).

A par (mas acima) deste degrau, surge um outro, que alia o estado da ciência ao estado da técnica – *Stand der Wissenschaft und Technik*. Este é um patamar mais exigente, nota DI FABIO, na medida em que prescinde da exequibilidade concreta e aplicada da nova técnica, tendo uma existência ainda circunscrita à pesquisa científica e aos testes laboratoriais⁷³. Quando o legislador opta pela remissão para este quadro de exigência, fá-lo em regra por razões de apuro científico máximo em razão do elevado grau de risco que a actividade envolve (vide, o domínio da energia nuclear, ao qual está ligado por força da inclusão na *Atomgesetz*). Esta terá de se submeter, não às melhores técnicas disponíveis (no sentido de exequíveis), mas antes às melhores técnicas possíveis no quadro dos limites de evolução do conhecimento científico, sob pena de recusa (que pode ser um mero adiamento) da autorização⁷⁴. O estabelecimento deste patamar há-de ser excepcional, salienta DI FABIO, porque implica uma intensidade máxima do dever de prevenção de riscos, desequilibrando a regra de possibilidade prática de evitação destes e onerando excessivamente o operador. A remissão para os limites do conhecimento teórico aponta para uma redução máxima do risco residual, cuja fixação deve obedecer a uma fundamentação muito criteriosa, assente no valor dos interesses a favor dos quais joga o índice de protecção.

Desta feita, a referência a um destes níveis por parte da norma habilitante do exercício do poder conformador administrativo equivale, não só à indicação do nível de segurança a observar pelo operador como, e simultaneamente, à fixação do nível de risco tolerável. A expressão da cláusula técnica introduz a Administração no âmbito da antecipação de riscos por remeter para uma prevenção na medida do possível – sendo certo que “o possível” pode ir desde a susceptibilidade de minimização através de tecnologias testadas e aplicadas, passando pelas tecnologias testadas mas de aplicação ainda circunscrita a algumas empresas, até à possibilidade teórica de minimização por relação com teses científicas ainda não plenamente comprovadas. Cabe ao legislador, sector a sector, risco a risco (se este for reconhecível), fixar a extensão da exigência das autoridades administrativas, cuja responsabilidade, em caso

⁷² Cfr. H. PLAGEMANN e R. TIETZSCH, “Stand der Wissenschaft” ..., *cit.*, pp. 21, 22.

⁷³ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, pp. 126, 127.

⁷⁴ É a posição adoptada pelo Tribunal Constitucional alemão, na decisão *Kalkar*, *supra* referenciada, p. 136.

de superveniência de lesão, se aferirá precisamente pelo grau de segurança técnica previsto na norma (bem assim como a responsabilidade do operador).

Depois deste brevíssimo excursão, torna-se mais inteligível a fórmula das *best available technologies – beste verfügbare Techniken* –, crescentemente utilizada nas directivas comunitárias no que tange ao condicionamento de actividades com elevada intensidade poluente, e presente na legislação portuguesa – por importação comunitária – em diplomas como, por exemplo, o que regula a concessão da “licença ambiental” (cfr. o artigo 9º do RLA). As “melhores tecnologias disponíveis” traduzem, na definição avançada pelo artigo 2º/1/j) do RLA, “a fase de desenvolvimento mais avançada e eficaz das actividades e dos respectivos modos de exploração, que demonstre a aptidão prática de técnicas específicas para constituir, em princípio, a base dos valores limite de emissão com vista a evitar e, quando tal não seja possível, a reduzir de um modo geral as emissões e o impacte no ambiente no seu todo”⁷⁵.

A legislação portuguesa não conheceu evolução semelhante à do ordenamento alemão – de resto, na maior parte dos países europeus, a cláusula técnica foi introduzida pelo Direito Comunitário⁷⁶. No âmbito do Direito do Ambiente, a primeira tentativa de implementação de mecanismos capazes de lidar com o fenómeno do risco ambiental transparece na LBA, traduzida em “padrões de referência” e “valores-limite”, aos quais aludia a alínea f) do nº 1 do artigo 27º, dispositivo que deveria ser complementado através da emissão de legislação (e regulamentação) posterior (artigo 51º). Este esquema não só constitui uma base de protecção que exige uma grande coordenação entre instituições nacionais e internacionais com vista à permanente actualização e publicitação da informação relevante, como divorcia, de algum modo, o controlo da poluição do desenvolvimento tecnológico – por não aludir à necessidade de evolução da técnica. Ora, no caso de empreendimentos de grande envergadura (v.g., auto-estradas, aeroportos) e de instalações altamente poluentes (v.g., indústria química, cimenteira, pasta de papel), o aumento do risco deve ter um paralelo no incremento do nível de protecção técnica.

O imperativo de adaptação ao progresso técnico em nome da segurança e da saúde não era, todavia, estranho à prática administrativa. Em três casos submetidos a consulta do Supremo Tribunal Administrativo, logo no início do século XX, é bem patente esta preocupação, veiculada por pareceres de delegados de saúde pública em procedimentos autorizativos de instalações insalubres e perigosas. A propósito da instalação de uma fábrica de preparação de cortiça e manufactura de rolhas numa zona urbana, a licença incluía a seguinte condição: “Fica a firma industrial obrigada, em todo o tempo, à adopção de quaisquer outras disposições materiais ou de funcionamento que se repute necessárias a bem da saúde ou segurança pública”⁷⁷. Num caso que envolvia a instalação de uma fábrica de “cor-

⁷⁵ Definição que constitui a transcrição literal do ponto 11 do artigo 2º da Directiva 96/61/CE do Conselho, de 24 de Setembro de 1996, relativa à prevenção e controlo integrados da poluição. V., sobre a utilização da cláusula técnica por esta directiva, MARY SANCY, *La nouvelle directive IPPC: le recours au concept de meilleure technique disponible. Quelques réflexions*, in *Les hommes et l’environnement, Études en hommage à A. Kiss*, Paris, 1998, pp. 381 segs.

⁷⁶ Para um estudo comparativo, no plano europeu, das modalidades de cláusula de desenvolvimento técnico cujo cumprimento é exigido no âmbito do procedimento autorizativo de indústrias potencialmente poluentes, H.-WERNER RENGELING, *Der Stand...*, cit., pp. 99 segs.

⁷⁷ Consulta homologada a 29 de Janeiro de 1916, in *Resoluções do STA*, nº 28 (1916), pp. 61 segs, 65.

timento de peles ou coiros” numa quinta em Benfica, as autoridades de saúde impuseram, entre outras, a “sujeição do requerente a quaisquer modificações que o tempo e a experiência venham a mostrar necessários”⁷⁸. E por ocasião de um pedido de autorização de instalação de uma bomba de gasolina num prédio urbano, o delegado de saúde anuiu na concessão da licença, desde que os tanques e canalizações ficassem “convenientemente resguardadas, sendo constantemente vigiado o seu perfeito estado de conservação”⁷⁹.

Ou seja, a falta de previsão legal da necessidade de actualização das condições de funcionamento tendo em vista o progresso técnico, em nome da protecção de interesses públicos como a segurança e a saúde, não impedia que, a título de cláusulas modais e de forma casuística, tal desígnio fosse assegurado – embora, claro, com base em dados da experiência empírica e não propriamente enquanto resultado de um processo sistemático de inovação tecnológica.

Alguns anos mais tarde, esta abertura à inovação técnica tornava-se mais sensível, passando agora a estar plasmada em lei formal. O caso apreciado pelo STA, I, em 4 de Maio de 1962⁸⁰, é demonstrativo desta evolução (coerente com a observância do princípio da reserva de lei em sede de ingerência administrativa), julgando válida uma decisão administrativa modificativa de uma autorização de funcionamento de um estabelecimento de armazenamento de pólvora, que impunha novas condições de utilização ao seu titular. A validade da decisão foi aferida à luz de uma disposição do Regulamento sobre substâncias explosivas que estabelecia que: “As condições exaradas no alvará podem, de futuro, ser alteradas sempre que, em consequência de um mais perfeito conhecimento sobre o comportamento dos explosivos ou qualquer outra circunstância, se julgue conveniente, para melhor segurança da produção, podendo ainda pelos mesmos motivos ser impostas novas condições”.

Simplemente, a fórmula comunitária tem implícita uma cláusula de racionalidade económica que deriva da influência britânica da “best available technologie”⁸¹. É, aliás, comum a aproximação entre “melhores técnicas disponíveis” e “melhores técnicas disponíveis a custo não excessivo” (*best available technologies not entailing excessive costs*) – entendimento que confirma a “filiação” directa no modelo anglo-saxónico, no qual se encontram imperativos de actualização técnica desde 1901 (*Alkali Works Regulation Act, Sec. 2*)⁸². Nessa perspectiva, o aditamento do adjectivo “disponíveis” à cláusula do *Stand der Technik* leva FELDHAUS a questionar-se sobre se a introdução do *standard* comunitário no ordenamento alemão poderá conduzir, quando interpretado num determinado sentido, a um abaixamento do nível de pro-

⁷⁸ Consulta homologada a 9 de Fevereiro de 1918, in *Resoluções do STA*, n.º 30 (1918), pp. 66 segs, 67.

⁷⁹ Consulta homologada a 31 de Agosto de 1918, in *Resoluções do STA*, n.º 30 (1918), pp. 361 segs, 364.

⁸⁰ Acórdão do STA de 4 de Maio de 1962, in *Col.*, 1962, pp. 224 segs.

⁸¹ A cláusula técnica das “best available technologies” – ou “best available technology economically achievable”, ou “best conventional pollutant control technology”, ou “best available demonstrated control technology” – é também recenseável no ordenamento norte-americano, nomeadamente nos *Clean Air Act*, de 1970, e no *Clean Water Act*, de 1972 – cfr. Z. PLATER *et alii.*, *Environmental law...*, *cit.*, pp. 501 segs.

⁸² H.-WERNER RENGELING, *Der Stand...*, *cit.*, p. 134. A disposição, inserta num diploma regulador da indústria de sais químicos, dispõe que “In addition to the condensation of [hydrochloric] gas as aforesaid, the owner of every alkali work shall use the best practicable means for preventing the escape of noxious or offensive gases by the exit flue of any apparatus used in any process carried on in the work”.

tecção no âmbito do procedimento autorizativo ambiental⁸³.

Com efeito, se a expressão “melhores técnicas” permite uma equivalência com o *Stand der Technik*, já a junção do adjetivo “disponíveis”, fixando embora a fasquia da exigibilidade no limiar da possibilidade prática, coloca a questão de saber se tal possibilidade está apenas sujeita a pressupostos de acessibilidade objectiva ou se fica também subordinada a uma condição de acessibilidade subjectiva, i. e., de custo. Por outras palavras, cumpre averiguar se, ao aditar o qualificativo “disponíveis”, o legislador quis introduzir um novo factor de ponderação, a saber, o da suportabilidade económica da utilização da melhor tecnologia pelo operador concreto.

FELDHAUS desdramatiza o dilema, admitindo desde logo que, sem embargo de a cláusula do *Stand der Technik* não incluir expressa referência ao factor custo, tal não implica a sua desconsideração⁸⁴. Nomeadamente, afirma o Autor, “sempre que os custos sejam tão elevados que não se possa falar de uma tecnologia disponível, o procedimento não é, na prática, adequado e, por definição, torna desadequada qualquer referência ao estado da técnica”⁸⁵. Ou seja, para FELDHAUS, o *Stand* sempre conteve, no limite, uma referência implícita à acessibilidade económica — mas, sublinhe-se, do ponto de vista objectivo, no sentido de sujeitar a exigibilidade de utilização de uma tecnologia num *determinado sector* de actividade à condição *abstracta* da sua sustentabilidade económica⁸⁶. É, aliás, o que se depreende da afirmação do Tribunal Constitucional alemão, na decisão *Kalkar*, ao identificar o tecnicamente exigível com o “tecnicamente necessário, adequado e conveniente”⁸⁷.

Já quanto a incluir no *Stand* um factor de ponderação subjectivo, que permita à entidade administrativa adequar o nível de exigibilidade económico de utilização da tecnologia em função das possibilidades reais e concretas do requerente da autorização, FELDHAUS manifesta-se contrário, por princípio, a esta possibilidade, na medida em que tal cedência faria rebaixar intoleravelmente os índices de protecção legalmente exigíveis. As imposições técnicas são resultado de um trabalho de investigação científica constante no campo da minimização dos riscos próprios dos vários sectores de actividades perigosas. Quem se propõe exercê-las, delas retirando benefícios financeiros, deve suportar os deveres de prevenção do risco inerentes, utilizando as melhores técnicas para o sector existentes no mercado, não sendo admissíveis, em regra, desvios fundados na incapacidade económica.

No entanto, tal não impede que, em situações especiais, a cláusula do *Stand* possa sofrer derrogações, totais ou parciais, em atenção a circunstâncias caracterizadamente específicas do requerente e da instalação projectada. Os desvios pontuais, o abaixamento circunstancial do nível de exigência abstracto que o *Stand der Technik* implica, não são factos novos para o Direito Administrativo ambiental alemão, que admite a irrupção de casos atípicos por força da conjugação de circuns-

⁸³ G. FELDHAUS, *Beste verfügbare Techniken und Stand der Technik*, in *NVwZ*, 2001/1, pp. 1 segs, 7.

⁸⁴ De resto, também no ordenamento anglo-saxónico, o aditamento expresso da expressão “not entailing excessive costs” à fórmula tradicional não significa que, do antecedente, as considerações de praticabilidade, económica, temporal e estritamente técnica, não estivessem incorporadas na última — H.-WERNER RENGELING, *Der Stand...*, *cit.*, pp. 140 segs.

⁸⁵ G. FELDHAUS, *Beste verfügbare...*, *cit.*, p. 4.

⁸⁶ G. FELDHAUS, *Beste verfügbare...*, *cit.*, pp. 5, 6.

⁸⁷ Do que se depreende que o *Stand* já pressupõe um limite interno de proporcionalidade, nomeadamente quanto à proibição do excesso — H.-WERNER RENGELING, *Der Stand...*, *cit.*, p. 22.

tâncias geográficas, técnicas ou mesmo económicas. Mas tais soluções, devidamente fundamentadas, não constituirão, porque pontuais, nem uma redução geral do nível de protecção ideal, nem um enfraquecimento do princípio da prevenção de riscos na medida do tecnicamente possível.

Em suma, FELDHAUS admite que o espaço de ponderação administrativa presente no núcleo do *Stand der Technik* contempla, desde logo, um factor de racionalidade económica objectivo e, em casos especiais, subjectivo. “No estado da técnica está em jogo, não o mais eficaz procedimento de delimitação de emissões, mas sim o mais adequado e tecnicamente disponível método de minimização de emissões”, escrevia o Autor na década de 80 do século passado⁸⁸. A margem de livre decisão administrativa estendia-se, portanto, nesta visão, até aos aspectos económicos da cláusula técnica, ainda que de forma implícita⁸⁹.

Outros Autores pronunciam-se no sentido da penetração de um novo *standard* de ponderação, corporizado nas “melhores técnicas disponíveis”. A argumentação passa pela afirmação de um compromisso entre a fórmula alemã e a anglo-saxónica que, numa visão mais pragmática, acolhe expressamente a premissa da viabilidade económica, e que acaba por forçar a uma reconstrução economicista do *Stand der Technik*⁹⁰. Assim, submetendo-se os procedimentos autorizativos com incidência ambiental relevante à cláusula das melhores técnicas disponíveis, a Administração deveria incluir um novo *item* ponderativo, que se traduz na avaliação da capacidade económica do requerente em face do custo de aquisição e incorporação, na sua instalação, das melhores tecnologias acessíveis no mercado.

Resta saber, interroga-se HEIMLICH, se tal submissão à lógica comunitária não deve ser contrariada em nome do direito de cada Estado-membro a manter, no domínio ambiental – vide o artigo 176 do Tratado de Roma – um nível de protecção mais elevado do que o previsto na legislação comunitária, desde que com ela ainda compatível⁹¹. Para este Autor, é clara a “trivialização” do objectivo da protecção ambiental através da transformação camaleónica do *Stand der Technik* numa fórmula eivada de preocupações de sustentabilidade económica da indústria. A cláusula técnica deveria manter-se impermeável a tais considerações, que multiplicam, descaracterizando, o nível de protecção óptimo, de acordo com as conveniências de cada operador. Ponderação de racionalidade, a existir – e é inquestionável que ela surja no procedimento autorizativo –, deve ser relegada para um momento posterior, de gestão da componente de incerteza subjacente a qualquer avaliação de risco e à consequente “receita” de minimização técnica que couber no caso concreto. Ou seja, a racionalidade – mesmo económica – é o resultado da medida de proporcionalidade inerente ao princípio da prevenção de riscos, é um critério de ponderação puro e não um limite interno da cláusula técnica⁹².

⁸⁸ G. FELDHAUS, *Zur Inhalt...*, *cit.*, pp. 169, 170.

⁸⁹ Ao contrário, no ordenamento anglo-saxónico, a componente económica das “best available technologies” é incontroversa – Z. PLATER *et alii.*, *Environmental law...*, *cit.*, p. 519.

⁹⁰ C.-PETER MARTENS, *Die Ökonomisierung des Rechtsbegriffs «Stand der Technik» durch die sechste Novelle zum WHG*, *in NVwZ*, 1998/1, pp. 13 segs, 15 (escrevendo sobre a lei da qualidade da água, mas com considerações gerais transponíveis para o Direito do Ambiente em geral).

⁹¹ J. HEIMLICH, *Der Begriff «Stand der Technik» im deutschen und europäischen Umweltrecht*, *in N+R*, 1998/11, pp. 582 segs, 584 segs.

⁹² J. HEIMLICH, *Der Begriff...*, *cit.*, p. 583.

Quer-nos parecer, salvo erro de perspectiva, que a questão que divide a doutrina alemã nesta sede é excessivamente dramatizada, muito por força, certamente, do receio de rebaixamento do nível de protecção ambiental em face da fórmula europeia. Sendo certo que dificilmente o ordenamento alemão se pode manter à margem de uma certa “coloração económica” da fórmula do *Stand der Technik* — há que considerar, sobretudo, problemas relacionados com a leal concorrência entre empresas no mercado interno europeu⁹³ —, não é menos verdade, como realça FELDHAUS, que a condição da operacionalidade económica das novas tecnologias é co-essencial à cláusula técnica. Se um determinado método de controlo da poluição, num sector específico da indústria, não for acessível aos operadores, em geral — numa equação de custo-benefício —, tal bitola não é adequada: é irrealista. E a insistência em tal exigência conduzirá, na prática, à paralisia do sector, por incapacidade de cumprimento das imposições administrativas.

A excessiva elevação do padrão *técnica* pode mesmo, como sublinha ESTEVE PARDO, ter efeitos perversos⁹⁴. Pretendendo incorporar no padrão de mecanismos de tutela ambiental as mais recentes tecnologias, independentemente do seu custo, a Administração pode contribuir para, numa primeira fase, as indústrias que apoiam e desenvolvem tais estudos os manterem secretos e, numa segunda fase, desmantelarem os programas de investigação. Este efeito desincentivador deve ser combatido, adoptando uma perspectiva menos proteccionista mas mais operativa.

A preocupação fundamental — não multiplicar desvios economicistas ao particularizar excessivamente a fórmula do *Stand*, tendo em conta as conveniências de cada agente económico concreto que, no plano comunitário, poderá traduzir-se no incentivo estadual ao desenvolvimento industrial nacional à revelia do padrão ambiental dominante — de defesa de um padrão de exigência de comportamento ambientalmente correcto tanto se consegue com a cláusula pura do *Stand*, como com a das *beste verfügbare Techniken*, desde que a “disponibilidade” da técnica contenha um elemento de realizabilidade económica (*wirtschaftliche Durchführbarkeit*) aferível de forma objectiva, relativamente a *cada sector* da indústria, e não a *cada industrial*⁹⁵. Esta preocupação de nivelar objectivamente transparece, aliás, do n.º 2 do artigo 9.º do RLA, que admite a possibilidade de, em atenção ao cumprimento de um objectivo de qualidade ambiental, se imporem condições técnicas suplementares (mais restritivas) relativamente ao padrão aplicável ao sector.

Estas considerações não desaguam na conclusão — e aqui aproximamo-nos da posição de HEIMLICH, e chegamos à mesma conclusão que FELDHAUS, mas com diferentes premissas — de que no procedimento autorizativo não há lugar para particula-

⁹³ Como já se observou, a centralização da definição dos factores de risco, sua delimitação e respectivas medidas de minimização é uma tarefa que cada vez mais tende a ser absorvida por instituições ao nível comunitário, precisamente pela rede de interferências gerada entre ambiente, saúde pública, indústria e liberdade de concorrência. Sobre este último aspecto, TIAGO ANTUNES, *O ambiente entre o Direito e a Técnica*, Lisboa, 2003, pp. 83, 84.

⁹⁴ J. ESTEVE PARDO, *La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible*, in *RAP*, n.º 149, 1999, pp. 37 segs, 50, 51.

⁹⁵ É esta, precisamente, a leitura recomendada por MARY SANCY (*La nouvelle directive...*, *cit.*, p. 384) relativamente à cláusula “best available technologies” inserida na directiva comunitária 96/61/CE. Temendo a excessiva flexibilização da cláusula técnica em nome de objectivos económicos, J. E. FIGUEIREDO DIAS, *A licença ambiental no novo regime da PCIP*, in *CEDOUA*, 2001/1, pp. 65 segs, 78.

rismos de ponderação da racionalidade económica, em casos especiais — atendendo, portanto, ao princípio da igualdade, que manda distinguir situações objectivamente desiguais —, no momento da realização da prognose evolutiva da situação de facto a conformar através da autorização, desde que suportada pela norma habilitante. Negar tal hipótese é maximizar o objectivo da protecção ambiental à custa do esmagamento de outros valores socialmente relevantes⁹⁶.

Uma última nota sobre a cláusula “melhores técnicas disponíveis” é devida para a posicionar no domínio da segurança industrial e para a distinguir de uma questão próxima: a da normalização industrial, no plano da qualidade das técnicas de produção. A normalização industrial é um fenómeno de auto-regulação, que se desenvolve entre privados de carácter associativo e plurirepresentativo, e que tem por objectivo “a tipificação, unificação e especificação dos sistemas, processos, equipamentos e produtos industriais, a fim de racionalizar o mercado produtivo”⁹⁷ (por exemplo, o “formato A4”). Através da normalização industrial, as principais empresas de um determinado sector harmonizam métodos de produção, identificando-se através destes perante o consumidor e prevenindo acções de concorrência desleal.

As normas de qualidade agilizam o comércio, contribuem para a recognoscibilidade internacional dos produtos. Já as normas de segurança actuam num plano prévio, da produção e garantem a minimização do risco de funcionamento das instalações industriais e dos próprios produtos para a comunidade em geral. As normas de qualidade industrial distinguem-se, assim, das normas de segurança, na medida em que servem finalidades distintas e são, por isso, controláveis pela Administração em planos distintos: enquanto as primeiras podem ser *recomendadas* pela lei como pressuposto de agilização de certos procedimentos de comercialização de determinado produto, as segundas devem ser *impostas* enquanto pressuposto de criação da própria instalação empresarial e como habilitações à conformação das condições do seu funcionamento⁹⁸.

2.2.2. A falsa questão da “discricionaridade técnica”

A remissão para normas técnicas, quando indirecta, pode significar uma mera revisão de parâmetros objectivos, de emissão periódica ou traduzir-se numa aleatória reconstrução dos critérios de decisão técnica. Queremos referir-nos, no primeiro caso, a situações como a da fixação dos limites de emissões poluentes por regulamentos administrativos de emissão anual — muitas vezes, eles próprios reprodutores de níveis fixados por organismos comunitários especializados —, em que os elementos

⁹⁶ Como, aliás, reconhece J. HEIMLICH, *Der Begriff...*, *cit.*, p. 586. É este argumento que leva TIAGO ANTUNES (*O ambiente...*, *cit.*, p. 79) a propor o aditamento do vocábulo “exigíveis” à fórmula das “melhores técnicas disponíveis” constante do RLA. Parece-nos, salvo o devido respeito, que a condição de acessibilidade económica está, sobretudo se tivermos em atenção a sua influência mais directa, contida no vocábulo “disponíveis”.

⁹⁷ J. CARRILLO DONAIRE, *El derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Madrid/Barcelona, 2000, p. 35.

⁹⁸ Extensamente sobre a questão da harmonização, quer das normas de segurança, quer das normas de qualidade industrial, como forma de eliminar obstáculos ao comércio internacional, J. CARRILLO DONAIRE, *El derecho...*, *cit.*, pp. 193 segs.

resultantes da operação de remissão são precisamente identificados na norma remissiva. A segunda situação identifica-se com a remissão nos termos da cláusula “melhores técnicas disponíveis” ou semelhante que, não só sofre variações de conteúdo de acordo com factores aleatórios – os avanços do conhecimento técnico-científico –, como tem um âmbito muito abrangente e diversificado (mesmo dentro de um determinado sector de actividade).

A segunda modalidade de remissão indirecta propicia o levantamento da questão da discricionariedade técnica, ou seja, de saber em que medida está a Administração vinculada, no exercício da tutela declarativa, aos padrões fornecidos pelas regras da técnica, i. e, se está impedida de accionar a sua liberdade de decisão em face das escolhas para que é direccionada pelas normas remissivas⁹⁹. Em nosso entender, e salvo o devido respeito pelas posições discordantes, esta é uma falsa questão, na medida em que a aliança entre discricionariedade e técnica revela uma falha de perspectiva, um “erro histórico da doutrina”, como já o denunciou GIANNINI¹⁰⁰. Quando a lei submete a actuação administrativa a parâmetros técnicos, a Administração não dispõe de qualquer margem de livre decisão, não formula qualquer juízo valorativo, reflexo de um balanceamento de interesses conflitantes, antes se encontra vinculada a uma base de sustentação da decisão constituída por juízos de conteúdo científico¹⁰¹.

A expressão “discricionariedade técnica” surgiu por força da dificuldade sentida pelos juizes na reavaliação do conteúdo técnico das decisões administrativas¹⁰². Logo se gerou uma analogia com a discricionariedade *proprio sensu*, cujo núcleo essencial deve, por razões que envolvem o respeito pela autonomia funcional administrativa e pela máxima da separação de poderes, estar subtraído à susceptibilidade de revisão judicial. Mas nada impede que, numa zona valorativamente neutra como é a técnica, a revisibilidade jurisdicional aconteça, devidamente assessorada por profissionais para tanto habilitados. O facto de o julgador não se considerar funcionalmente apto para efectuar o controlo da correcção de uma decisão técnica não a transforma num acto expressivo das valorações próprias da função administrativa. A similitude do (mais aparente que real) défice de controlo não justifica a assimilação dos fenómenos da discricionariedade e da técnica¹⁰³.

É certo que a remissão para normas técnicas pode ser acompanhada da concessão de margem de livre decisão ao órgão decisor. No caso da cláusula “melhores técnicas disponíveis”, pode até dizer-se, segundo uma interpretação teleológica que, na medida em que ela representa o reconhecimento da necessidade de prevenção nos limites do conhecimento humano, há uma assunção implícita de um *quantum* de margem de livre decisão na valoração da incerteza que subjaz à decisão e que não é, em regra, totalmente eliminada pela avaliação técnica dos pressupostos de facto e

⁹⁹ A primeira modalidade não convoca qualquer problema de discricionariedade, na medida em que a remissão é realizada para preceitos de concretização máxima – índices, listagens, percentagens. Cfr., sobre a diferença entre os dois tipos de remissão, H. JARASS, *Der rechtliche Stellenwert technischer und wissenschaftlicher Standards*, in *NJW*, 1987/21, pp. 1225 segs, 1225.

¹⁰⁰ M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, 3ª ed., Milão, 1993, pp. 55, 56.

¹⁰¹ Já aderimos a esta posição no nosso *Contributo...*, *cit.*, pp. 254 segs, alicerçados na doutrina aí citada. V. ainda PAULO OTERO, *Legalidade...*, *cit.*, pp. 764 segs.

¹⁰² Cfr. A. GONÇALVES PEREIRA, *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa, 1962, p. 268.

¹⁰³ B. DINIZ DE AYALA, *O (défice de)...*, *cit.*, p. 114.

pela determinação das medidas de minimização do risco aplicáveis¹⁰⁴. “Technik ohne Risiko gibt es nicht”¹⁰⁵.

Aí reside a dualidade (*Doppelcharakter*) da cláusula técnica¹⁰⁶: por um lado, ela incorpora critérios de apreciação tendencialmente objectivos, assentes em dados da experiência teórica e empírica reunidos por especialistas, que servem de “guia de leitura” das situações de risco ambiental à entidade administrativa; por outro lado, tal cláusula implica o reconhecimento de um novo patamar da noção de prevenção, no qual pontifica a imprevisibilidade, a qual a Administração, recorrendo ao espaço de valoração que lhe incumbe por determinação constitucional, terá que gerir com base nos melhores conhecimentos disponíveis¹⁰⁷. A destrição entre a *objectividade* da técnica e a *subjectividade* da discricionariedade é ténue, existindo normalmente uma interpenetração intensa, sempre que a Administração for confrontada com a necessidade de tomar partido por uma determinada explicação teórica, rejeitando outras igualmente válidas – mas menos fundamentadas, ou suportadas por opiniões minoritárias, ou fruto de menor reflexão, ou menos publicitadas. A explicação científica que está subjacente à solução técnica é um ponto de partida, mas não é o único elemento à chegada¹⁰⁸.

Todavia, em abstracto, é possível destriçar os momentos de escolha dos momentos de vinculação, os juízos de existência dos juízos valorativos, no quadro do *ir e vir* descritivo/valorativo empreendido pela Administração¹⁰⁹. No âmbito das decisões sobre o risco, o momento da ponderação da incerteza só surge após estar delimitado, de forma cientificamente inteligível, o quadro fáctico resultante da avaliação técnica. Só com base em dados objectivos – cuja selecção pode comportar, sem embargo, alguma dose de incerteza¹¹⁰ – é que a Administração pode iniciar a ponderação concreta dos interesses em jogo através de juízos de prognose.

Pode dizer-se, enfim, que a utilização de conceitos indeterminados no domínio da remissão para normas técnicas não implica, por si só, discricionariedade, pelo menos enquanto o preenchimento de tais conceitos se fizer através de raciocínios lógi-

¹⁰⁴ Neste sentido, W. R. BREUER, *Direkte und indirekte...*, *cit.*, pp. 67 e 75.

¹⁰⁵ H.-WERNER RENGELING, *Der Stand...*, *cit.*, p. 214.

¹⁰⁶ Cfr. H. JARASS, *Der rechtliche...*, *cit.*, pp. 1226 e 1229.

¹⁰⁷ Cfr. G. FELDHAUS, *Entwicklung und Rechtsnatur von Umweltstandards*, *in UPR*, 1982/5, pp. 137 segs, 143.

¹⁰⁸ Cfr. W. R. BREUER, *Gerichtliche...*, *cit.*, pp. 112; H.-WERNER RENGELING, *Der Stand...*, *cit.*, p. 201.

¹⁰⁹ Veja-se, contudo, a assimilação entre competências de verificação técnica e competências de ponderação valorativa feita pelo STA, num passo de um Acórdão de 28 de Julho de 1977 (*in ApDR* de 28 de Agosto de 1980, pp. 1611 segs, 1631, 1632): “Há uma irremovível dificuldade em encontrar um critério nítido de separação entre conhecimentos vulgares e conhecimentos técnicos. Assim, há uma competência técnica que escapa ao *contrôle* do Tribunal, como as decisões sobre matérias de «saúde pública», a «equivalência de diplomas nacionais e estrangeiros», a integração de certa «matéria em programa de ensino», a «essencialidade ou não de reparação em edifício», a «permissão de venda de especialidade farmacêutica», o «mérito de publicações científicas» em concurso para lugar de docente, «saúde funcionário», casos excepcionais de «não concessão de auto-estradas», «motivo de serviço», «razão de segurança pública», «necessidade pública», «coordenação de transportes», etc”.

¹¹⁰ Julgamos que é a esta fase de “escolha” entre várias teses/soluções técnicas possíveis que TIAGO ANTUNES chama “margem de livre decisão técnica, quando o recurso a saberes técnicos não conduza à existência de uma única solução acertada, mas antes imponha à Administração uma liberdade de decisão ou de prognose” – *O ambiente...*, *cit.*, p. 39.

co-discursivos, com apoio em dados objectivos, embora susceptíveis de controvérsia. A discricionariedade só nasce através de “conceitos verdadeiramente indeterminados, isto é, somente aqueles que requerem do órgão que aplica a norma um juízo de valoração, avaliação ou prognose sobre incertezas de carácter causal-teorético”¹¹¹.

Em face destas considerações, a “discricionariedade técnica” surge como uma falsa questão. O que não significa que a penetração de conceitos indeterminados remissivos para normas de conteúdo técnico abrangente, que implicitamente abrem uma zona de discricionariedade (seriam casos, e passe a expressão, de *discricionariedade mista*¹¹²) na medida em que traduzem a necessidade de ponderação de probabilidades, seja inócua do ponto de vista do princípio da reserva de lei, e nomeadamente na perspectiva da determinabilidade da lei.

2.3. A perda de determinabilidade da lei

As decisões sobre a incerteza, na medida em que necessitam de um apoio técnico que permita ao decisor aferir a base de inteligibilidade da situação de facto, levantam desde logo um problema: saber se é legítimo ao legislador delegar uma parte determinante da decisão nas mãos de técnicos, sendo certo que aquela vai, ainda que parcialmente, traduzir-se numa ingerência mais ou menos intensa para os destinatários (*i.*). Depois, e em face da metodologia de auto-vinculação das entidades administrativas a parâmetros técnicos ditados por especialistas, coloca-se a questão da validade desta operação por confronto com o artigo 112º/5 da CRP (*ii.*). Ambos os pontos devem ser resolvidos à luz do princípio da reserva de lei. Em terceiro lugar, e já no tocante ao núcleo essencial da competência administrativa, ou seja, à margem de valoração da incerteza implicada nas decisões que envolvem a avaliação a gestão do risco, resta saber se a remissão legislativa para cláusulas como a das “melhores técnicas disponíveis”, ainda que acompanhada da enunciação dos bens jurídicos cujo balanceamento se encontra em jogo, é suficiente para preencher os requisitos mínimos do princípio da determinabilidade da lei (*iii.*).

i.) O primeiro ponto, que já se focou por diversas vezes ao longo do texto, parece dever resolver-se com base num argumento de necessidade. Os dilemas causados pela sociedade de risco não podem ser enfrentados através de fórmulas rígidas, emitidas por um legislador incapaz, quer em termos temporais, quer em termos funcionais, de lhes fazer face. A complexidade material força a abertura da norma jurídica ao concurso de regras técnicas e leva a uma diluição de responsabilidade *de facto* da função legislativa. A lei, todavia, enquanto base da organização social e expressão da vontade popular, não pode demitir-se de intervir, ainda que pelo mínimo possível, na regulação das actividades de risco. E fá-lo, desde logo, na demarcação da linha de fronteira entre o risco tolerável e intolerável, mesmo que a intolerabilidade resida apenas em puros factores de valoração política da incerteza (ou seja, contra o juízo técnico de admissibilidade do risco), por força da responsabilidade pelas escolhas

¹¹¹ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...., cit.*, p. 322.

¹¹² J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...., cit.*, p. 171 (sublinhando, precisamente, a impropriedade da expressão).

fundamentais à vida da comunidade.

Caso aceite o risco, o legislador fica condicionado pelas soluções técnicas no sentido da sua minimização, cuja dinâmica impede de cristalizar em normas jurídicas fechadas. A sua missão de enquadrar o desenvolvimento das actividades de risco esgota-se na previsão das normas procedimentais, competenciais e instrumentais, muitas vezes desenhadas por recurso a conceitos indeterminados e remissivos para ciências extra-jurídicas. Mas dificilmente teria outra alternativa que não conduzisse à paralisia da actividade económica e à sufocação da criatividade do espírito humano.

Assim, a agressão à concepção tradicional da reserva de lei – enquanto *coutada* do legislador, parlamentar ou autorizado por este – justifica-se, por um lado, em nome da necessidade de promoção do desenvolvimento socio-económico e da protecção dinâmica dos direitos fundamentais, tarefas fundamentais do Estado Social de Direito [cfr. os artigos 9º/b) e d), e 81º/a) e d), da CRP]. Por outro lado, o voto de confiança depositado no poder Executivo – poder que vai integrar o juízo técnico na decisão pública – é plenamente suportado pela consideração constitucional da autonomia funcional deste (artigo 266º/1 da CRP), vinculado que se encontra aos direitos fundamentais (mais uma vez, artigo 266º/1 e, especialmente, artigo 18º/1, 2ª parte, da CRP) e autonomamente responsabilizável (artigo 22º da CRP).

ii.) A interferência do artigo 112º/5 de CRP com a questão da remissão para normas técnicas coloca-se na medida em que, por razões ligadas, por um lado, à necessidade de transparência procedimental e, por outro lado, ao princípio da igualdade, a Administração elabora directivas de autovinculação, revistas periodicamente (sempre que a evolução do conhecimento científico o justificar), cuja finalidade é integrar o vazio que a remissão abre. A doutrina germânica (na sequência da decisão *Voerde*, de 1978, do Supremo Tribunal Administrativo) fala a este propósito de “*perícia antecipada*” (*antizipiertes Sachverständigengutachten*) – ou de *standardização* da livre margem de decisão (*Standardisierungsspielraum*)¹¹³ – para traduzir tal metodologia de redução da margem de incerteza técnica¹¹⁴.

Ora, a disposição constitucional referida veda a possibilidade de a lei “conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos”. Aferir o âmbito de vinculatividade de normas emanadas pela Administração com conteúdo inovatório – ou seja, que não se limitem a concretizar, conformar, regulamentar, uma norma (ou conjunto de normas) pré-existente – é, assim, determinante para avaliar da sua conformidade constitucional. A normatividade específica gerada pela *ponderação* da exigibilidade e adequação abstracta das técnicas que representam a linha da frente do desenvolvimento científico não pode ser dotada de efeitos vinculantes para além do domínio estrito do decisor administrativo.

Sublinhe-se que a incorporação dos parâmetros decisórios em directivas de auto-vinculação não constitui um mero juízo certificativo, de existência e operacionali-

¹¹³ W. R. BREUER, *Umweltschutzrecht*, in *Besonderes Verwaltungsrecht*, coord. de E. SCHMIDT-ASSMANN, 10ª ed., Berlin/New York, 1995, pp. 433 segs, 447.

¹¹⁴ Que acaba por ser uma reacção intraprocedimental à ineptidão dos funcionários administrativos para a avaliação de questões extra-jurídicas com forte ou exclusiva componente técnica – C. DEGENHART, *Die Bewältigung...*, *cit.*, pp. 2439, 2440.

dade de métodos. A base científica – mais ou menos questionável – está presente, aplicada às técnicas disponíveis, mas estas são objecto de juízos de ponderação, preferencialmente (em nome da salvaguarda da melhor tutela da qualidade ambiental) sector a sector, traduzindo as directivas uma avaliação compósita de elementos objectivos filtrados por juízos de eficiência económica, ecológica e social. É nesta perspectiva que o travão da deslegalização insito no n.º 5 do artigo 112.º da CRP intervé, ou seja, na medida em que estas directivas se não limitam a certificar técnicas, revelando antes *inovatórias opções* sobre as técnicas disponíveis.

Desta feita, a questão da eficácia externa de tais directivas configura-se como a chave de resolução do problema. E, em princípio, a força vinculante destes actos restringir-se-á ao domínio administrativo, nomeadamente aos procedimentos autorizativos desenvolvidos nos sectores de actividade aos quais as directivas se aplicam. A principal dúvida que desponta é a de saber qual o efeito destas directivas em face do julgador, caso se coloque a hipótese da impugnação jurisdicional do acto autorizativo.

Sem embargo de voltarmos a esta questão [v. *infra*, 2.3.1.2.b)], adiantaremos desde já que a sua eficácia deverá retrair-se no sentido de representarem meras coordenadas interpretativas, que possibilitem ao juiz refazer o juízo técnico subjacente à decisão mas não o vinculando – nem aos peritos que o assessorem – ao acatamento do seu conteúdo¹¹⁵. Sublinhe-se, todavia, que a desqualificação da eficácia vinculante externa das directivas não significa que as suas determinações não venham a ser confirmadas em sede jurisdicional, acarretando, eventualmente, a manutenção do acto autorizativo.

Uma outra dúvida, que não passa do enunciado, traduz-se na dependência cada vez mais intensa da delimitação da fórmula “melhores técnicas disponíveis”, enquanto forma de minimização de risco e, conseqüentemente, de harmonização do nível de protecção num determinado espaço, por parte de organismos não estaduais, *maxime* comunitários. Esse é um caminho que as teias da integração político-económica tecem e que se justifica plenamente à luz do princípio da lealdade comunitária (artigo 10 do Tratado de Roma). Recorde-se, a título de exemplo paradigmático, o problema da comercialização de alimentos geneticamente modificados, e a necessidade que a doutrina apontava, antes da aprovação da directiva de 2001, da centralização do procedimento de avaliação do risco – ao qual está intrinsecamente ligada a abordagem técnica que veicula a sua minimização.

Esta situação prende-se com a questão da plurilocalização das emissões normativas a que fizemos referência *supra* [Parte I, Cap. II, 4.4.1.a)] e resulta inelutavelmente do processo de aproximação a que a comunidade internacional, e em especial os membros da União Europeia, se vê forçada, por força da transversalidade, espacial e material, da problemática ambiental – desde a prevenção da poluição à regulação do comércio, passando pela intervenção no funcionamento das indústrias. É, na verdade, um factor perturbador do princípio da reserva de lei, do ponto de vista material, porque formalmente a interpenetração dos ordenamentos e a incorporação de elementos comunitários na legislação portuguesa, desde que realizada em termos

¹¹⁵ Neste sentido, W. R. BREUER, *Gerichtliche...*, cit., p. 112; D. CZAJKA, *Der Stand von Wissenschaft und Technik als Gegenstand richtlicher Sachaufklärung*, in *DÖV*, 1982/3, pp. 99 segs, 105 segs; H.-WERNER RENGELING, *Der Stand...*, cit., pp. 43 segs. F. OSSENBÜHL (*Die Bewertung...*, cit., p. 840) fala de uma “quase-vinculatividade” (*Quasi-Verbindlichkeit*) do julgador.

procedimentalmente conformes à Constituição¹¹⁶, é intocável, restando aos Estados recorrer, nos termos do Tratado de Roma (ou das directivas aplicáveis), a cláusulas de salvaguarda.

Fica assim assegurado, em ambos os casos, o respeito pelo princípio da reserva de lei.

iii.) Mais agudamente se coloca o problema da determinabilidade da lei em face da utilização de conceitos indeterminados, que em parte remetem para normas técnicas e noutra parte aceitam, ainda que implicitamente, a delegação nas entidades administrativas do exercício de poderes de composição da situação jurídica baseados em juízos de prognose – ou seja, de ponderação da incerteza decisória no sentido da determinação da quantidade e intensidade de deveres de protecção do ambiente a cargo do particular. A expressão-chave neste contexto, sublinha KÖCK, é “défice de execução” (*Vollzugsdefizit*) do programa normativo, que atira para a Administração a responsabilidade da sua conformação/concretização¹¹⁷. Sobretudo no domínio do controlo do risco tecnológico, somos forçados a concluir que “o Estado-administrador é hoje (...) uma inevitabilidade histórica”¹¹⁸.

A abertura das margens de livre apreciação – na averiguação das vertentes da necessidade e adequação dos ónus impostos – e de livre decisão administrativas – no momento específico da formulação das escolhas de sacrifício/benefício relativamente ao conteúdo dos direitos e interesses em jogo – é enorme no domínio das decisões sobre o risco. A confiança do Legislativo no Executivo assume proporções só justificadas, no plano material, pela incapacidade funcional de regulação de situações de contornos deslizantes e, no plano jurídico, pela legitimidade democrática, directa e indirecta, dos órgãos administrativos, da qual gozam por força do investimento constitucional na função de satisfação das necessidades colectivas na equação da prossecução do interesse colectivo com respeito pelas situações jurídicas individuais [artigos 266º/1, 199º/g), e 18º/1, 2ª parte, da CRP]. A tarefa de protecção dinâmica dos direitos fundamentais é, no âmbito da sociedade de risco, uma prerrogativa da função administrativa (*Gestaltungsprärogative der Exekutive*)¹¹⁹.

O reforço da competência do poder executivo, veiculado pela abertura da norma à elaboração de ponderações valorativas, é o *preço* a pagar pelo vertiginoso desenvolvimento técnico da sociedade de risco. Ao argumento da *necessidade* [*supra*, *i.*] – reflexo da incapacidade do legislador para determinar *até ao fim* o quadro normativo dos factores de risco, sua evolução e limites concretos, acompanhado de formas típicas e rígidas de minimização –, acresce o da *eficácia*¹²⁰ – em razão da maior proximidade da máquina administrativa relativamente às situações da vida. Ambos militam no sentido da admissibilidade da diluição dos pressupostos normativos da competência habilitante até ao mínimo essencial identificador da norma de

¹¹⁶ Salvo, naturalmente, inconstitucionalidade material grave, potencialmente violadora dos princípios do Estado de Direito Democrático (cfr. os artigos 277º/2 e 8º/4, este último especialmente orientado para o controlo da constitucionalidade de normas de Direito Comunitário).

¹¹⁷ W. KÖCK, *Die rechtliche...*, *cit.*, p. 144.

¹¹⁸ PAULO OTERO, *Legalidade...*, *cit.*, p. 158.

¹¹⁹ C. DEGENHART, *Die Bewältigung...*, *cit.*, p. 2441.

¹²⁰ Neste sentido, R. STEINBERG, *Der ökologische...*, *cit.*, p. 230.

competência: órgão competente, risco residual, bens jurídicos envolvidos e objectivos, mesmo desenhados de forma programática (quer em termos de composição de interesses, quer na vertente da resolução de conflitos de bens)¹²¹.

A legitimidade constitucionalmente reconhecida à função administrativa, aliada à constatação da ultrapassagem do ritmo legislativo pela vertigem da evolução técnico-científica, justifica mesmo a proposição de um princípio de abertura normativa a integrar através de determinações administrativas devidamente procedimentalizadas, moldando a concretização de situações jurídicas particulares em função do quadro dos factores de risco humanamente previsíveis. A incerteza reinante em determinados domínios é mais “domesticável” perante fórmulas menos cristalizadas do que em face de normas cuja densidade cerceie a margem de criatividade administrativa, essencial à adaptação aos contornos da necessidade concreta. Uma norma habilitante demasiado rígida pode “conduzir a resultados contrários aos que são exigidos pelo princípio da proporcionalidade (levando o decisor a adoptar medidas desnecessárias, inadequadas ou desequilibradas no caso concreto), ou pelo princípio da imparcialidade (impedindo o decisor de considerar todos os interesses que se desenham em cada caso concreto ou de os avaliar correctamente), constitucionalmente consagrados no artigo 266º, nº 2”¹²².

É ainda a uma dimensão material da teoria da essencialidade (para lá da tradicional vertente orgânica que a caracteriza) que tentamos ir buscar o arrimo de salvação do que resta da reserva de lei, apesar da indefinição — porque resultado de considerações essencialmente... políticas — que a rodeia¹²³. O factor de legitimidade popular em que devem assentar os quadros normativos da decisão sobre o risco fatalmente coloca a sua enunciação, por mais “hostil à regulação” (*gesetzesfeindlich*) que se revele, a cargo do órgão parlamentar (ou autorizado) ao qual está entregue a definição das opções “essenciais” para a vida comunitária¹²⁴. Nesta matéria, no entanto, não se pode exigir do legislador mais do que ele pode, realisticamente, prover.

Transpondo para este contexto palavras de REIS NOVAIS a propósito das potencialidades da teoria da essencialidade no que tange à delimitação dos pressupostos da ingerência administrativa, “(...) em grande parte destes casos, o legislador não pode fornecer à Administração mais critérios, orientações e parâmetros de solução do conflito que aqueles que esta pode também colher directamente na Constituição. Ou seja, estando a solução da colisão de bens essencialmente dependente das circunstâncias particulares do caso concreto e do peso relativo que aí apresentem esses bens — e são essencialmente esses factores que, no caso concreto, orientam a decisão num ou noutro sentido —, o legislador não pode, na maior parte dos casos *difíceis* e dada a extrema variabilidade das colisões possíveis, fazer mais que remeter a Administração para ponderações que atendam à ordem de valores constitucional, ao peso relativo dos direitos fundamentais, à observância do princípio da proporção-

¹²¹ Cfr., em sentido próximo ao expresso no texto, F. OSSENBÜHL, *Die Bewertung...*, *cit.*, pp. 836, 837.

¹²² L. P. PEREIRA COUTINHO, *As duas subtracções. Esboço de uma reconstrução da separação entre os poderes de legislar e de administrar*, in *RFDUL*, 2000/1, pp. 99 segs, 129.

¹²³ R. STEINBERG (*Der ökologische...*, *cit.*, p. 193), todavia, afirma que, do ponto de vista prático, no Direito do Ambiente a teoria da essencialidade se encontra invertida, uma vez que o *minimalismo* legal leva a que tudo o que é essencial se encontre fora da previsão da norma.

¹²⁴ F. OSSENBÜHL, *Die Bewertung...*, *cit.*, p. 839.

nalidade ou à necessidade de optimização ou de concordância prática dos bens em conflito”¹²⁵.

Estará o princípio da determinabilidade – e com ele, ainda que parcialmente, o princípio da reserva de lei – condenado a perecer em face da vertiginosa mutação dos pressupostos de facto das decisões em domínios eivados de incerteza¹²⁶? Cederá o princípio da determinabilidade da lei, neste campo – que é crescentemente mais vasto, por força da complexificação técnica das decisões –, terreno a um princípio da indeterminabilidade da norma jurídica habilitante da actuação administrativa? No limite, poderíamos ser tentados a afirmar, louvando-nos uma vez mais na lição de SÉRVULO CORREIA, que o “princípio formulável é o de que, *em matéria de reserva de acto legislativo, à concessão de discricionariedade deve presidir o critério da densificação da norma na medida do possível e da sua abertura para um mínimo incompressível de margem de livre decisão*”¹²⁷. E observar, como alegoricamente faz OSSENBÜHL, que a medida do *odre velho* da lei formal treme perante o *vinho novo* da técnica, mas ainda resiste¹²⁸.

Arriscaríamos concluir, no entanto, e pese a magnitude das consequências desta conclusão que, sem embargo de admitirmos a felicidade da fórmula de SÉRVULO CORREIA no que toca estritamente à articulação da discricionariedade através de conceitos indeterminados com o princípio da determinabilidade da lei *em abstracto*, muito dificilmente ele conserva as suas características essenciais em sectores de actividade onde não só a técnica milita como factor incontornável da validade da decisão, como esta é resultado de uma ponderação compósita de avaliações técnicas, subsunções jurídicas e valorações puramente administrativas em permanente mutação. Em contrapartida, somos levados a concordar com PAULO OTERO, quando diagnostica que “qualquer ideia de perfeição da lei se mostra hoje desesperadamente ultrapassada”¹²⁹.

Mais claramente ainda, diríamos que o princípio da reserva de lei, sobretudo na dimensão da determinabilidade, tende a esvaziar-se, em razão da natureza das coisas, no âmbito da legislação mais estreitamente conexas com o risco tecnológico.

¹²⁵ J. REIS NOVAIS, *As restrições...*, *cit.*, p. 858.

¹²⁶ Interrogação semelhante se coloca JOÃO LOUREIRO, *Da sociedade técnica...*, *cit.*, p. 852. O Autor, numa tentativa de salvar a reserva de lei, essencial ao Estado de Direito, pronuncia-se no sentido de que esta não pode ser destruída; no entanto, reconhece que “este mecanismo de legitimidade está hoje, em muitos aspectos, posto em crise pelo desafio supranacional, isto é, parte crescente do direito da técnica resulta, agora, de normação comunitária” (p. 853) – aspecto para o qual já alertámos, tanto em 4.4.1.a) do Capítulo II da Parte I, como (sobretudo) em 1.3. deste Capítulo II.

Num sentido mais assertivo, H.-HEINRICH TRUTE, *From past...*, *cit.*, p. 91 – não hesitando em afirmar que “the precautionary approach to risk will destroy essential functions of law, not least legal certainty” – e (p. 100) que “We need a constitutional design that accepts the need for administrative rulemaking and regulatory actions without subscribing to the myth that everything is packed in parliamentary law, just to be unzipped by the administration”.

¹²⁷ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *cit.*, pp. 339, 340.

¹²⁸ F. OSSENBÜHL, *Die Bewertung...*, *cit.*, p. 841.

¹²⁹ PAULO OTERO, *Legalidade...*, *cit.*, p. 158. Há mesmo quem fale já de um “novo constitucionalismo administrativo”, ou seja, de um reenquadramento constitucional da função administrativa à luz da problemática da gestão do risco – E. FISHER, *Risk and the challenges...*, *cit.*, pp. 725 segs.

“(…) Por paradoxal que possa ser — admite PAULO OTERO —, (…) só uma intencional imperfeição ou incompletude de muitas das normas pode salvar as leis de uma vigência efémera em matéria de bem-estar e de prevenção de riscos (…)”¹³⁰. Porque nos encontramos num domínio em que à Administração é consentida uma larga margem de conformação do dever de protecção dos bens ambientais que incumbe sobre os particulares, por referência às concretas actividades potencialmente lesivas do ambiente que desenvolvem ao abrigo do acto autorizativo, a *diluição normativa máxima* a que se assiste na delimitação dos pressupostos da habilitação competencial das decisões sobre o risco¹³¹ obriga a um *esforço de compensação* que proteja, nos limites do possível, a posição do particular.

Queremos com isto dizer que a necessidade de abertura da norma deve ser contrabalançada com a criação de mecanismos que permitam o controlo do exercício dos amplos poderes que ela concede, na lógica minimalista das restrições, aplicável por analogia no capítulo dos deveres fundamentais (v. *supra*, Parte I, Cap. II, ponto 4.4.), *ex vi* do artigo 18º/2 da CRP.

2.3.1. As compensações:

O princípio da reserva de lei, enquanto emanção do princípio democrático, deve ficar, não só formalmente assegurado — ainda que no limite —, como também, e sobretudo, materialmente legitimado. O particular destinatário de um acto simultaneamente autorizativo do exercício de uma determinada actividade e conformador de deveres de protecção do ambiente deve contar, da parte do legislador, com a consagração de salvaguardas do núcleo essencial dos direitos que pretende exercer, bem como da adequação e intensidade do conteúdo dos deveres impostos. Tal só se consegue com a introdução de garantias de racionalidade do exercício do poder, bem como com a admissibilidade do seu controlo jurisdicional, ainda que limitado. Passemos a averiguar de que compensações se trata.

2.3.1.1. Limites internos:

Em primeiro lugar, cabe destacar os limites que a competência administrativa, no sentido da conformação material da decisão, deve sofrer, por força da amplitude da margem de livre decisão a que a ponderação da incerteza que rodeia a configuração dos pressupostos obriga.

a) O princípio da igualdade

Na avaliação das soluções técnicas, a Administração goza de uma dose de liberdade delimitada, à partida, por factores de verosimilhança e operacionalidade e, à chegada, pelo dinamismo do conhecimento científico. Isto é, por um lado, a Administração deve escolher, perante várias soluções tecnicamente possíveis — porque cientificamente fundamentadas —, aquela que lhe parece reunir, de acordo com critérios

¹³⁰ PAULO OTERO, *Legalidade...*, *cit.*, p. 159.

¹³¹ Neste sentido, R. STEINBERG, *Der ökologische...*, *cit.*, pp. 234 segs.

a apresentar, melhores condições de minimização de riscos previamente identificados, num determinado sector de actividade. É uma liberdade bastante condicionada pela necessidade de “tomar de empréstimo” a base científica da opção que abraçar, a fim de a credibilizar.

Por outro lado, a Administração deve tomar em consideração o avanço do conhecimento técnico-científico, incorporando-o nos seus parâmetros de decisão, sob pena de não cumprir adequadamente a sua tarefa de protecção dinâmica dos valores ambientais. Logo, é-lhe imposta uma tarefa de rever, sempre que para tanto houver motivo, o acervo de soluções técnicas disponíveis e de refazer, eventualmente, a escolha, caso tal se justifique – devidamente respaldada na informação científica necessária e suficiente (cfr. *infra*, Parte III, Cap. II, 3.).

No sentido da harmonização das decisões no plano técnico, a entidade com competência autorizativa pode autovincular-se através de directivas, nas quais ficarão plasmadas, com carácter geral e abstracto, as soluções técnicas a utilizar na conformação do conteúdo das autorizações, por sectores de actividade e atendendo aos domínios ambientais cuja protecção se pretende assegurar. O princípio da igualdade, a cujo respeito a Administração se encontra submetida por força dos artigos 266º/2 da CRP e 5º/1 do CPA constitui, no âmbito da discricionariedade da qual são *filhas legítimas*¹³², a base habilitativa de elaboração destas directivas, porquanto estas são uma expressão de um intuito parametrizador¹³³.

Note-se que, se é verdade que subjacente à elaboração de directivas por parte da Administração andar sempre o princípio da igualdade – em virtude da intenção uniformizadora que se lhes reconhece –, não é menos certo que poderá haver algumas directivas cujo fundamento e propósito se não reduz à uniformização. Com efeito, se no contexto da resolução de procedimentos em massa, de primeiro ou de segundo grau, com grande proximidade temporal e circunstancial, a identidade dos pressupostos de facto é directamente proporcional à identidade dos pressupostos de direito (compare-se, aliás, a utilização de directivas neste campo à fundamentação de sentenças por remissão para um padrão decisório constante), já no âmbito do procedimento autorizativo ambiental, fortemente condicionado por parâmetros técnicos, à questão da igualdade alia-se o imperativo de eficácia da acção administrativa (cfr. o artigo 267º/1 da CRP), eximindo a Administração Pública de proceder à consulta de peritos, integrados ou não na estrutura administrativa, sempre e de cada vez que tiver de fazer aplicação da cláusula técnica a situações cujos pressupostos de facto podem ser muito diversos (v.g., empresas do mesmo sector, mas com características muito díspares em termos de estrutura comercial, nível de produção, capacidade empregadora)¹³⁴.

As directivas, como se disse *supra* – desde logo, por imposição constitucional – vêem os seus efeitos circunscritos ao âmbito da orgânica administrativa, servindo

¹³² UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, p. 464.

¹³³ Cfr. H. JARASS, *Der rechtliche...*, *cit.*, p. 1228.

¹³⁴ Anotando a confluência dos princípios da igualdade e da desburocratização administrativa como subjacentes à figura da directiva de autovinculação (exemplo de “direito circulatório”), M. REBELO DE SOUSA e A. SALGADO MATOS, *Direito Administrativo geral*, I, Lisboa, 2004, pp. 191 segs, pontos 30/31.

de instrumento de informação para os particulares¹³⁵, bem como de instrumento de racionalização procedimental para a Administração. Não se pode, no entanto, pretender que a directiva técnica ofereça as mesmas garantias de estabilidade da lei – isso seria uma contradição em termos, na medida em que a directiva surge para salvaguardar uma certa flexibilidade à acção administrativa que a lei assumidamente deixou de ter. Por isso, não é de espantar que a directiva constitua uma orientação de princípio, fugindo embora à qualificação como parâmetro de actuação rígido¹³⁶.

A directiva técnica, porque reflexo, simultaneamente, de uma preocupação de estabilização das premissas decisórias técnicas e de agilização da ponderação administrativa na margem de livre decisão técnica, é derogável *se e quando* as circunstâncias de facto exigirem, com base em razões objectivas-subjectivadas, uma ponderação técnica diversa – ao contrário da directiva de harmonização pura, de aplicação em procedimentos em massa, cuja derrogação é tendencialmente inadmissível¹³⁷. Sublinhe-se, todavia, que a derrogação singular da directiva, porque teoricamente susceptível de configurar uma violação do parâmetro de igualdade e na medida em que traduz um afastamento do padrão decisório usualmente adoptado, deve assentar num dever de fundamentação agravado, exaustivo das razões que a justificaram [confirmando esta linha de raciocínio, veja-se o artigo 124º/1/d) do CPA]¹³⁸.

A revogação da directiva técnica deverá ocorrer, por seu turno, sempre que a actualização dos dados em que se sustenta o exigir¹³⁹ – a sua validade está *sob reserva* do progresso científico, sujeita a actualização em função da alteração das circunstâncias (vide *infra*, Parte III, Cap. II, 2.2.) –, enquanto a directiva de harmonização pura prevalecerá até que os pressupostos de direito se alterem, ou que uma reponderação do equilíbrio relativo dos bens em jogo conduza à reformulação do critério de decisão adoptado¹⁴⁰.

b) O princípio da proporcionalidade

Princípio basilar do exercício da competência administrativa é o da proporcionalidade. Tanto a CRP, como o CPA o enunciam expressamente, a título de princípio geral da acção administrativa (cfr. os artigos 266º/2 e 5º/2, respectivamente). Ele

¹³⁵ Descartando um dever de publicitação das directivas, mas admitindo o direito de acesso à informação relativamente ao seu conteúdo, M. REBELO DE SOUSA e A. SALGADO MATOS, *Direito...*, *cit.*, p. 194, ponto 34.

¹³⁶ Como referem M. REBELO DE SOUSA e A. SALGADO MATOS (*Direito...*, *cit.*, p. 192, ponto 32), “é possível a autodesvinculação”, sempre que esta se revela juridicamente necessária ou praticamente conveniente.

¹³⁷ Neste sentido, TIAGO ANTUNES, *O ambiente...*, *cit.*, p. 60.

¹³⁸ Neste sentido, no âmbito da derrogação de precedentes administrativos, PAULO OTERO, *Legalidade...*, *cit.*, pp. 787, 788.

¹³⁹ Por uma questão de segurança jurídica, na medida em que, verdadeiramente, o que se passa é um fenómeno de caducidade.

¹⁴⁰ Além de ceder perante a intenção de correcção de um erro de apreciação anteriormente cometido – J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *cit.*, pp. 175, 176. V. também DAVID DUARTE, *Procedimentalização...*, *cit.*, pp. 318, 319, nota 183.

dispensaria, no entanto, tal consagração¹⁴¹, na medida em que, a par da legalidade, constitui simultaneamente um *pressuposto* e um *limite* da função administrativa enquanto missão de satisfação do interesse público através da ponderação de interesses, públicos e privados¹⁴². Pressuposto, porquanto o cerne da função administrativa se identifica com a ponderação de interesses; limite, na medida em que a optimização máxima de todos os interesses envolvidos pertence ao domínio da utopia¹⁴³, havendo que observar critérios de racionalidade na distribuição dos custos e benefícios da decisão administrativa. Ora, enquanto instrumento de conformação equilibrada de bens e direitos através do procedimento administrativo, o princípio da proporcionalidade assume um relevo particular no domínio das decisões sobre o risco, em virtude da forte dose de incerteza que as envolve.

WALTER SCHMIDT identifica quatro passos no *iter* ponderativo conducente à decisão discricionária (*vier Schritte der Zweck-Mittel-Wahl*)¹⁴⁴: 1) identificação do fim da decisão no quadro, por vezes abrangente, de objectivos previstos na norma; 2) identificação, em abstracto, dos meios adequados à prossecução do fim designado; 3) escolha, em concreto, do meio menos agressivo; 4) ponderação das consequências de utilização do meio escolhido em função dos interesses conflitantes, de modo a não provocar ingerências arbitrárias ou desequilibradas. Ou seja, tendo em conta os interesses públicos protegidos pela norma, a pretensão do particular e as hipóteses de risco que rodeiam a transformação dessa pretensão em actividade regulada, a Administração deve ponderar, de todos os instrumentos que a lei, expressa ou implicitamente, põe à sua disposição como formas de modelação do dever de protecção do ambiente (v.g., possibilidade de estabelecer condições, de impor cláusulas modais, de apor termos), qual(is) o(s) mais idóneo(s) – no sentido de indispensável(is) – para gerir equilibradamente os bens em jogo.

As subdimensões em que o princípio se desdobra vão determinar a justa medida concreta dos deveres de protecção do ambiente estabelecidos com base na apreciação dos pressupostos de facto à luz das exigências e limites técnicos¹⁴⁵. Uma vez avaliado o tipo de risco e seleccionadas, em abstracto, as medidas técnicas para o prevenir e/ou minimizar, cabe à Administração conformar, no plano da decisão autorizativa, a intensidade dos deveres do destinatário por referência à actividade que prossegue.

¹⁴¹ Produzindo afirmação similar, no contexto mais amplo do Estado de Direito (de cuja ideia o princípio da proporcionalidade “decorre inquestionavelmente”), J. REIS NOVAIS, *Os princípios...*, cit., p. 161.

¹⁴² Nesta medida, proporcionalidade e imparcialidade aproximam-se, em virtude da determinação da segunda no sentido da recondução ao universo de ponderação apenas dos interesses relevantes e da exclusão dos interesses irrelevantes. No entanto, enquanto a proporcionalidade tem uma dimensão eminentemente material, já a imparcialidade denota uma vertente tendencialmente formal. Para uma análise comparativa de ambos os princípios, DAVID DUARTE, *Procedimentalização...*, cit., pp. 319 segs (embora o Autor enverede por uma “substancialização” do princípio da imparcialidade de que discordamos).

¹⁴³ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, cit., p. 467.

¹⁴⁴ W. SCHMIDT, *Abschied vom “unbestimmten Rechtsbegriff”*, in *NJW*, 1975/39, pp. 1753 segs, 1756.

¹⁴⁵ Para uma análise jurisprudencial comparada do princípio da proporcionalidade no contexto da prevenção do risco ambiental – além dos casos citados *supra*, 3.2.2. e 3.2.3. –, veja-se N. DE SADELEER, *Les principes...*, cit., pp. 352 segs.

Assim, a ponderação da incerteza reflecte-se, num momento prévio, no balanceamento da *adequação* das medidas abstractamente admissíveis em face da equação de interesses em presença. O factor risco, obrigando à multiplicação de prognoses, pode justificar a aceitação preliminar de várias hipóteses, todas potencialmente idóneas. Por esta razão, o controlo de indispensabilidade inerente ao imperativo de proibição do excesso adquire importância fundamental¹⁴⁶. Este controlo, todavia, tende a diluir-se no momento ponderativo último, no qual se testa a aptidão concreta da medida considerada mais idónea por relação com o equilíbrio de interesses a configurar. A indispensabilidade só se afere cabalmente em concreto, na tensão do conflito de bens e direitos¹⁴⁷; até aí a Administração limita-se a construir modelos de apreciação sinéptica dos pressupostos de facto – em função das suas consequências, projectadas pela autoridade decisória a partir de juízos causal-teoréticos.

Num segundo momento, de discricionariedade *proprio sensu*, a Administração será chamada a fazer a escolha final tendo em atenção a concreta relação fim-meio, determinando o quadro e o nível de protecção dos valores ambientais a partir da densificação dos deveres de protecção que no caso caibam, com respeito pelos limites traçados na norma habilitante, nomeadamente quanto ao risco residual. “O centro normativo do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) é uma injunção de proibição do excesso (*Übermassverbot*) e significa, no contexto dos seus elementos de relação, como referenciais de localização problemática – situação, decisão e finalidade –, uma relação de adequação entre o meio e o fim”¹⁴⁸. O âmago da proporcionalidade reside aí, no teste de indispensabilidade no âmbito da proibição do excesso; esta não é verificável – ou seja, não é possível determinar se o modelo de gestão do risco que serve de suporte à densificação dos deveres de protecção do ambiente a desempenhar pelo particular é materialmente justo, balanceando o sacrifício imposto ao objectivo de interesse público a alcançar – a não ser na confluência dos valores em presença, a partir da fricção gerada entre eles, agravada pelo risco que os envolve.

Tendencialmente, quanto maior for a incerteza sobre a magnitude do risco (e sobre as suas consequências para a integridade dos bens protegidos pela norma) e maiores forem o âmbito, o impacto, o valor absoluto dos bens potencialmente afectados, maior será a intensidade dos deveres de protecção e, reflexamente, mais condicionado ficará o particular no exercício do seu direito de iniciativa económica/de propriedade/de investigação científica. Os critérios de avaliação do potencial lesivo do risco a que fizemos referência no capítulo anterior (cfr. *supra*, 1.2.) têm aqui plena aplicação, insuflando a prognose ponderativa de projecções essenciais à modelação final do acto autorizativo.

O equilíbrio interno da decisão exigirá que não haja nenhum sacrifício intolerável para o particular – no sentido da imposição de gravames que, na prática, tornem ex-

¹⁴⁶ Para um recenseamento crítico das diferenças entre idoneidade/adequação, necessidade/indispensabilidade e proibição do excesso, v. por todos, J. REIS NOVAIS, *As restrições...*, *cit.*, pp. 729 segs.

¹⁴⁷ Conforme afirma J. REIS NOVAIS, “Na prática, a verificação de proporcionalidade raramente se centra exclusivamente no meio e fim concretos, surgindo, antes, combinada com o controlo de indispensabilidade no quadro de uma ponderação global de vantagens e desvantagens” – *As restrições...*, *cit.*, p. 764.

¹⁴⁸ DAVID DUARTE, *Procedimentalização...*, *cit.*, p. 320.

cessivamente oneroso o exercício do direito —, salvo se o grau de incerteza quanto à eclosão do risco e a avaliação dos danos dele decorrentes, num cenário de hipóteses verosímeis, assim o determinar (recorde-se um exemplo legislativo norte-americano, fixando um risco-zero para produtos que revelarem, ainda que potencialmente, efeitos carcinógenos — *Delaney clause*). Há como que um *princípio de gradualidade* da tutela ambiental, que se reduz na proporção inversa da lesão hipotética de interesses vitais e aumenta na proporção directa da lesão previsível de bens ecológicos¹⁴⁹.

Em situações deste tipo, a proibição de afectação do núcleo essencial do direito (do comerciante; do industrial; do investigador), prevista no n.º 3 do artigo 18.º da CRP e, ao cabo e ao resto, traduzida na noção de indispensabilidade, é neutralizada pela probabilidade séria de lesão de valores essenciais da comunidade (saúde pública; ambiente) e/ou de direitos fundamentais. Em casos-limite como estes — em que a Administração assume, fundadamente, a responsabilidade de reduzir o risco residual a zero, em nome da salvaguarda de interesses de superior relevância contra hipóteses de risco muito altas — avulta a dimensão do teste de indispensabilidade no *saldo* final da decisão administrativa, aqui em clara, mas necessariamente fundamentada, ruptura com o imperativo global de proporcionalidade.

Realce-se que a componente económica da decisão deverá ser integrada no contexto preciso da ponderação de interesses em jogo — ainda que a norma legal o não indique expressamente. Nem o ambiente há-de ser encarado como um valor prevalente — em nome da articulação constitucional entre protecção ambiental e desenvolvimento económico, sincretizada na noção de “desenvolvimento sustentável” (cfr. *supra*, Cap. I, 4.1.2.) —, nem o desenvolvimento industrial, comercial, agrícola, ou com o direito de iniciativa privada, são grandezas inarredáveis. A referência última — no silêncio da norma — é sempre a da Constituição, devendo proceder-se a uma leitura integrada das premissas legais com o contexto de valores desenhado na Lei Fundamental.

Na mesma linha de raciocínio, diga-se que tão-pouco a questão da aferição da “melhor técnica disponível”, por apelo a um critério de racionalidade económica pode ser afastada, sob pena de inviabilização da grande parte das iniciativas empresariais com efeitos ambientais significativos. No cômputo geral da decisão autorizativa, o factor económico (que é tendencialmente também social), ficando embora muito relativizado perante a comprovação de riscos sérios para bens ambientais e para a saúde, não deve ser acriticamente sacrificado.

O facto de a prevenção dever ser encarada com a consciência da impossibilidade de eliminar todo o risco tem na proporcionalidade a *reserva de racionalidade* capaz de oxigenar a decisão administrativa na justa medida. Esta afere-se: de um ponto de vista formal — na coerência da solução adoptada após a conclusão do *iter* ponderativo —, de um ponto de vista instrumental — na escolha dos efeitos do acto (precário ou definitivo) —, e de um ponto de vista material — na expressão de justo equilíbrio de interesses veiculada na decisão. A proporcionalidade é, a um só tempo, exigência de racionalidade, de operacionalidade e de justiça.

¹⁴⁹ Cfr. F. SANTONASTASO, *Libertà di iniziativa economica e tutela dell’ambiente*, Milão, 1996, p. 245 (reportando-se a uma fórmula utilizada pela *Corte Costituzionale* em sede de tutela ambiental).

2.3.1.2. Limites externos:

Em segundo lugar, destaquem-se os limites externos da decisão sobre a gestão da incerteza, enquanto factores de contenção do exercício da livre margem de decisão administrativa, os quais se perfilam, não já como factores de equilíbrio intrínseco desta, mas antes como elementos de legitimação do poder em que ela se traduz, em face dos destinatários. Começemos pelos controlos intraprocedimentais [a)], para depois focarmos o problema dos limites da sindicabilidade jurisdicional das decisões sobre o risco [b)].

a) O reforço da transparência procedimental

A introdução de elementos de grande complexidade no procedimento autorizativo ambiental, que o legislador não domina, obriga a um reforço da transparência daquele no sentido da credibilização das decisões administrativas. O acréscimo de legitimidade que é contrapartida da diluição dos pressupostos de exercício da competência traduz-se, em primeira linha, na incorporação de mecanismos que permitam controlar a validade dos aspectos puramente técnicos das decisões (*i.*); em segunda linha, na explicitação dos métodos de apuramento dos resultados (*ii.*); e, por fim, na publicitação dos dados – junto dos destinatários, em particular, e dos restantes interessados, em geral (*iii.*).

i.) Assim, não só seria recomendável a criação de uma Autoridade para o estudo dos riscos tecnológicos e do seu impacto, com competência consultiva, composta por investigadores, representantes de associações de defesa de interesses colectivos (ambiente, saúde, património cultural, qualidade do consumo), representantes das associações profissionais, representantes dos organismos administrativos com competência autorizativa no sector, funcionando junto do Parlamento e promovendo a pesquisa e o debate público sobre os riscos, como também, nos procedimentos de avaliação de risco tecnológico, a mesma fórmula “centralizadora” deveria ser adoptada, no sentido de apoiar as autoridades administrativas na fundamentação técnica das suas decisões.

Tal criação não inviabiliza – antes pelo contrário: deve dinamizar – a existência de outras entidades, públicas e privadas, capazes de promover a investigação científica e a divulgação periódica dos resultados desta¹⁵⁰ [cfr. o artigo 4º/f) da LBA]. Bem assim como não pode esquecer-se a necessária intercomunicabilidade entre as instâncias nacionais e as estruturas competentes da União Europeia, na medida da transversalidade dos riscos ambientais.

Um exemplo da segunda modalidade é o da Comissão Consultiva para a Prevenção e Controlo integrado da poluição, que funciona junto das entidades competentes para a atribuição da licença ambiental. Nos termos do artigo 7º do RLA, esta Comissão visa promover o estudo, selecção e estabelecimento das melhores técnicas disponíveis, devendo publicitar adequadamente a informação reunida e mantê-la

¹⁵⁰ Sobre a disseminação das fontes dos dados científicos por instituições académicas, instituições especializadas e produtores de riscos, M.-ANGÈLE HERMITTE e VIRGINIE DAVID, *Avaliação...*, *cit.*, pp. 120 segs.

actualizada¹⁵¹. A composição desta Comissão não engloba nem técnicos, nem cientistas – apenas representantes de vários Ministérios e das associações empresariais, o que nos parece algo parcial (na medida em que as empresas são parte especialmente interessada na identificação das melhores técnicas disponíveis) e tendencialmente redutor (em virtude da não qualificação teórica especializada das personalidades envolvidas) das potencialidades competenciais desta entidade.

A independência das entidades consultivas – traduzida na inexistência de vínculos de subordinação hierárquica – no âmbito dos procedimentos de avaliação (e gestão) de riscos tecnológicos é a pedra de toque da credibilidade técnica das decisões administrativas. Não nos esqueçamos que a verosimilhança das soluções técnicas, apoiada na excelência das opções comprovada por teses científicas é, simultaneamente, um factor de legitimação de soluções controversas aos olhos do público em geral e um crédito de confiança para o decisor administrativo. Apesar de a decisão ser, formalmente, administrativa, a sua sustentação teórica – sobretudo, quando se trata de avaliar riscos para a saúde pública – depende do grau de convencimento que os argumentos científicos veicularem.

Isso não significa, bem entendido, que a composição destas entidades se faça apenas por recurso a personalidades do mundo académico nem, em contrapartida, se reduza a investigadores ligados ao mundo empresarial (cuja independência é por vezes questionável, na medida em que o financiamento da pesquisa é oriundo de entidades directamente interessadas numa determinada leitura dos seus resultados). Dependendo dos sectores de consulta – v.g., qualidade do ar, da água, do solo, níveis de regenerabilidade da fauna, da flora –, deverá haver um equilíbrio entre representantes das associações industriais, agrícolas, comerciais, representantes das associações de defesa do(s) interesse(s) colectivo(s) em jogo, representantes da comunidade científica e técnica, e representantes dos organismos públicos intervenientes no procedimento autorizativo¹⁵².

Tudo isto sem embargo, naturalmente, da possibilidade de intervenção de peritos especialmente qualificados na instrução do procedimento, quer da parte da Administração (para esclarecimento/justificação de uma solução particularmente controversa¹⁵³), quer da parte do requerente da autorização, no sentido da fundamentação do contraditório com a entidade decisora, logo na instrução ou perante o anúncio de recusa de concessão daquela, no momento prévio à emissão da decisão.

ii.) Ponto que não deve subvalorizar-se, no contexto da transparência do procedimento autorizativo em cenários de incerteza, é o da explicitação da metodologia utilizada para a construção da equação científica que servirá de base à tomada de

¹⁵¹ Anote-se a desejável articulação entre a actividade desta Comissão e as instâncias comunitárias, nomeadamente a Agência Europeia do Ambiente, a qual, nos termos do artigo 2º/ix) do Regulamento do Conselho 1210/90, de 7 de Maio, tem por missão “estimular a troca de informações sobre as melhores tecnologias existentes para prevenir ou reduzir os danos causados ao ambiente”.

¹⁵² A importância de uma composição adequada das comissões de peritos que colaboram com a Administração no âmbito dos procedimentos de avaliação de risco, no sentido da representação equilibrada de interesses industriais, sociais, ecológicos e políticos, é realçada por R. STEINBERG, *Der ökologische...*, cit., pp. 257 segs.

¹⁵³ Cfr., por exemplo, o artigo 9º/1/f), nº 4 e nº 5/c), 2ª parte, do RAIA.

decisão. Lembrem-se os casos da carne com hormonas (que opôs a União Europeia aos Estados- Unidos e Canadá), ou os problemas surgidos com a aplicação da directiva sobre a comercialização de OGMs nos Estados-membros da União Europeia. Está em causa, não a ausência de análises de risco, mas sim diferentes resultados, decorrentes da realização destas por entidades diversas.

Num universo de verdades plurais, a credibilidade do processo de averiguação do risco está menos dependente do unanimismo dos resultados que da verosimilhança da técnica de extrapolação usada pelos cientistas. A aferição de riscos potenciais só é possível através de projecções assumidas em cenários que integram um determinado número de variantes, movendo-se em circunstâncias precisas. A desconsideração de uma variante praticamente relevante (v.g., idade das populações; capacidade de regeneração de uma dada espécie) ou a consideração de uma variante irrelevante (v.g., raça dos indivíduos; tendência para a reprodução cruzada entre diferentes espécies) pode alterar irremediavelmente a conclusão. A metodologia deve, por isso, ser cuidadosamente explicitada – sob pena de a fundamentação do acto autorizativo padecer de insuficiência, nos termos do artigo 125º/2 do CPA –, não só por força de um argumento de objectividade científica, como em nome da possibilidade de contestação efectiva dos resultados obtidos¹⁵⁴.

iii.) A implicação do risco tecnológico com os hábitos de vida das pessoas e com o nível de degradação ambiental justifica a exigência de participação da sociedade civil – não apenas circunscrita aos representantes das associações de defesa de interesses colectivos – no debate sobre o risco. Essa participação é sobremaneira importante no momento prévio à adesão ao risco – logo, ao nível do procedimento legislativo –, mas não é, de modo algum, despicienda, na fase de avaliação do risco, no âmbito do procedimento autorizativo. Isso porque conhecer um risco não significa determinar, desde logo, todas as suas consequências, que não só são, em regra, desconhecidas, como variam consoante circunstâncias diversas. Assim, a avaliação circunstanciada do risco deve ser acompanhada pelos interessados, através de mecanismos de consulta pública.

Para que esta participação seja efectiva, a divulgação da informação – nomeadamente, os elementos recolhidos pela Autoridade encarregada dos estudos dos riscos tecnológicos e constantemente actualizados, por sectores, pelas comissões consultivas específicas, em articulação com os órgãos competentes da Comunidade Europeia¹⁵⁵ – é essencial. Nos tempos modernos, essa informação deverá ser disponibilizada na Internet, mas também em publicações periódicas (semestrais ou anuais) promovidas por aquelas entidades, e acessível a partir de bibliotecas públicas e estruturas da administração local.

Uma outra fonte de legitimação externa das decisões sobre o risco é, naturalmente, a fundamentação. Aqui já estamos a colocar-nos na perspectiva do caso concreto, do ponto de vista do receptor da decisão, que é também o operador eco-

¹⁵⁴ Sobre este problema, no âmbito do comércio internacional, M.-ANGÈLE HERMITTE e VIRGINIE DAVID, *Avaliação...*, cit., pp. 143 segs; C. NOIVILLE, *Princípio...*, cit., pp. 340 segs.

¹⁵⁵ Realçando a importância da componente informativa no seio da Comunidade Europeia no que toca à definição dos parâmetros técnicos a observar pelas empresas, H.-WERNER RENGELING, *Der Stand...*, cit., pp. 227 segs.

nómico que, no exercício da sua actividade, vai ficar sujeito ao cumprimento de um determinado conjunto de deveres impostos pela Administração. A explanação dos fundamentos, técnicos e valorativos, da decisão, é a todos os títulos relevante, quer para o seu correcto acatamento, quer para a justificação dos termos de exercício da actividade perante terceiros, quer para a interiorização da necessidade de seguir os ditames prescritos com vista à preservação dos bens ambientais naturais (e outros eventualmente em jogo).

Nada de novo se verifica aqui relativamente ao dever de fundamentação das decisões administrativas que resulta dos artigos 123º/d), 124º e 125º do CPA, concretizador do imperativo de imparcialidade na sua dimensão positiva, de ponderação dos elementos relevantes para o equilíbrio da decisão. Qualquer acto que imponha ou agrave deveres – neste caso, deveres de protecção do ambiente – terá que ser expressa, clara e suficientemente fundamentado, ainda que por remissão para directivas, ou para informações ou pareceres emitidos no curso do procedimento autorizativo. Acto ao qual falte a fundamentação é fulminado de nulidade, por carecer de um elemento essencial que o afecta na sua natureza de decisão ponderativa de interesses privados, públicos e colectivos [artigos 123º/d), 124º, 125º/2 e 133º/1 do CPA, reforçados pelo nº 3, 2ª parte, do artigo 268º da CRP]¹⁵⁶.

No domínio ambiental, por força da multilateralidade de interesses envolvidos – comunitário; estadual; local; empresarial; particular; colectivo –, o dever de fundamentação impõe-se a três níveis: como penhor de lealdade comunitária; a título de garantia da transparência procedimental; numa dimensão de método pedagógico de sensibilização para o acatamento de deveres ecológicos. A exposição de motivos constitui prova de ponderação, e a sua coerência e completude atestam uma reflexão equilibrada. A necessidade de expressão da fundamentação e o imperativo de revelação da motivação da decisão autorizativa conformadora de deveres de protecção do ambiente acentuam, aliás, a problematicidade de valorações positivas do silêncio (questão a que nos referiremos, mais desenvolvidamente, na Parte III, Cap. I., 3.2.).

Constituem estes ajustamentos procedimentais uma reacção à *distensão* da norma habilitante, visando a criação de controlos externos ao extenso poder de valoração administrativa veiculado, quer pela interpenetração da técnica, quer pela omnipresente incerteza no conteúdo da decisão autorizativa¹⁵⁷.

¹⁵⁶ J. C. VIEIRA DE ANDRADE entende não haver um “direito à fundamentação” [o que excluiria a articulação com o artigo 133º/2/d) do CPA, pelo menos nas situações mais graves, de ausência total de fundamentação], mas tão-só uma garantia objectiva de transparência do procedimento decisório administrativo – **O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos**, Coimbra, 1992, pp. 192 segs. Julgamos que a opinião por nós expandida não afronta esta posição, até porque o Autor, a págs. 292 segs, admite que, em certas situações, a falta de fundamentação possa gerar nulidade – uma das quais é a da fundamentação estar funcionalmente adstrita à “realização do interesse público específico servido pelo acto fundamentando” (p. 293). Ora, no domínio ambiental, a complexidade dos interesses em presença e a necessidade da sua composição equilibrada por recurso a argumentos técnicos, sociológicos e jurídicos, fazem da fundamentação momento legitimante da decisão que alia o titular da autorização à Administração na promoção de um interesse colectivo.

¹⁵⁷ Cfr. as considerações de C. DEGENHART, *Die Bewältigung...*, cit., p. 2440.

b) O controlo jurisdicional da plausibilidade da decisão

A submissão da Administração ao princípio da legalidade (artigos 266º/2 da CRP, e 3º do CPA) e a consagração do direito de acesso à justiça administrativa com vista ao controlo da validade das decisões do Executivo (artigos 268º/4 da CRP, e 2º do CPTA) não podem ceder perante o alto grau de complexidade técnica das decisões sobre o risco. É verdade que o julgador não está funcionalmente habilitado a controlar a verosimilhança de uma explicação científica, nem a avaliar a operacionalidade de uma solução técnica, mas tal incapacidade funcional, na medida em que possa ser suprida, não deve afastar aquelas decisões da susceptibilidade de revisão judicial¹⁵⁸.

A submissão ao controlo jurisdicional constitui, desde logo, um *factor de estabilização relativa*, na medida em que força a Administração a aperfeiçoar a sua abordagem aos fenómenos técnicos, apurando os critérios de escolha e aprofundando a fundamentação. Esta estabilização tem também reflexos ao nível dos utilizadores, que se sentem mais amparados na sua relação com a Administração por saberem que a decisão pode ser objecto de controlo — é uma espécie de efeito preventivo de litígios. A possibilidade de intervenção dos tribunais no domínio das decisões sobre o risco com uma forte componente técnica tem também um *efeito estabilizador geral*, dado que contraria (em certa medida, pelo menos) a ideia de que a sociedade de risco é dominada pelos cientistas e técnicos, alheios ao tipo de ponderações que a prossecução do interesse público impõe¹⁵⁹.

A dificuldade de penetrar na “black box”¹⁶⁰ que incorpora o aspecto técnico da decisão sobre o risco tem mais a ver com a tendencial indestrinçabilidade de certas opções técnicas em face do poder discricionário da Administração, do que com a complexidade específica de tais soluções¹⁶¹. Com efeito, o julgador — e desde logo as partes, nomeadamente aquela sobre a qual recaia o ónus de sustentar a inocuidade da actividade ou a suficiência das medidas preventivas adoptadas para minimizar o risco — pode fazer-se auxiliar por peritos a fim de reeditar o contraditório subjacente à composição da faceta técnica da decisão, suprimindo assim o défice de aptidão e de conhecimento que o inibe de apreciar plenamente a validade daquela (cfr. os artigos 568º e segs do Código do Processo Civil — *maxime* 579º). O problema é que, não só a opção técnica adoptada pela Administração pode envolver uma escolha cujos critérios o julgador só pode controlar no limite da aceitabilidade¹⁶², como também existe um reduto de valoração decisória

¹⁵⁸ Cfr., todavia, algumas decisões em que a emergência do factor *técnica* inibiu o juiz de avaliar cabalmente a validade da decisão administrativa: Acórdãos do STA de 14 de Junho de 1973, *in ApDG* de 26 de Outubro de 1974, pp. 812 segs; de 19 de Julho de 1973, *in ApDG* de 31 de Janeiro de 1975, pp. 1087 segs (ambos sobre a questão do “interesse terapêutico” de um medicamento); de 22 de Outubro de 1987, *in AD*, 1989, pp. 129 segs (sobre a qualificação como “ruína” de um moinho de maré classificado como bem cultural).

¹⁵⁹ Em sentido próximo, W. R. BREUER, *Gerichtliche...*, *cit.*, pp. 104, 105.

¹⁶⁰ R. STEINBERG, *Der ökologische...*, *cit.*, p. 189.

¹⁶¹ Ou seja, na formulação de D. CZAJKA (*Der Stand...*, *cit.*, p. 104), é um problema que se resume, não à forma de controlo, mas sim ao objecto deste.

¹⁶² Neste sentido, E. SCHMIDT-ASSMANN, *I limiti del sindacato dei tribunali amministrativi*, *in DPA*, 1995/4, pp. 683 segs, 736, 737 (apoiando-se na jurisprudência do caso *Sasbach*, de 8 de Julho de 1982 — *in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Band 61, pp. 82 segs —, bem como do caso *Wyhl*, *cit.*).

funcionalmente irrevisível, por força do princípio da separação de poderes¹⁶³.

Como vimos em 2.2.1., o juiz — quer cível, quer administrativo — não é alheio à problemática do controlo de actos com uma componente técnica, nomeadamente ao nível do contencioso da responsabilidade. A fórmula das *leges artis* sempre norteou as decisões jurisdicionais que envolvem a apreciação da culpa dos agentes na prática de actos funcionais para efeitos de arbitramento de indemnizações por facto ilícito. Simplesmente, nesse patamar, a causalidade a constatar entre o facto alegadamente ilícito e o dano dele decorrente afere-se com base em meros juízos probabilísticos, assentes em dados da experiência comum e puramente empírica. No fundo, a fórmula das “boas práticas” representa um primeiro estágio de controlo jurisdicional da observância do princípio da prevenção, na medida em que recorre a nexos causais estabelecidos com uma margem de erro mínima, e pela positiva¹⁶⁴.

Com a introdução da técnica, o fenómeno do risco desenvolve-se e obriga cientistas, funcionários administrativos e juizes a lidar com um crescendo de incerteza. Na avaliação da validade de uma decisão — ou da responsabilidade pelos seus efeitos — assente no pressuposto de utilização da “melhor técnica disponível” passa-se para um segundo patamar da prevenção, que se identifica com a antecipação do risco. O fenómeno é o mesmo, o que se altera é o momento da sua constatação — que força à realização de juízos de possibilidade desde que minimamente sustentados em dados científicos credíveis. É ainda de causalidade adequada que se trata¹⁶⁵, embora os nexos causais passem a ser calculados com margens de erro médias/grandes, e pela negativa. Ou seja, a validade/responsabilidade afere-se — salvo indicação diversa do legislador —, não apenas por aquilo que se sabe, mas também por aquilo de que razoavelmente se pode suspeitar (não exclusão prática do risco). É a valoração desta incerteza que condiciona o âmbito da sindicância jurisdicional.

O perito deve ser apenas um auxiliar, não podendo substituir-se ao juiz. Todavia, a complexidade das matérias tende a confrontar o julgador com a sua ignorância, a enredá-lo nas contendas entre os peritos, e a seduzi-lo a subordinar-se acriticamente à teoria que recolhe o maior consenso — facto que, pelo menos do ponto de vista material, afronta o princípio da independência do juiz (artigo 203º da CRP). Note-se que, mesmo perante directivas de autovinculação administrativa que perfilhem uma determinada solução, o juiz não deve sentir-se inibido de pedir a reavaliação da situ-

¹⁶³ A auto-contenção jurisdicional seria um postulado ético-profissional decorrente do princípio da separação de poderes — D. CZAJKA, *Der Stand...*, *cit.*, p. 102.

¹⁶⁴ No plano dos riscos provocados por fenómenos naturais, avulta naturalmente a tentativa de identificação de precedentes cuja existência permite reduzir o grau de imprevisibilidade e reforçar a ilicitude da omissão. Cfr. P. PLANCHET, *Le précédent, moyen d'évaluation du risque naturel*, in *RJE*, 1998/4, pp. 485 segs, 489 segs.

¹⁶⁵ Sobre a susceptibilidade de contenção dos limites da indemnizabilidade de danos provocados por entidades públicas na prossecução da tarefas materialmente públicas, em homenagem ao princípio da justa repartição dos encargos públicos, por recurso à teoria da causalidade adequada, veja-se o nosso *A responsabilidade e a(s) sua(s) circunstância(s)*, Anotação ao Acórdão do STA de 4 de Dezembro de 2003, in *CJA*, nº 45, 2004, pp. 43 segs, *max.* 48, 49.

ação¹⁶⁶. Não só estas directivas são destituídas de eficácia externa como, mesmo se a tivessem, por força de estarem sempre subordinadas a uma condição de revisibilidade em virtude do eventual surgimento de novos dados científicos que as ultrapassem, estão condenadas a uma existência intrinsecamente precária.

A dinâmica da técnica, impulsionada pela vertigem das descobertas científicas, causa uma instabilidade latente também no plano do controlo jurisdicional. A incerteza que rodeia os novos riscos e as novas soluções para os minimizar interfere inelutavelmente com o juízo do julgador, podendo mesmo levá-lo a optar por uma tese (ainda) minoritária, mas que reflecte de forma mais actualizada o estado da técnica¹⁶⁷. De acordo com RENGELING, o facto de as directivas serem aceitáveis como motores da eficácia do procedimento de autorização em quadros de incerteza, valendo como uma “perícia antecipada”, não impede: 1) que o juiz contradite o conteúdo da directiva, designadamente apoiado na opinião de um perito independente; 2) que se tenha tratado de um caso atípico, ao qual a normatividade inscrita na directiva não se deveria ter aplicado; 3) que a parte interessada alegue e prove que as normas técnicas utilizadas estão obsoletas¹⁶⁸. Aliás, tal revisibilidade imanente da directiva leva mesmo IPSEN a apodar a ideia de “perícia antecipada” como uma *contradictio in adiecto*¹⁶⁹.

Este é, com efeito, um outro factor perturbador da actividade do julgador. A metamorfose permanente dos pressupostos de facto pode transformar a validade da decisão inicial em invalidade superveniente, ou atestar a invalidade *ab initio* por deficiente prognose evolutiva. A análise retrospectiva do quadro factual, já despojada do elemento de incerteza que condicionou a projecção decisória administrativa (se o risco já se revelou), pode conduzir o juiz a aderir aos argumentos de uma corrente científica menos consensual (e que terá sido descartada no momento da decisão) e a pôr em causa a validade desta¹⁷⁰. Nessa hipótese deverá, no entanto, caracterizar fundamentamente as lacunas ponderativas, preferencialmente através da reconstrução do *iter* procedimental [recorde-se a jurisprudência do Conselho de Estado francês sobre o milho transgénico – Cap. I., 3.2.3.2. ii)].

Especialmente árdua pode revelar-se a tarefa judicial em domínios de actividade sumamente complexos, relacionados com tecnologias de ponta, pouco conhecidas e estudadas apenas por um número muito restrito de profissionais da ciência. SCHMIDT-ASSMANN chama a atenção para o facto de, por vezes, o único perito capaz de esclarecer cabalmente o tribunal ser aquele ao qual a entidade decisora recorreu para sustentar a sua posição. Em situações deste tipo, caso haja necessidade de

¹⁶⁶ Neste sentido, D. CZAJKA, *Der Stand...*, cit., p. 101; J. IPSEN, *Die Genehmigung...*, cit., pp. 268, 269; H. JARASS, *Der rechtliche...*, cit., p. 1228.

¹⁶⁷ A jurisprudência *Wyhl* (cit., loc. cit., pp. 315 segs) aponta, justamente, no sentido de conferir ao julgador liberdade de averiguação de estudos científicos sobre o risco, ainda que não filiados na “corrente maioritária”.

¹⁶⁸ H.-WERNER RENGELING, *Der Stand...*, cit., p. 47.

¹⁶⁹ J. IPSEN, *Die Genehmigung...*, cit., p. 270.

¹⁷⁰ Aceitando – embora dubitativamente – esta hipótese, W. R. BREUER, *Direkte und indirekte...*, cit., pp. 84, 85. Também H. WAGNER (*Die Risiken...*, cit., p. 667) parece admitir a hipótese de a decisão jurisdicional se fundar numa opinião minoritária, caracterizando a susceptibilidade de errar, por parte dos técnicos, como um “custo socialmente adequado” da sociedade de risco.

contradita, ela terá forçosamente que ser realizada por um outro especialista, ainda que o seu mérito na matéria não seja tão reconhecido¹⁷¹. E será mais que provável – acrescentaríamos nós – que o juiz se deixe “intimidar” pela reputação do mais afamado dos cientistas, cedendo aos argumentos deste. Caberá à parte interessada tentar inverter este quadro, inclusivamente – se tiver meios para tal – recorrendo a especialistas estrangeiros.

Perante estas considerações, é incontestável a necessidade de empreender um esforço suplementar no sentido da compreensão real das coordenadas da escolha que presidiu à decisão administrativa, para que o julgador não fique *entalado* entre o Sila da dependência total dos peritos e o Caribdis de um diletantismo técnico-científico¹⁷². O juiz deve fazer uma leitura crítica das opiniões dos peritos e tentar formar um ponto de vista credível – isso, afirma CZAJKA, não é sinal de hibridez, mas sim o resultado de uma tarefa intelectual idêntica à que desempenha quando averigua a verdade material através da análise de factos controvertidos¹⁷³. O controlo jurisdicional da margem de livre decisão, quer no que se refere à eleição da opção técnica, quer no tocante ao exercício de prognoses de valoração da incerteza em função dos interesses em presença, é admissível apenas a título de verificação da plausibilidade da decisão (uma espécie de *mínimo de objectividade exigível*¹⁷⁴) por confronto com o *iter* decisório exposto na fundamentação – muitas vezes espelho, ele próprio, da aplicação de critérios constantes de directivas de autovinculação¹⁷⁵ –, e refazível a partir da consulta aos elementos do procedimento¹⁷⁶. A margem de irrepetibilidade da decisão é intocável¹⁷⁷.

O juiz deve, sublinha BREUER, quedar-se dentro das “fronteiras da substituíbilidade da decisão”¹⁷⁸. Este controlo reduzido é norteado pelo princípio da proporcionalidade – ao cabo e ao resto, o mesmo que suporta a avaliação administrativa da necessidade e adequação das opções enunciadas, bem como e principalmente, o que deve justificar o equilíbrio da solução final. O juiz não pode refazer o juízo ponderativo da Administração Pública, mas é-lhe assegurada, na sua função de controlo de validade da decisão, a possibilidade de analisar a correcção abstracta de aplicação dos parâmetros referidos¹⁷⁹. A redução do poder de revisão jurisdicional

¹⁷¹ E. SCHMIDT-ASSMANN, *I limiti...*, *cit.*, pp. 713, 714.

¹⁷² W. R. BREUER, *Gerichtliche...*, *cit.*, p. 105.

¹⁷³ D. CZAJKA, *Der Stand...*, *cit.*, p. 101.

¹⁷⁴ Na expressão de AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, I, polic. Coimbra, 1976, p. 583. Veja-se também J. LUCAS CARDOSO, *Do problema dos conceitos indeterminados em Direito Administrativo*, in *Revista Polis*, nº 1, 1994, pp. 11 segs, 39 segs.

¹⁷⁵ As quais, muito embora não constituindo uma vinculação jurídica, podem configurar um factor de vinculação material enquanto discurso de inteligibilidade de uma determinada opção técnico-científica – D. CZAJKA, *Der Stand...*, *cit.*, p. 106.

Afirmando a plena revisibilidade do juízo formado a partir do conteúdo de directivas de vinculação técnica, H. JARASS, *Der rechtliche...*, *cit.*, p. 1228.

¹⁷⁶ Cfr. W. R. BREUER, *Gerichtliche...*, *cit.*, p. 113.

¹⁷⁷ F. OSSENBÜHL, *Vom unbestimmten Gesetzbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung*, in *DVBl*, 1974/8-9, pp. 309 segs, 311 segs.

¹⁷⁸ W. R. BREUER, *Ausbau...*, *cit.*, p. 858.

¹⁷⁹ W. R. BREUER, *Gerichtliche...*, *cit.*, p. 111; D. CZAJKA, *Der Stand...*, *cit.*, p. 108.

a um exercício de eliminação das opções manifestamente infundadas é o resultado da auto-contenção imposta pelo princípio da separação de poderes, que impede o juiz de praticar actos de administração activa. A “última palavra” deve ser deixada à Administração, pois é sobre ela que recaem as responsabilidades em caso de lesão de bens jurídicos fundamentais¹⁸⁰.

As dificuldades referidas podem conduzir a uma interrogação final (recorrentemente ventilada) sobre a possibilidade e utilidade da criação de instâncias jurisdicionais especializadas para o julgamento de questões relacionadas com a avaliação e gestão de riscos ambientais¹⁸¹. Para além do entrave constitucional que tal opção eventualmente acarreta (o elenco de tribunais constante do artigo 109º da CRP parece fechar a porta – salvo revisão constitucional – a outro tipo de tribunais; mas não à afectação a uma jurisdição já existente, com competência especializada), e sem embargo de reconhecermos a estrutural inadaptação da função jurisdicional para lidar com a infiltração da técnica nas decisões administrativas, julgamos que, presentemente, é a jurisdição administrativa a melhor posicionada para “arrebatar” o contencioso ambiental, ressalvados os aspectos criminais e contra-ordenacionais. O assunto já foi por nós abordado noutra ocasião¹⁸², pelo que nos eximimos, neste ponto, de mais desenvolvimentos.

3. As fases do procedimento de tomada de decisões em cenários de incerteza

Em sede de procedimento de avaliação do risco ambiental, devemos começar por convocar, uma vez mais, o princípio chave que justifica e norteia a acção das entidades públicas: a prevenção. A Constituição não chega ao ponto de enunciar o imperativo de avaliação do risco entre as tarefas do Estado-legislador, no domínio do enquadramento de procedimentos autorizativos ambientais – à semelhança, por exemplo, do legislador constitucional brasileiro (artigo 225, §1º, inciso IV¹⁸³). Todavia, a necessidade de assegurar uma protecção dinâmica dos direitos fundamentais e dos bens ambientais naturais, resolvendo a tensão entre segurança e liberdade num contexto de imprevisibilidade, exige a inscrição de um qualquer modelo de identificação de riscos e de prescrição de instrumentos com vista à sua minimização no seio, senão de todos os procedimentos daquele tipo – em homenagem a um princípio de

¹⁸⁰ F. OSSENBÜHL, *Vom unbestimmten...*, cit., p. 313.

¹⁸¹ Idêntica sugestão formula PEDRO GONÇALVES (*Direito Administrativo da regulação*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, II, Coimbra, 2006, pp, 535 segs, 570), ao equacionar a possibilidade de criação de tribunais de competência especializada para questões de regulação, com competências de controlo atenuado, em virtude da elevada componente técnica das decisões sindicadas.

¹⁸² C. AMADO GOMES, *A ecologização...*, cit., pp. 266 segs.

¹⁸³ Este dispositivo adstringe o legislador a incluir em todos os procedimentos autorizativos de “obra ou actividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental de que se dará publicidade”.

proporcionalidade¹⁸⁴ —, pelo menos dos que incidirem sobre a delimitação dos pressupostos de exercício de actividades com um potencial lesivo médio ou alto [cfr. os artigos 27º/1/h), e 30º da LBA]. O princípio da prevenção contra riscos não permite ao legislador traçar um enquadramento normativo que fique aquém de um nível mínimo de protecção dos bens essenciais da comunidade¹⁸⁵.

“A avaliação dos riscos «é a etapa essencial da racionalização dos riscos que deve levar a separar os riscos potenciais do delírio e da simples apreensão»”, notam HERMITTE e DAVID¹⁸⁶. O papel da ciência é, desta feita, fundamental para aferir da comprovabilidade mínima de uma projecção de risco e suas consequências, a qual vai depois servir de base ao “programa de acção” ditado pela Administração ao responsável pelo projecto, e por ela fiscalizado. A interpenetração entre Ciência, Técnica e Direito, no procedimento de decisão sobre o risco, implica uma bipartição da análise dos pressupostos de facto em dois momentos: um, predominantemente dominado pela determinação dos aspectos técnico-científicos; outro, predominantemente subordinado a critérios de ponderação de bens. O primeiro — onde pontificam os juízos de existência mas no qual não se pode descartar alguma dose de margem de livre decisão na escolha da melhor opção técnica —, corresponde à fase de determinação do risco; o segundo — no qual avulta a formulação de juízos causal-teoréticos mas que, por força do dinamismo que o anima, não pode ficar indiferente à evolução da técnica —, equivale à fase da gestão do risco.

Como assinala DI FABIO, há uma tendência para atribuir a determinação do risco aos cientistas e a gestão do risco aos políticos e juristas; contudo, realça também, a fronteira é muito difícil de traçar, na medida em que as duas fases revelam muita interdependência¹⁸⁷. “Distinguir a avaliação e a gestão dos riscos é prático, mas o exercício deixa muito a desejar. Não há como separar essas actividades no tempo — a avaliação é permanente e a gestão também. Por outro lado, não seria necessário acreditar que, de facto, a avaliação concerne a dados científicos «objectivos» e a gestão considera os aspectos políticos, económicos e sociais: o risco que se deve avaliar, sendo definido como «interacção entre um perigo e uma exposição a este perigo», é permeável aos elementos sociais, como mostra o exemplo de um risco de contaminação radioactiva; os hábitos alimentares ou os lugares de passeio são aspectos sociais que determinam a exposição ao perigo, própria de cada indivíduo”, reforçam HERMITTE e DAVID¹⁸⁸.

É tendo esta ressalva em mente que se passará, de seguida, a uma breve síntese descritiva das fases do procedimento de decisão em cenários de incerteza, dividindo a avaliação do risco em duas fases: a primeira, de determinação do quadro de incertezas subjacentes à decisão e de selecção abstracta das medidas de minimização

¹⁸⁴ O argumento de proporcionalidade vale aqui na medida em que, sabendo-se que, por um lado, a utilização da tecnologia é onerosa e que, por outro lado, a agressão ao ambiente natural é um facto ineliminável da forma de vida humana, só a partir de um certo grau de potencial lesivo é necessário, adequado e equilibrado exigir um determinado número de condições ao exercício de certas actividades — o que não quer dizer que sejam de exercício incondicionado.

¹⁸⁵ Neste sentido, A. SCHERZBERG, *Risiko...*, cit., pp. 509 segs.

¹⁸⁶ M.-ANGÈLE HERMITTE e VIRGINIE DAVID, *Avaliação...*, cit., pp. 98, 99.

¹⁸⁷ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, cit., p. 113.

¹⁸⁸ M.-ANGÈLE HERMITTE e VIRGINIE DAVID, *Avaliação...*, cit., p. 106.

dos riscos previsíveis, no limite das hipóteses de causalidade e com apresentação de alternativas, quando possíveis (caracterização do risco); a segunda, de conformação dessas incertezas à luz da ponderação concreta de todos os interesses relevantes em presença, por recurso às soluções técnicas mais adequadas e tendo em consideração, na medida da melhor capacidade de antecipação de riscos, a margem de incerteza presente e futura (gestão do risco).

3.1. A avaliação do risco

A determinação das fontes de risco e seus impactos é a fase em que se confronta a realização de um determinado projecto com a possibilidade teórica de ocorrência de um dano de relevo considerável num determinado bem ambiental natural (ou num conjunto de bens deste tipo), sendo certo que da análise dos pressupostos de facto não decorre, de imediato, a certeza de eclosão daquele dano. A base científica da avaliação de risco é evidente: é necessário aferir o grau de probabilidade de ocorrência do evento lesivo, a sua magnitude, os seus efeitos nos bens jurídicos tutelados pela norma (individuais e colectivos), bem como aferir as possibilidades de evitação ou minimização dos danos, e ainda, sempre que possível, gizar alternativas de actuação que erradiquem o risco ou, salvaguardando a consecução do objectivo, o substituam por outro, menos agressivo¹⁸⁹.

Há nestas tarefas uma dimensão objectiva patente, de dotação da decisão autorizativa de uma base cognitiva, a qual não exclui, todavia, a penetração de uma dose de ponderação valorativa típica da função administrativa¹⁹⁰. Com efeito, sendo fundamental revelar as insuficiências do conhecimento científico para conferir transparência ao processo de avaliação do risco¹⁹¹, e revelar-se tal missão intrinsecamente dependente da formulação de juízos de existência, certo é que existem algumas pré- e pós-compreensões valorativas das coordenadas científicas.

Por exemplo, o que deve ser entendido por “risco relevante” é uma pergunta que só em estreito diálogo com uma operação de ponderação de bens em conflito de protecção pode obter resposta. Outro exemplo, já nosso conhecido: a indicação teórica das formas de minimização do risco obedece a uma prévia escolha das possibilidades, não alheia a uma ponderação custo-benefício. Uma última hipótese: a enunciação de alternativas, para ser credível e operativa, deve entrelaçar capacidade técnica com possibilidades física, social, económica, de implementação – avaliação cuja *neutralidade* valorativa é dificilmente sustentável.

É manifesta, assim, a *duplicidade* da operação de determinação do risco. Nesta, coexistem: uma faceta qualitativa, no contexto da qual existe uma pré-selecção de riscos relevantes e de indicação de alternativas com vista à sua evitação ou minimização, por recurso a ponderações valorativas; uma outra faceta, com carácter

¹⁸⁹ W. KÖCK (*Die rechtliche...*, *cit.*, p. 129) utiliza uma segunda bipartição, dentro da fase de determinação do risco, que equivale sensivelmente à descrição do texto. O Autor fala de identificação do risco (*Risikobestimmung*), e de cálculo de probabilidades de ocorrência e do potencial lesivo daquele (*Risikoabschätzung*).

¹⁹⁰ W. KÖCK, *Die rechtliche...*, *cit.*, p. 132 ; G. FELDHAUS, *Entwicklung...*, *cit.*, p. 146.

¹⁹¹ Cfr. V. WALKER, *Keeping the WTO...*, *cit.*, p. 267.

quantitativo, que se traduz na aferição, através de simulações e estatísticas cientificamente apoiadas, da magnitude do risco, do seu potencial lesivo, das medidas técnicas abstractamente adequadas ao seu controlo. Quando a autoridade com competência autorizativa procede à determinação do risco subjacente ao projecto, está a fornecer-se um ponto de partida técnico-valorativo de ponderação das consequências com que, de seguida, vai confrontar-se na construção da decisão de regulação dos deveres de protecção do ambiente que incumbem ao requerente.

Para culminar a complexidade do procedimento, há ainda que ter em consideração, nesta fase, a margem de incerteza que rodeia o fenómeno do risco e que obriga quem o avalia a projectar a sua análise no futuro, testando abstractamente probabilidades de sustentação por vezes muito ténues, com vista a, num momento posterior, prescrever as medidas mais adequadas à luz das coordenadas obtidas. Nas palavras de SCHERZBERG, a avaliação de risco comporta uma operação de “cálculo do incalculável” que se traduz na formulação de uma hipótese de verificação (ainda) não definitivamente estabelecida¹⁹². Ou, recorrendo à expressão de KÖCK, nesta fase traçam-se “estratégias de reflexão sequencial e define-se o estádio de desenvolvimento tecnológico subjacente à situação”¹⁹³.

Não lhe sendo exigível ultrapassar, na definição das fronteiras da incerteza, os limites do conhecimento humano, a Administração está, todavia, obrigada, no contexto da determinação quantitativa do risco, a atender aos indicadores científicos mais credíveis, a proceder à “best available interpretation of current data” – com o auxílio, naturalmente, de profissionais qualificados, integrados ou não na estrutura administrativa. O procedimento de determinação do risco não pode transformar incertezas em certezas, mas deve aproximar-se o mais possível de um nível de inteligibilidade das probabilidades que permita à Administração, na fase subsequente, prescrever as medidas mais adequadas à gestão dos riscos em perspectiva, em face dos bens jurídicos abrangidos no âmbito de protecção da norma¹⁹⁴.

As plurifacetação da determinação do risco justifica a inclusão no procedimento de vários intervenientes, numa manobra de abertura a diferentes sensibilidades que é bem o reflexo de uma certa “politização” desta fase. Assim, a determinação do risco comporta necessariamente:

1.) Uma subfase, preliminar, de tradução das consequências do projecto em moldes de explanação de natureza técnico-científica, proveniente de uma entidade independente relativamente àquela que goza de competência autorizativa, e que apresenta as coordenadas de facto do ponto de vista do proponente. Esta apresentação preliminar do projecto, acompanhada da descrição das suas incidências positivas e negativas na realidade ambiental, decorre directamente do princípio da prevenção e traduz, embora de forma inominada, a lógica da inversão do ónus da prova: é ao proponente que cabe demonstrar que o projecto não implica a eclosão de riscos graves ou, pelo menos, que estes riscos e suas consequências não são inevitáveis;

¹⁹² A. SCHERZBERG, *Risiko...*, *cit.*, p. 503.

¹⁹³ W. KÖCK, *Die rechtliche...*, *cit.*, p. 128.

¹⁹⁴ Cfr. W. KÖCK, *Die rechtliche...*, *cit.*, p. 132.

2.) Uma segunda subfase, na qual a entidade competente analisa o estudo que lhe foi submetido e emite um relatório cujo conteúdo reflecte a articulação entre a apreciação dos aspectos técnicos e o enquadramento jurídico, atendendo aos melhores dados disponíveis. Enquanto o estudo preliminar reflecte uma posição tendencialmente subjectiva, embora apoiada na melhor informação disponível na área científica em causa, o relatório da Administração há-de manifestar uma posição tendencialmente objectiva, assente no entendimento da melhor forma de proteger o interesse público ambiental, também por recurso à melhor informação disponível. Deste contraditório emergem as zonas de incerteza que o projecto envolve;

3.) Uma terceira subfase, traduzida num período de discussão no seio de um universo de participantes tão alargado quanto a previsão da amplitude do risco o exigir, que tem por causa a capilaridade social do fenómeno do risco e por efeito a sensibilização da comunidade para a tarefa comum de protecção do ambiente. A necessidade de publicitar a informação de forma inteligível – a fim de que o “destinatário médio” conheça os dados da situação – obriga à incorporação de um resumo numa linguagem em que o menor rigor é directamente proporcional ao menor hermetismo;

4.) Finalmente, uma quarta subfase, na qual são resumidos todos os aspectos relevantes – técnicos, jurídicos, sociológicos – para a conformação da decisão final, resumo esse que vai servir de base à ponderação concreta a efectuar na fase de gestão do risco.

3.1.1. Avaliação de perigos ou avaliação de riscos?

Esta descrição, não exaustiva – podem ser enxertadas, por exemplo, outras subfases, paralelas ou sucessivas à segunda, de consulta de entidades com competência de tutela de interesses públicos específicos subjacentes ao projecto – corresponde, *grosso modo*, às fases do procedimento de avaliação de impacto ambiental, regulado no RAIA. Este procedimento, que culmina com uma declaração de conformidade (ou desconformidade), total ou parcial, mais ou menos condicionada, do projecto às exigências mínimas do princípio da prevenção – porque constitui uma análise de probabilidades, não de possibilidades (recorde-se que incide sobre um “projecto”, na acepção do artigo 2º/o) e com as características indicadas no Anexo IV) –, é reflexo de uma concepção ampla de ambiente, que abarca bens ambientais naturais e humanos [cfr. o artigo 4º/a) do RAIA].

A percepção desta abrangência levou o legislador comunitário – e, por arraste, os legisladores dos Estados-membros – a integrar um novo subprocedimento no procedimento autorizativo, especialmente dedicado ao controlo das emissões poluentes e à minimização dos seus efeitos, mais centrado em certos bens ambientais naturais. O RLA, que cria a licença ambiental, “tem por objecto a prevenção e o controlo integrados da poluição proveniente de certas actividades e o estabelecimento de medidas destinadas a evitar ou, quando tal não for possível, a reduzir as emissões dessas actividades para o ar, a água ou o solo, a prevenção e o controlo do ruído e a produção de resíduos, tendo em vista alcançar um nível elevado de protecção

do ambiente”¹⁹⁵. Este diploma é claro na articulação do procedimento especial de atribuição da licença ambiental com o procedimento geral de avaliação de impacto ambiental — a decisão favorável deste é pressuposto da submissão válida a licenciamento ambiental (artigo 12º do RLA), pelo menos no tocante aos projectos obrigatoriamente sujeitos a avaliação de impacto, nos termos do artigo 1º do RAlA.

Na medida em que a autoridade competente para o licenciamento ambiental depende da apreciação veiculada pelo relatório final formulado no âmbito da avaliação de impacto ambiental, também aí se verifica alguma amputação do quadro dos factores de risco — em virtude de a avaliação ter sido realizada mais em função de probabilidades do que de possibilidades (ainda que cientificamente fundadas). Todavia, no âmbito do licenciamento ambiental *stricto sensu*, o operador deve complementar, especificando, a informação sobre o projecto industrial, no que toca às fontes, níveis, tipos de emissões poluentes, adiantando as medidas técnicas através das quais se propõe minimizá-las ou mesmo evitá-las [cfr. os artigos 8º/1/a), b) e c), e 17º do RLA].

Nota-se aqui, implicitamente, a abertura à ponderação de riscos, na medida em que a técnica é chamada a intervir como elemento de controlo com vista à sua minimização (veja-se a referência à cláusula “melhores técnicas disponíveis” enquanto parâmetro de validade da concessão da licença ambiental, nos artigos 9º e 10º do RLA). Mais um reflexo da prevenção agravada constitui o facto de ser o proponente — afinal, quem vai retirar lucros da actividade e quem se encontra na melhor posição para conhecer os pormenores técnicos do seu desenvolvimento — a ter que demonstrar que o projecto não causará, uma vez observadas as medidas de prevenção necessárias e adequadas, danos significativos ao ambiente.

Sobre esta proposta recairá a atenção de um técnico responsável, que terá por missão avaliar, em especial, os aspectos relacionados com o controlo das emissões poluentes, devendo aferir da eficácia e operacionalidade das medidas avançadas pelo proponente para fazer face ao tipo de poluição prevista, tendo em consideração a bitola das “melhores técnicas disponíveis”. O parecer deste técnico será fundamental para conceder ao decisor final a base de inteligibilidade científica da decisão, a qual não pode ser emitida, contudo, sem uma nova consulta aos interessados (cfr. o artigo 24º do RLA), os quais disporão de mais uma oportunidade de confrontar a descrição não técnica do projecto (por força da obrigação imposta ao operador pelo artigo 17º/2 do RLA¹⁹⁶) com a sua percepção do nível de tutela adequada aos interesses ambientais em presença. Sublinhe-se que os resultados da audição dos interessados deverão ser “tidos em consideração” pelo decisor (artigo 24º/5 do RLA) — ou seja, devidamente incorporados na fundamentação, sobretudo se traduzirem argumentos contrários à prolação de decisão favorável.

Mais decididamente voltada para a avaliação de riscos é a directiva 2001/42/CE, de 21 de Julho, sobre avaliação de impacto estratégica, que Portugal deveria

¹⁹⁵ Sobre o regime instituído pelo DL 194/00, J. E. FIGUEIREDO DIAS, *A licença...*, *cit.*.

¹⁹⁶ Com a devida salvaguarda da informação coberta pelo segredo industrial, cuja revelação ao público em geral, e às empresas concorrentes em especial, poderia implicar a distorção das condições de concorrência (artigo 24º/6 do RLA). A propósito do âmbito do dever de publicitação dos dados científicos, com muito interesse, M.-ANGÈLE HERMITTE e VIRGINIE DAVID, *Avaliação...*, *cit.*, pp. 127 segs.

ter transposto até Julho de 2004. Com este instrumento, a Comunidade pretende ultrapassar as dúvidas relacionadas com a introdução de planos e programas de acção no âmbito de aplicação do procedimento de avaliação de impacto ambiental (cfr. os artigos 1º/1 e 2º/o) do RAlA, bem assim como o *leading case* português na matéria – jurisprudência da Ponte Vasco da Gama¹⁹⁷). A antecipação do estudo do impacto de projectos para a fase da sua localização contraria uma certa circularidade da actual avaliação de impacto ambiental, na medida em que se desprende das características concretas e abre-se à formulação de verdadeiras prognoses alternativas.

Em suma, quer o procedimento chamado “avaliação de impacto ambiental”, quer e sobretudo, o procedimento de atribuição de licença ambiental, comportam uma fase de determinação dos factores de risco centrada na análise tendencialmente objectiva do projecto por confronto com os melhores dados científicos disponíveis. A esta apreciação não são, todavia, completamente alheias considerações de ordem “política”, tanto no que concerne à selecção de riscos relevantes, como no que toca à eleição das medidas abstractamente adequadas à sua minimização, como ainda no que tange à valoração da margem de incerteza científica. Não obstante, há que reconhecer que é na fase de gestão do risco que o exercício da ponderação de interesses típica da função administrativa se revela com mais clareza.

3.2. A gestão do risco

Que a distinção entre as operações de determinação e gestão do risco se revela difícil, é um dado sobre o qual a doutrina converge. Também não deixa de ser verdade, no entanto, que existe uma reserva de ponderação dos dados técnico-científicos estabelecida a favor da Administração, ou seja, só a esta cabe *entranhar* o quadro dos dados técnico-científicos na valoração da realidade, contextualizada à luz dos interesses públicos que a norma habilitante a incumbe de promover, sem descuidar a tutela do interesse privado, na medida do adequado, necessário e equilibrado.

Nesta perspectiva, e tendo em consideração o dinamismo do fenómeno do risco tecnológico – a sua intrínseca inconstância –, gerir o risco constitui uma tarefa que se desdobra em vários momentos, tantos quantos os que compõem a “vida” do acto autorizativo. E sempre em estreita ligação com a renovação, quando justificada pelos avanços do conhecimento, da determinação dos riscos¹⁹⁸. Por isso ganha sentido o redimensionamento do momento autorizativo à medida do dinamismo da gestão jurídica da incerteza, por apelo à noção de procedimento (autorizativo)¹⁹⁹ – cfr. *infra*, Parte III, Cap. I, 2. *iv*).

¹⁹⁷ Acórdãos do STA de 14 de Março de 1995, *in ApDR* de 18 de Julho de 1997, pp. 2525 segs; do Pleno, de 14 de Outubro de 1999, *in ApDR* de 21 de Junho de 2001, pp. 1081 segs.

¹⁹⁸ Já havíamos realçado este “desdobramento” nos nossos *A prevenção à prova...*, *cit.*, pp. 64 segs; e *Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental*, *in RJUA*, nº 17, 2002, pp. 35 segs, 48 (também publicado nos *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 223 segs).

¹⁹⁹ Cfr. o nosso *A prevenção à prova...*, *cit.*, pp. 64 segs.

3.2.1. A definição dos termos de desenvolvimento da actividade autorizada

O primeiro passo da gestão do risco é o da determinação do sentido do acto autorizativo, através da ponderação do interesse de protecção ambiental no contexto do pedido de autorização concreto apresentado pelo proponente, com todas as implicações que ele acarreta e tendo em consideração a margem de incerteza inerente, numa operação intelectual de prognose dos valores na sua relatividade conjuntural. O acto autorizativo fornecerá um quadro de partida dos métodos de protecção do interesse ambiental, ao qual está sempre implicitamente aposta uma condição de revisibilidade filiada numa lógica de alteração das circunstâncias de facto que subjazem à decisão – cfr. *infra*, Parte III, Cap. II., 3..

É nesta fase que avulta, de forma mais aguda, a dimensão ponderativa da actividade administrativa no âmbito das decisões pautadas pela incerteza. Como observa DI FABIO, o balanço risco-benefício é o traço mais típico das decisões sobre o risco²⁰⁰. A Administração, enquanto entidade primacialmente investida na tarefa de prevenção do risco ambiental deve, na presença dos dados apurados em sede de avaliação de risco, estabelecer as medidas mais aptas, dentro do *instrumentarium* disponível²⁰¹, à promoção de um nível de protecção dos bens naturais compatível com o quadro normativo aplicável, podendo ser-lhe assacada responsabilidade por défice de ponderação de riscos se se abster de o fazer, ou se agir negligentemente. Ao empresário, por seu turno, cabem também deveres de esclarecimento e colaboração com a entidade autorizante, com vista à mais equilibrada conformação da relação jurídica autorizativa²⁰².

Os deveres de protecção impostos ao empresário serão assim, nesta fase, sujeitos a uma primeira densificação de conteúdos, a qual poderá, todavia, sofrer alterações ao longo do período de validade do acto autorizativo. Como sublinha KÖCK, “as decisões sobre o risco são científica e (por isso estritamente também) temporalmente condicionadas”²⁰³. A incerteza que envolve o exercício da competência administrativa não se neutraliza no momento da avaliação do risco, nem tão-pouco com a emanação do acto autorizativo. A gestão do risco projecta o poder decisional para um procedimento de controlo da validade dos pressupostos testada ao ritmo da evolução técnico-científica. Na síntese de DI FABIO: há uma abertura permanente à revisibilidade das decisões sobre o risco (*Revisionoffenheit (...) ist ein Kennzeichen staatlicher Risikoentscheidungen*)²⁰⁴.

A esta tradução jurídica de base da avaliação ponderada dos factores de risco, na qual a Administração sopesa o direito de iniciativa privada do particular, o inte-

²⁰⁰ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, pp. 126 segs.

²⁰¹ O Autor sublinha que, na ausência de determinação legislativa, o padrão a impor pela Administração deverá ser o da praticabilidade técnica e não o da possibilidade científica, na medida em que este último é susceptível de constituir um constrangimento intolerável da liberdade de iniciativa económica – UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, p. 126.

²⁰² Cfr. UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, p. 127.

²⁰³ W. KÖCK, *Die rechtliche...*, *cit.*, p. 132.

²⁰⁴ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, p. 306.

resse público na promoção do desenvolvimento industrial, o interesse público na protecção do ambiente e da saúde, no quadro de um conjunto de dados científicos cuja exactidão é normalmente discutível e discutida, sucede-se o acompanhamento técnico das condições de cumprimento das obrigações impostas ao empresário. Na sua materialidade, esta tarefa constitui-se também como uma importante faceta da (continuação da) gestão do risco.

3.2.2. A fiscalização da actividade autorizada

A influência anglo-saxónica tem levado a identificar esta subfase da gestão do risco com a expressão “monitorização” [cfr. os artigos 29º do RAIA, e 7º/3/c) e 10º/2/c) do RLA]. Do que se trata, afinal, é de assegurar uma adequada vigilância da actividade desenvolvida ao abrigo do acto autorizativo, numa tentativa, desde logo, de controlar a adequação permanente das técnicas utilizadas com os parâmetros da autorização. Um outro reflexo desta operação de vigilância – que há-de ser levada a cabo, em primeira linha, pelo empresário, numa espécie de “auto-controlo ecológico”²⁰⁵ que concretiza dinamicamente a inversão do ónus da prova em sede de antecipação de riscos – traduz-se em permitir à Administração avaliar continuamente a capacidade de adaptação do industrial à “melhor tecnologia disponível”, garantindo-lhe condições reais de controlo da eficácia das determinações contidas no acto autorizativo (cfr., por exemplo, o artigo 8º/4 do RLA).

O dever de vigilância é, de facto, a “espinha dorsal” do Direito do Ambiente²⁰⁶, em virtude do forte entrelaçamento entre a capacidade técnico-científica de minimização das emissões poluentes e os objectivos de tutela ambiental. A antecipação do risco é, afinal, uma continuada operação de prevenção do perigo, pois à medida que o conhecimento avança, a possibilidade de constatar causalidades fortalece-se, criando-se, não obstante, novas fontes de risco. A precariedade das decisões autorizativas é especialmente nítida neste contexto, permitindo à Administração, movimentando-se dentro dos parâmetros da norma habilitante, impor condicionamentos continuamente ajustados às necessidades de tutela provocadas pelo desenvolvimento da actividade. A vigilância torna-se, assim, imprescindível, quer no plano jurídico – para a aferição do fiel cumprimento dos deveres de protecção do ambiente –, quer no plano prático – para garantir o permanente diálogo entre os resultados da investigação científica e a tutela ambiental.

A vigilância, sendo embora uma tarefa da responsabilidade primária do agente económico, e secundária da autoridade administrativa com poderes inspectivos, não deixa de ser também uma faculdade dos membros da comunidade que, através dos relatórios da monitorização e dos resultados apurados nas acções de fiscalização, podem contribuir para o controlo das fontes de risco (vide, por exemplo, o disposto no artigo 23º/2 do RAIA).

²⁰⁵ W. KÖCK, *Die rechtliche...*, cit., p. 137.

²⁰⁶ W. KÖCK, *Die rechtliche...*, cit., p. 140.

3.2.3. A cessação da actividade autorizada

Finalmente, a dimensão de antecipação de riscos presente na autorização — mais concretamente, no procedimento autorizativo enquanto instrumento de dinamização da prevenção através da autorização — encontra-se ainda no momento da cessação da actividade autorizada, quer este seja voluntário, quer ocorra por força do incumprimento das determinações administrativas. O industrial, ao terminar a exploração da actividade, não está somente vinculado a observar as normas da legislação laboral, mas deve também observar deveres de cuidado no contexto ambiental, como sejam os do desmantelamento de equipamentos perigosos, de destruição de materiais tóxicos e até de eventual reposição do estado do terreno a fim de restabelecer o equilíbrio ecológico inicial ou equivalente [cfr. o artigo 8º/1/f) do RLA].

3.3. A revisibilidade do acto autorizativo - remissão

O sinal mais marcante da face agravada da prevenção no confronto com a incerteza gerada pela contínua evolução técnica é o imperativo de actualização das condições de concessão da autorização de exploração das instalações potencialmente poluentes. Tal necessidade conduz, por um lado, à precarização das situações jurídicas administrativas, imposta, quer pelo legislador, quer decidida pela Administração (desde que, pelo menos pelo mínimo, devidamente habilitada). A antecipação de riscos pode levar, com efeito, quer ao estabelecimento (legal) de prazos de validade da autorização, findos os quais deverão ser reponderadas as condições da sua concessão em atenção aos dados científicos supervenientes disponíveis, quer à emissão de actos precários, sempre que a fase de determinação do risco desvelar lacunas de conhecimento que não permitem a autorização incondicionada mas que, em contrapartida e em atenção a uma máxima de proporcionalidade, revela uma margem de risco não suficientemente grave para impedir toda e qualquer forma de intervenção ambiental.

Por outro lado, e este é o caso que levanta mais problemas, a prevenção obriga à reconversão, em vida, do acto autorizativo, sempre que o progresso técnico o exigir. Repare-se que estamos aqui perante uma figura que extravasa os termos da revogação extintiva e da caducidade, quer porque não se põe em causa a validade do acto à data da sua emissão, quer porque o acto se mantém válido, apenas com um diferente conteúdo. A natureza desta mutação está por averiguar, bem como o seu regime. Princípios tais como a confiança legítima e a segurança jurídica (corolários do princípio do Estado de Direito Democrático — artigo 2º da CRP), por um lado, e a prevenção do dano ambiental, a prossecução do interesse público no quadro de uma protecção dinâmica dos direitos fundamentais [artigos 9º/d), 66º, 266º/1 da CRP], por outro lado, debatem-se nesta arena.

O que está em causa, ao cabo e ao resto, é definir, na medida do possível, o fundamento do poder administrativo de actualização/adaptação do acto autorizativo por força da evolução técnica. Deste problema nos ocuparemos na Parte seguinte.

4. Síntese

A permeabilidade do Direito do Ambiente à evolução técnica decorre da natureza das coisas, mas provoca problemas jurídicos agudos. Numa perspectiva geral, o embate dá-se entre a liberdade e a segurança; mais concretamente, o progresso científico é sinónimo de liberdade de investigação científica e de iniciativa privada, provocando, em contrapartida, ameaças a bens tais como a saúde pública, o ambiente, a vida. O conflito deve ser resolvido em atenção a critérios de harmonização prática dos direitos e valores em jogo, tentando não aniquilar a margem de risco residual inerente a uma sociedade de Estado de Direito democrático.

A magnitude dos efeitos dos riscos tecnológicos e os deveres de protecção de bens jurídicos colectivos a eles sujeitos, que a Constituição reparte entre entidades públicas e privadas, obrigam à activação de um triângulo dialéctico entre políticos, cientistas e populações, no sentido da compreensão e aceitação consciente dos factores de risco. Esse diálogo, a entabular em estruturas formais e informais, deve ter eco junto do órgão mais representativo da vontade popular: o Parlamento. Aí se há-de aprovar o quadro-base de habilitação da actuação do Executivo na tarefa concreta de avaliação e gestão dos vários tipos de risco vital, por só aí se garantir a intervenção no debate de todas as forças políticas democraticamente representadas. Além disso, a reserva da definição dos termos da aceitação do risco e a delimitação das premissas habilitantes do exercício das competências de gestão do risco hão-de pertencer a um órgão diverso daquele que, em concreto, define os termos de intervenção das entidades, públicas e privadas, na realidade ambiental. Acresce ainda o respeito pelo princípio da reserva de lei restritiva [artigo 165º/1/b) da CRP], que entrega à Assembleia da República o poder de legislar sobre o quadro normativo essencial dos direitos, liberdades e garantias – cláusula competencial extensível à densificação de deveres fundamentais.

A defesa desta posição não obnubila, no entanto, a rarefacção das competências de aceitação e delimitação dos termos de gestão dos riscos tecnológicos, por força da integração de Portugal na União Europeia. O entrecruzamento entre o risco tecnológico, a liberdade de circulação de mercadorias e a lealdade da concorrência, transferem subrepticamente para os órgãos da Comunidade a possibilidade de determinar a introdução no mercado interno de múltiplos factores de risco, deixando aos Estados pouco mais que a salvaguarda da cláusula de ordem pública sanitária ou ecológica como último recurso de oposição a tal “invasor”.

O amparo da técnica no procedimento de avaliação de riscos é inelutável. A Administração faz-se cada vez mais auxiliar de profissionais que lhe traduzam a factualidade técnica subjacente à emissão da decisão, integrando esses peritos na sua estrutura ou apelando à colaboração de entidades privadas. Decisiva para a preservação da legitimidade das decisões administrativas é a vinculação ao parecer técnico apenas quando negativo, conservando a Administração a margem de ponderação valorativa que lhe é co-essencial enquanto função determinada pela melhor prossecução do interesse público no respeito pelos direitos dos particulares (artigo 266º/1 da CRP).

Fenómeno natural nos tempos do risco é a penetração de normas técnicas no magma jurídico que constitui a base habilitante do poder administrativo de decisão em cenários de incerteza. A recepção directa remete a autoridade administrativa

para parâmetros bem definidos – o que, actualmente, é cada vez menos possível. Já a recepção indirecta pode revestir dois grandes tipos: a remissão para dispositivos que concretizem, precisamente, os dados da lei; ou a remissão para fórmulas abertas, em constante mutação, tais como a das “melhores técnicas disponíveis”.

As melhores técnicas disponíveis têm um antecedente nas *leges artis* – regras geralmente reconhecidas e aplicadas num determinado domínio do saber prático –, mas representam um *plus* relativamente a estas. Isto porque a introdução da técnica altera os nexos de causalidade empiricamente verificáveis, obrigando à sofisticação dos métodos de análise e experimentação laboratorial. A exigência da disponibilidade da solução técnica traz à colação a questão da introdução de parâmetros de racionalidade económica na gestão do risco ambiental a qual, dividindo embora a doutrina alemã (que, por força do Direito Comunitário, julga ver enfraquecida a cláusula do “Stand der Technik” vigente desde os anos 70 do século passado), parece dever resolver-se no sentido da sua admissibilidade, sob pena de excessiva onerosidade da actividade industrial.

A remissão para normas técnicas nada tem a ver com a falsa questão da “discricionariedade técnica”. A avaliação da melhor solução, do ponto de vista técnico, implica a sustentação em dados científicos inteligíveis, os quais vão servir de base à tomada de decisão administrativa, que constitui uma valoração ponderada desses dados em função dos interesses públicos a prosseguir e do grau de incerteza que envolve a evolução factual. A avaliação técnica está vinculada a juízos de existência; a valoração discricionária assenta em juízos ponderativos, estabelecidos com base em prognoses.

O recurso a conceitos indeterminados na construção da norma habilitante das decisões em cenários de incerteza é uma prova da incapacidade do legislador no plano da gestão do risco. Impossibilitado de acompanhar a evolução vertiginosa dos acontecimentos, o legislador confia à Administração essa tarefa, servindo-se de fórmulas tão flexíveis como questionáveis, à luz dos princípios constitucionais da separação de poderes, reserva de lei e determinabilidade da lei. Não sendo possível inverter este caminho, é imperioso opor-lhe compensações, que passam pelo reforço das vinculações aos princípios da igualdade, da eficácia e da proporcionalidade (artigos 266º/2 e 267º/1 da CRP) – limites internos –, bem como pela introdução de mecanismos de transparência e democraticidade no procedimento autorizativo e garantias de revisibilidade jurisdicional (ainda que reduzida) – limites externos.

Todos estes factores ajudam a compreender – e a analisar criticamente – o procedimento de avaliação de riscos a desencadear pela Administração, no domínio ambiental. À determinação do risco sucede-se a gestão do mesmo, com especial atenção à dinâmica dos pressupostos de facto. A previsão das necessidades de monitorização da actividade autorizada pelo industrial e de fiscalização pelas autoridades administrativas são o espelho das constantes mutações impostas pela técnica e obrigam a um acompanhamento do cumprimento dos deveres de protecção do ambiente à medida do progresso tecnológico. Complexidade assume a questão da metamorfose do conteúdo destes deveres em razão da evolução das soluções técnicas. É deste fenómeno que tratará a Parte III.

PARTE III

A modificação do acto autorizativo conformador de deveres de protecção do ambiente em face da superveniência de novas circunstâncias de risco

Capítulo I

A autorização como instrumento de prevenção do risco ambiental

0. Preliminares

A necessidade de antecipar riscos é um facto incontornável no estágio de sociedade em que vivemos. Domínios há, todavia, em que essa tarefa é mais agudamente sentida, nomeadamente aqueles em que a infiltração do risco tecnológico se verifica de forma mais intensa. A saúde, a qualidade alimentar, as técnicas de reprodução artificial, o ambiente enquanto disciplina que versa sobre a preservação da integridade e capacidade regenerativa dos bens naturais, são áreas em que a Administração desenvolve uma missão imprescindível de prevenção alargada, através dos seus tradicionais instrumentos de polícia: autorização e sanção administrativas¹.

Cumpra observar que a atitude do Estado no campo da prevenção de perigos deve ser encarada de forma conjuntural, tendo em consideração circunstâncias sociais e políticas. Numa gradação de intensidade do controlo de perigos, SACH enuncia seis modelos: 1) liberdade total; 2) liberdade sob reserva de repressão; 3) liberdade com dever de comunicação prévia; 4) liberdade com reserva de autorização; 5)

¹ Recorde-se o apelo de J. J. GOMES CANOTILHO à reabilitação do direito de polícia “por amor ao ambiente” – *Juridicização da ecologia ou ecologização do Direito*, in *RJUA*, nº 4, 1995, pp. 69 segs, 77.

planificação; 6) proibição total². O primeiro modelo só pode vigorar no domínio das relações puramente privadas, e mesmo aí com os limites decorrentes da vinculação dos privados aos direitos fundamentais (artigo 18º/1, 2ª parte, *in fine*)³. O último, por seu turno, ressalvada a hipótese de estarmos em presença de um regime totalitário, ficará também circunscrito a um reduto mínimo de situações, nas quais os bens objecto de protecção são de tal forma valiosos que o risco de desenvolvimento de certas actividades é reduzido a zero – ou seja, não há qualquer margem para o risco residual. Quanto aos modelos intermédios, eles vêm obtendo concretizações ao longo do período de vida do Estado de Direito, sucessivas e simultâneas, traduzindo opções historicamente situadas na encruzilhada da salvaguarda do interesse geral e do respeito pelas posições jurídicas individuais dos membros da colectividade.

O despertar dos Estados para a imprescindibilidade da tarefa da protecção ambiental gera preocupações específicas, estreitamente conexas com as particularidades do bem jurídico cuja relevância pública e colectiva se reconheceu. A fragilidade dos bens ambientais naturais recomenda, naturalmente, o acento tónico nos institutos preventivos, na medida em que o mal, uma vez feito, pode não ter remédio – ou ser este tão oneroso que, de acordo com um princípio de razoabilidade, não será exigível que o agente o promova. Na *era ambiental*, a figura da autorização ganha destaque, enquanto método de antecipação de riscos, em virtude da posição temporalmente estratégica em que a Administração a utiliza: é prévia ao início do desenvolvimento da actividade potencialmente lesiva pelo requerente, conformando os deveres de protecção do ambiente em que este ficará investido, em razão da projecção de interacções ambientais prováveis e comprovadamente previsíveis.

Impõe-se referir que, se é certo que à autorização se reconhece um certo protagonismo na tarefa pública de tutela ambiental, representando uma dimensão policial, de “command and control” (na terminologia anglo-saxónica), não é menos verdade que subjacente ao acto autorizativo pode estar uma concepção mercantilista que lhe atenua a imperatividade. O exemplo norte-americano é paradigmático desta abordagem⁴, sobretudo no plano do controlo das emissões poluentes (introduzindo uma interpretação flexível da secção 110 do *Clean Air Act*), na medida em que as autorizações emitidas traduzirão um quociente de distribuição das quotas de poluição em face do tecto estabelecido para o estado/espaco em que se sediam e do número de instalações existentes. Desta forma, as empresas do sector, em vez de ficarem limitadas por um *standard* rígido máximo, resultam condicionadas pelo mínimo, de-

² K. SACH, *Genehmigung als Schutzschild?*, Berlin, 1994, pp. 32 segs.

³ Sobre a vinculação dos privados aos direitos fundamentais, vejam-se, na doutrina mais recente, J. M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, 1997, pp. 383 segs; C. W. CANARIS, *Direitos fundamentais e Direito Privado* (trad. de I. Wolfgang Starlet e P. Mota Pinto), Coimbra, 2003; BENEDITA MAC CROIRIE, *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Coimbra, 2005; e, numa perspectiva muito crítica da teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, J. REIS NOVAIS, *Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, in *Direitos Fundamentais - Trunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006, pp. 69 segs.

⁴ Sobre a combinação da técnica do *command and control* com instrumentos económicos e de mercado, e mesmo com formas de auto-regulação, J. E. FIGUEIREDO DIAS, *Que estratégia para o Direito Ambiental norte-americano do século XXI: o «cacete» ou a «cenoura»?*, in *BFDUC*, Vol. LXXVII, 2001, pp. 291 segs, 329 segs.

vendo comprar direitos de emissão (caso o seu nível de emissões se situe acima daquele limite) ou vendê-los (caso se situe abaixo do limite fixado)⁵.

Este sistema revela algumas vantagens — motivação para a adopção de técnicas menos poluentes; abordagem descentralizada dos problemas relacionados com a prevenção de danos ambientais; facilitação da implantação, numa determinada área, de mais industriais do sector, com incremento do desenvolvimento económico e social estadual. Em contrapartida, porém, há uma neutralização do controlo das empresas que preferem pagar para poluir acima do tecto mínimo, bem como o risco de transferir para determinados estados, onde a implantação de unidades de certo sector é mínima, um potencial poluente muito elevado, com prejuízo para a qualidade sanitária e ambiental da zona⁶. Além disso, a adopção desta técnica redundava num défice de participação pública; levanta sérias dúvidas sobre a legitimidade de “expropriação” das autorizações creditícias (essencial à progressiva diminuição dos níveis globais)⁷; gera, na prática, uma duplicação de custos de monitorização dos níveis de emissões: para as empresas e para as entidades públicas com competências fiscalizadoras (no sentido de assegurar a fiabilidade do sistema)⁸.

Por força da ratificação do Protocolo de Quioto por Portugal e das obrigações assumidas pela União Europeia com vista à redução global de 8% das emissões de gases de efeito de estufa para a atmosfera⁹, no perímetro europeu, o DL 233/04, de 14 de Dezembro (com as alterações introduzidas pelo DL 243/04, de 31 de Dezembro), transpôs já a directiva 2003/87/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro, a qual pretende implementar um sistema de comércio de licenças de emissão, à semelhança do modelo americano. Como se depreende da leitura do diploma, o sistema de autorizações mantém-se (cfr. os artigos 16º e segs) como for-

⁵ Em pormenor sobre o sistema (complementar) de limites de emissão negociáveis adoptado nos Estados-Unidos da América, A. FORTES MARTÍN, *El régimen jurídico de la autorización ambiental integrada*, Madrid, 2004, pp. 149 segs.

⁶ Gerando situações de *racismo ambiental*, na medida em que deslocam as fontes poluentes para áreas menos favorecidas, penalizando anormalmente comunidades minoritárias — J. E. FIGUEIREDO DIAS, *Que estratégia...*, *cit.*, pp. 336 e 354. Tentando obviar a este problema — frise-se: no plano local, não entre Estados (o que significa que Portugal pode aumentar drasticamente o seu nível de emissões por força da aquisição, por empresas nacionais, de um número considerável de quotas a outros Estados-membros), a directiva europeia que cria o mercado de emissões poluentes (directiva 2003/87/CE, de 13 de Outubro), no artigo 26, previu a fixação de um valor-limite de emissões de gases com efeito de estufa na licença ambiental, valor esse que, contudo, só se aplica quando a aquisição de quotas possa provocar um impacto local significativo. Para mais desenvolvimentos, veja-se TIAGO ANTUNES, *O comércio...*, *cit.*, pp. 206 segs.

⁷ Estas dúvidas têm sido alimentadas pela doutrina, face à previsão legal expressa da não indemnizabilidade dos danos decorrentes do confisco de créditos de emissão e ao seu confronto com a garantia constitucional da propriedade privada — J. E. FIGUEIREDO DIAS, *Que estratégia...*, *cit.*, p. 335 (e nota 78).

⁸ O auto-policimento subjacente a este sistema, aliado ao seu elevado custo, pode criar algumas resistências da parte dos operadores, que financiam a sua própria incriminação (caso se verifique uma ultrapassagem dos limites que a autorização admite) — J. E. FIGUEIREDO DIAS, *Que estratégia...*, *cit.*, p. 341.

⁹ Portugal comprometeu-se a reduzir as suas emissões em 27% relativamente aos valores de 1990 — e já ultrapassou largamente este valor... Para 2010, prevê-se um défice de cerca de 13 milhões de toneladas, informa C. COSTA PINA, *Mercado de direitos de emissão de CO₂*, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, I, Lisboa, 2006, pp. 467 segs, 484 segs.

ma de controlar o nível de emissões permitido a cada empresa ou agrupamento de empresas, nos termos do plano nacional de atribuição de licenças de emissão, “que estabelece a quantidade total de licenças de emissão a atribuir pelo Estado português e o respectivo método de atribuição” (artigo 13º/1), em estreita articulação com a Comissão Europeia. Sublinhe-se, no entanto, que este sistema actua num domínio ambiental circunscrito – a qualidade do ar e a protecção da camada de ozono atmosférica.

Esta comercialização do “direito de poluir” (praticamente inevitável no estágio actual de industrialização do mundo desenvolvido) – bem como a concertação empresarial no sentido da cooperação para a protecção ambiental, a adopção de normas de qualidade, os instrumentos da eco-gestão e eco-auditoria, a privatização de competências de certificação, a celebração de acordos ambientais entre o Estado e as empresas – não arreda, todavia, o papel central da autorização na promoção e prevenção do ambiente. Se o Estado consente numa certa flexibilização do *como*, não abdica da fiscalização do *quantum* de tutela ambiental inerente à actividade dos operadores (em geral ou em particular). Como nota J. E. FIGUEIREDO DIAS, “apesar das vantagens da utilização de monitorizações, auditorias e outras práticas de controlo e policiamento pelos próprios regulados, a verdade é que não se pode esperar o cumprimento voluntário das instituições sociais e económicas se não estiverem sujeitas ao controlo público, ainda que mais matizado”¹⁰. O padrão de aferição do comportamento é, naturalmente, a autorização.

Importa, assim, avaliar de que forma a autorização constitui uma figura apta a desenvolver os fins de prevenção de riscos que a complexificação da actuação no domínio ambiental acarreta. E cabe, desde logo, esclarecer alguns equívocos que se geraram em torno de uma realidade que, depois de ter sido alcançada a figura de proa da ideologia liberal, mercê da apologia de virtudes da lei em que esta assentava, se transformou em método de conformação de posições jurídicas insuflado pela crescente discricionariedade da Administração constitutiva. Em que consiste esta aparente *versatilidade* da autorização é o que vamos averiguar de seguida.

1. A autorização no contexto do Estado liberal

A autorização surge, nas obras de RANELLETTI¹¹ e de MAYER¹² como um instrumento de afirmação do liberalismo. Caracterizado pela atitude abstencionista, relegando a Administração para um papel alegadamente secundário, de *mão que executa as ordens da lei*, o Estado liberal orgulhava-se de conceder a máxima liberdade aos seus cidadãos, desonerando-se assim, concomitantemente, da responsabilidade do desempenho de um vasto número de tarefas. Estas ficavam confiadas à iniciativa

¹⁰ J. E. FIGUEIREDO DIAS, *Que estratégia...*, *cit.*, p. 351.

¹¹ O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *GI*, 1894, IV, pp. 7 segs; *idem*, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Scritti giuridici scelti*, III, Camerino, 1992, pp. 255 segs. No primeiro estudo, é nítida a interlocução de Ranelletti com a obra de O. Mayer, cujas posições a respeito da autorização (*Erlaubnis*) descreve comparativamente.

¹² O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán* (tradução de *Le Droit Administratif allemand*, Paris, 1904), II, 2ª ed., Buenos Aires, 1982, pp. 59 segs.

privada, cabendo à Administração uma ténue missão de controlo e uma reduzida (à preservação da segurança e moral públicas) esfera de actuação repressiva.

Sob a égide da lei, projecção da vontade geral, o particular era titular de um vasto conjunto de direitos cujo exercício cabia à Administração admitir, através da autorização. A figura traduzia, assim, na obra paradigmática de RANELLETTI, uma operação administrativa através da qual se realizava uma *remoção de limites* que visava articular o exercício da liberdade do indivíduo com a liberdade dos demais, contribuindo destarte para a organização global da vida do Estado, para a harmonia entre a actividade de cada um com o interesse geral¹³. O Autor, destrinchando a autorização da concessão, discorria no sentido de que, enquanto na primeira se desvelava um direito preexistente (atribuído pela lei), em *potência*, que se tornava actual depois de a Administração reconhecer a sua não incompatibilidade com exigências de interesse público¹⁴, na segunda não (pré)existia qualquer direito, cabendo à Administração criá-lo na esfera jurídica do particular —, pois tratar-se-ia então de admitir a intervenção do sujeito numa esfera jurídica alheia e, sobretudo, pública (v.g., concessão de exploração do domínio público)¹⁵.

Por seu turno, MAYER tratava a autorização a propósito do poder de polícia, articulando-a com a proibição com reserva de permissão (*Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*)¹⁶. Esta lógica actuaria em dois momentos: no primeiro, de origem legal, o particular enfrenta um obstáculo ao exercício incontrolado da sua actividade; no segundo, de origem administrativa, o particular vê suprimido esse obstáculo, levantando-se a proibição no caso concreto através da autorização¹⁷. Caso a Administração conceda a autorização, “a proibição geral fica sem efeito para aquele caso; a liberdade restabelece-se como se não tivesse existido qualquer proibição”¹⁸. Parece depreender-se, deste passo, a adesão de MAYER à tese da autorização como acto que opera uma mera remoção de limites ao exercício de um direito preexistente.

Ambos os Autores citados caracterizam a autorização como um instrumento preventivo, mediante o qual a Administração se certifica de que a actividade do particular não causará nenhuma perturbação para o equilíbrio social auto-gerido, indo por isso de encontro à lógica de satisfação do interesse público com o mínimo de intervenção. Ora, tal imposição causa algum desconforto — perplexidade mesmo

¹³ O. RANELLETTI, *Concetto...*, *cit.*, pp. 18 segs.

¹⁴ “Lo Stato quindi, nella sua funzione di tutela del diritto, dell’essere e delle forze collettive e singole contro le cause perturbatrici, impone una serie di limitazioni al libero esercizio delle facoltà individuali, limitazioni che variano nel tempo e nello spazio, perchè sono strettamente relative alla speciale organizzazione di ogni Stato” — O. RANELLETTI, *Concetto...*, *cit.*, p. 20.

¹⁵ Para uma análise detida da tese de RANELLETTI, vejam-se PAOLO DELL’ANNO, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Pádua, 1989, pp. 47 a 63; F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Nápoles, 1996, pp. 73 segs [o Autor defende a “actualidade” das posições de RANELLETTI, a págs. 98 segs (nomeadamente, a preexistência de direitos como regra, mas parece-nos, salvo melhor opinião que, porque a sua análise assenta numa incorrecta interpretação do artigo 19 da Lei 241/1990 (cfr. págs. 240 segs) — disposição que não conduz à emissão de autorizações (cfr. *infra*, 3.2.) —, a sua apreciação não colhe].

¹⁶ Cfr. G. CORSO, *Autorizzazioni di polizia*, in *Dig. disc. pubblicistiche*, II, 4ª ed., Turim, 1987, pp. 76 segs, *passim*.

¹⁷ O. MAYER, *Derecho...*, *cit.*, pp. 61 segs.

¹⁸ O. MAYER, *Derecho...*, *cit.*, p. 65.

— quando a defrontamos no seu terreno. De uma banda, porque a articulação entre a proibição com reserva de permissão quadra bem com a natureza preventiva do instituto, mas não com a tese da preexistência do direito. Ou seja, a autorização, a identificar-se como instrumento preventivo de lesões a bens jurídico-públicos, revela-se antinómica relativamente às premissas liberais ao serviço das quais é colocada¹⁹. De outra banda, a afirmação da preexistência de uma situação jurídica favorável é dificilmente sustentável perante a constatação da sua perigosidade e mesmo ilicitude em face da ordem pública, gerando a necessidade de submeter o seu exercício a um controlo público prévio²⁰.

As contradições não ficam, todavia, por aqui. Aceitando que a autorização se traduz numa mera remoção de limites, despontam (pelo menos) dois problemas que RANELLETTI e MAYER afloram: por um lado, a questão da modelação das autorizações, isto é, a aposição de condições e modos no sentido de condicionar a sua utilização; por outro lado, o tema da revogação destes actos. Em ambos os casos, verifica-se uma óbvia dificuldade de articulação entre as soluções apresentadas e os pressupostos enunciados. Além disso, não se afigura simples conceber um direito que em nenhuma das suas faculdades pode ser exercido antes de emitida a autorização sem vislumbrar nesta um qualquer efeito constitutivo²¹.

Ao aceitar que a autorização pode ser condicionada, MAYER reconhece expressamente que “cláusulas semelhantes só são possíveis quando a autoridade dispõe de uma certa discricionariedade”²². Mas — e ainda que se subordine a inscrição de tais cláusulas à observância do fim e da natureza do acto — é indubitável que a devolução à Administração de poderes de conformação do exercício da posição jurídica deita tendencialmente por terra a tese do direito preexistente, na medida em que o direito que o titular pode exercitar, nos termos da autorização, resulta num conjunto de faculdades *atribuídas e não reconhecidas*.

No que toca ao poder de revogação da autorização, ele também não encaixa na tese da remoção de limites a um direito preexistente, em virtude de o momento de concessão da autorização ter esgotado a capacidade de intervenção administrativa relativamente àquela situação jurídica²³. O direito passaria de potencial a actual e com isso tornar-se-ia intocável, adquirido. A Administração não pode retirar aquilo que a lei concedeu — e a cuja concessão, em devido tempo, se não opôs. Porém, ambos os autores admitem a possibilidade de revogação das autorizações, em determinados casos²⁴.

¹⁹ Como nota F. GARRIDO FALLA (*Los medios...*, *cit.*, p. 25, nota 27), a técnica da autorização deveria repugnar ao Estado liberal, cuja ideologia tenderia para a adopção de um regime puramente repressivo. V. também R. MARTÍN MATEO, *Silencio positivo y actividad autorizante*, in *RAP*, nº 48, 1965, pp. 205 segs, 213.

²⁰ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni amministrative*, in *Dig. disc. pubblicistiche*, II, 4ª ed., Turim, 1987, pp. 58 segs, 64.

²¹ U. FORTI [*Autorizzazione (Diritto Amministrativo)*], in *EdD*, I, pp. 1580 segs, 1581], contraditoriamente, explica que o efeito constitutivo reside num *accertamento* de uma “situação jurídica nova”, após uma valoração concreta da oportunidade de emissão do acto autorizativo (!), que investe o particular na possibilidade de exercer um direito que sempre teve...

²² O. MAYER, *Derecho...*, *cit.*, p. 71.

²³ Chamando a atenção para este ponto, R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milão, 1974, pp. 192, 193, 198.

²⁴ O. MAYER, *Derecho...*, *cit.*, pp. 72 segs; O. RANELLETTI, *Facoltà...*, *cit.*, pp. 328 segs.

A tentativa de resolução deste problema reconduz-nos à questão da discricionariedade, da qual o Estado liberal, entregando-se ao império da lei, forçosamente se esquivava. Consciente da necessidade de valorização da função administrativa num Estado que começava a intuir a sua vertente expansionista, DONATI, logo em 1903, tentava remar contra a corrente liberalista que exsudava da teoria de RANELLETTI, acentuando a importância estratégica do poder executivo na apreciação da conveniência do exercício de certas actividades por privados em sede preventiva e, nessa lógica, apresentando a autorização como uma condição suspensiva (que impedia sobre um poder) que actuava como pressuposto de existência do acto autorizado (*l'autorizzazione costituisce il presupposto dell'atto (...) si presentano come remozioni di limiti, ma di limiti che ostacolano la capacità di esercitare un potere*)²⁵.

O Autor lançava, assim, um olhar muito crítico sobre a teoria da preexistência de direitos, pouco conciliável com a instituição de um modelo preventivo, no qual a Administração desempenhava um papel sobremaneira relevante – tão relevante que, na lógica de DONATI, a falta de autorização condenava à inexistência (e não à *mera* invalidade, que resultaria da filiação na teoria clássica) quaisquer actos, jurídicos e materiais, desenvolvidos pelo particular.

Os pressupostos liberais resistiriam, no entanto, ainda algumas décadas; daí que a crítica de DONATI tenha sido relegada para segundo plano. Mas ela alertava para a questão fulcral da compreensão dos sentidos e limites da função administrativa como crivo de compatibilidade de um crescente número de actividades privadas com um pressentidamente crescente número de interesses públicos – questão dilemática, no contexto tipicamente passivo da era liberal.

Tanto RANELLETTI como MAYER encontravam saída para esta aparente contradição – entre liberdade conformativa e preexistência de direitos – na categoria das “autorizações de polícia”, que envolviam a actuação privada em domínios intensamente públicos, tais como a saúde, a higiene, a segurança. O fundamento da revogação seria, primordialmente, um: a má utilização da autorização, a contrariedade entre o seu uso e a salvaguarda de interesses públicos. Ou seja, a reintervenção da Administração dar-se-ia em *ultima ratio*, excepcionalmente, para evitar a lesão do interesse público, a título de revogação-sanção – o que, de alguma forma, contornava a objecção da exaustão da competência administrativa *normal*. Todavia, a causa da reintervenção traduzia-se no reconhecimento de domínios de actuação estadual em que a Administração detém uma capacidade de composição de interesses própria, funcional, não estritamente vinculada.

É aqui, no domínio das licenças – actos permissivos através dos quais a Administração constitui o particular num direito relativo ao exercício de uma actividade absolutamente proibida – que verdadeiramente se aplica a filosofia da proibição com reserva de permissão: a actividade é, *a priori*, vedada em termos estritos, podendo a Administração, nos termos da lei, investir o particular na titularidade de uma posição jurídica que veicule o exercício daquela. As inelimináveis margens de livre apreciação e decisão administrativas – ainda que quantitativa e qualitativamente mínimas,

²⁵ D. DONATI, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Modena, 1903 (republicado nos *Scritti di Diritto Pubblico, I, Raccolti a cura delle Università di Modena e di Padova nel XX anniversario della morte dell'autore*, Pádua, 1966, pp. 387 segs), pp. 21 segs (pontos 6 e 7) e 52 segs (a citação é da pág. 82)

num Estado de atribuições limitadas como o liberal – tornavam estes actos excepcionais, é certo. O problema, como já se observou, residia em que a regra da intervenção administrativa como mera remoção de limites em virtude da preexistência de direitos não alinhava com o sistema preventivo de controlo traduzido na autorização.

Por outras palavras, a atribuição de direitos *ope legis*, reflexo dos fundamentos liberais do Estado, deveria resultar na adopção de um sistema, no máximo puramente repressivo, no mínimo de comunicação prévia do exercício dos direitos (preexistentes); não de um modelo de controlo preventivo. Partindo de uma lógica viciada, os Autores ainda complicaram mais o quadro pois, ao teorizar a figura da autorização, tomaram a parte – autorizações assentes em pressupostos estritamente vinculados – pelo todo (que, na época liberal, não sendo vasto, tinha a expressão necessária à salvaguarda dos dois pilares do Estado: a liberdade individual e a propriedade privada). A autorização, de acordo com estas premissas, surge como instrumento preventivo de posições de liberdade teoricamente irreprimíveis, quando, na verdade, ela operacionaliza um instrumento intermédio entre a proibição absoluta e a liberdade absoluta²⁶.

A assimilação entre *autorização* e *licença* transparece claramente, aliás, da lição de MARCELLO CAETANO. Na 1ª edição do *Manual de Direito Administrativo*, o Mestre de Lisboa refere que as duas noções não têm uma acepção técnica precisa, reconduzindo o tratamento das suas características à figura da licença policial, cuja concessão “visa a verificação, por parte das autoridades policiais, de que a actividade que o particular pretende exercer não vai contra as necessidades e as conveniências da ordem, segurança e saúde públicas”²⁷. É perceptível a influência da lição de MAYER no Autor português, quando retira qualquer carácter inovador à licença (“é um acto que nada inova na ordem jurídica”) – apesar de antes ter admitido que a sua concessão poderia ser obrigatória ou discricionária –, notando que a atribuição desta significa o “ressurgimento” da liberdade suprimida²⁸.

Apesar destas contradições teóricas, estas concepções tiveram intenso eco na

²⁶ F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milão, 1957, p. 23.

²⁷ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 1ª ed., Lisboa, 1934, p. 452. O Autor manteria a sua posição nas edições posteriores, com a diferença de desdobrar os fins (primacialmente policiais) da licença/autorização – desdobramento inócuo, em nossa opinião, porque decorrente da *neutralização* do conceito de polícia (v. *supra*, Parte II, Cap. I, 3.1.) (cfr. a 9ª edição do *Manual...*, II, *cit.*, p. 1143).

Na jurisprudência, a precaridade das licenças policiais resulta cristalina das consultas do STA de 1916 (uma) e 1918 (duas), publicadas nas *Resoluções do STA* n.ºs 28 e 30, pp. 61 segs, e 66 e 361 segs, respectivamente. V. também, mais tarde, o Acórdão do STA de 19 de Fevereiro de 1960, *in Col. Ac. STA*, 1960, pp. 310 segs.

Em contrapartida, um exemplo de entendimento ambíguo da noção de licença pode ver-se no Acórdão do STA de 17 de Maio de 1957 (*in Col. Ac. STA*, 1957, pp. 307 segs, 308, 309), no qual, por um lado, se constata que “o artigo 419º do seu Código de Posturas Municipais [de Coimbra] declara precárias todas as licenças concedidas pelas câmaras”, conclui-se, por outro lado, que tal disposição é nula, “por contrariar as leis gerais da Nação (artigo 54º do Código Administrativo)”, na medida em que “uma vez concedidas, as licenças revestem a natureza de actos constitutivos de natureza não precária, que não podem ser discricionariamente revogadas pela câmara que as concedeu”...

²⁸ MARCELLO CAETANO, *Manual...*, 1ª ed., *cit.*, p. 454.

doutrina posterior²⁹, mesmo quando as próprias circunstâncias de facto começavam a transparecer a ideia de que a Administração se revelava, na sua dimensão *policial*, cada vez mais abrangente. Assim, em meados do século XX, FRANCHINI ratificava a tese de RANELLETTI, confirmando que a autorização serve para “atestar a admissibilidade de uma certa actividade – de si já lícita – apenas depois de constatar-se que ela resultará, no caso concreto, como inócua para um determinado interesse público”³⁰. Sublinhe-se, todavia, que o Autor já pressentia algumas dificuldades de acomodação da autorização à nova filosofia do pós-guerra, marcada pelo intenso intervencionismo público, quando, atentando no carácter duradouro de muitas autorizações e no vínculo que tal extensão temporal cria entre o titular e a Administração (*speciale rapporto di soggezione*)³¹, admitia que o direito pudesse ir sofrendo alterações nos modos do seu exercício, dependentes das sucessivas valorações a que são sujeitos os interesses públicos.

“A Administração Pública conforma o conflito autoridade-liberdade no sentido em que, ainda que autorizando o desenvolvimento de determinada actividade (aqui se traduzindo o efeito de «remoção de limites»), fá-lo «proporcionando», de momento a momento, a própria actividade de prevenção do perigo reflectido na *fattispecie* da norma”³². É bem nítido, neste passo, o desconforto crescente causado pela posição tradicional, não suficiente, todavia, para a afastar de forma decisiva. Ainda que FRANCHINI observe que, se o conceito de remoção de limites diz alguma coisa, não diz tudo³³...

Em Espanha, VILLAR PALASÍ considerava definitivamente consolidada a tese da autorização como condição de eficácia relativamente ao exercício de direitos preexistentes³⁴. E MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, mesmo admitindo a crescente complexidade interna de um conjunto de autorizações, que obriga a Administração a proceder a operações de valoração de interesses conflitantes (*autorizaciones con funciones*

²⁹ Uma síntese das principais impositões “descendentes” da tese de RANELLETTI pode ver-se em PAOLO DELL’ANNO, *Contributo...*, *cit.*, pp. 63 a 161.

³⁰ F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni...*, *cit.*, p. 28 (também pp. 36 segs).

³¹ Cfr. F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni...*, *cit.*, pp. 74 segs.

³² F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni...*, *cit.*, p. 43 (o Autor explora mais adiante esta asserção, descrevendo as possibilidades de modulação do conteúdo do acto através de cláusulas acessórias, relativamente às quais admite mesmo existir uma “presunção positiva de admissibilidade”).

³³ F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni...*, *cit.*, p. 42.

³⁴ J. L. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el derecho Administrativo*, in *RAP*, nº 3, 1950, pp. 53 segs, 106. Uma crítica à posição deste Autor pode ver-se em T. R. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, *Inscripciones y autorizaciones industriales*, in *RAP*, nº 53, 1967, pp. 421 segs, 426, 427.

Curiosamente, no plano das relações inter-orgânicas, VILLAR PALASÍ inverte a natureza da autorização, considerando-a um acto preventivo, ou seja, uma condição de validade do exercício da competência da entidade tutelada. É a mesma lógica que subjaz ao raciocínio de D. FREITAS DO AMARAL, quando apresenta a autorização, enquanto acto administrativo, como condição de eficácia e, enquanto acto endoprocedimental entre entidades tutelar e tutelada, como condição de validade do exercício da competência da última – *Curso de Direito Administrativo*, II, Coimbra, 2001, pp. 256, 257, e *Curso...*, I, *cit.*, pp. 703, 704.

operativas)³⁵, continuava a professar a tese da titularidade de direitos prévia à intervenção administrativa (por confronto com a concessão)³⁶.

Contemporaneamente a estes autores, SANDULLI desdobrava a tese de RANELLETTI em atenção à emergência de fenómenos de complexização dos procedimentos decisórios, *maxime* por força da introdução de considerações de ordem técnica na avaliação dos pressupostos de facto³⁷. Mantendo a posição de partida – direito subjectivo em potencial expansão³⁸ –, SANDULLI reconhecia que a variedade de procedimentos autorizativos era tal que a construção de uma teoria unitária da autorização redundava na adopção de um conceito de âmbito geral, descaracterizado pela existência de inúmeras particularidades³⁹. Simultaneamente, abria a porta à introdução de um acto intermédio entre a autorização e a licença: a *abilitazione* (habilitação).

Com esta tríade, SANDULLI conseguia cobrir um vasto universo de actos permisivos (*provvedimenti che condizionano diverso la possibilità giuridica di particolari azioni umane, incidendo quindi nella sfera delle libertà individuali*), que traduziam, desde um mero poder de remoção de limites em estreita vinculação legal (autorização), passando por uma certificação, *rigorosamente vincolata*, de características técnicas do sujeito ou da actividade (habilitação), até uma consideração discricionária das condições de oportunidade de criação de um direito na esfera jurídica do sujeito (licença). O Autor distinguia ainda a licença da concessão (figuras que apresentariam grande afinidade), explicando que “diferentemente da autorização, a licença abre ao destinatário um sector de actividade à partida estranho ao campo do próprio património jurídico (e aqui avizinha-se da concessão). Diferentemente da concessão, a licença não confere ao particular algo que se insere nos poderes de disposição da Administração; pelo contrário, limita-se (e aqui aproxima-se da autorização) a consentir a possibilidade de expandir a própria esfera de actuação num certo domínio que lhe é *aberto* pelo ordenamento, mas (e aqui se afasta da autorização) que lhe não é *reconhecido* como inerente ao seu património jurídico”⁴⁰.

A final, todavia, SANDULLI admitia que pudessem coincidir aspectos técnicos num procedimento relativo à emissão de uma “autorização” – concluía então que o procedimento revestiria natureza autorizativa. E que a adopção de uma licença poderia ter na sua base avaliações técnicas (v.g., licença de exploração de empresas de vigilância), o que lhe não alteraria a natureza, mas tão-pouco significaria que a discricionariedade relativa ao *an* permitisse prescindir de uma apreciação vinculada

³⁵ Nas quais, segundo o Autor, “la Administración aporta directamente la actuación concreta de un programa o de una directriz por ella previamente establecida” – S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias*, in *RAP*, nº 24, 1957, pp. 117 segs, 153. A “força acomodatícia” da lógica estabelecida é tal que o Autor produz, na sequência, uma afirmação (aparentemente) ainda mais paradoxal, escrevendo que “no hay duda que, mediante propias y verdaderas autorizaciones, puede la Administración llevar a cabo su función reestructuradora. Nada más lejos del clásico y viejo concepto de la policía administrativa...”.

³⁶ S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Acción administrativa...*, *cit.*, pp. 149 segs.

³⁷ A. SANDULLI, *Abilitazioni. Autorizzazioni. Licenze* (1957), in A. SANDULLI, *Scritti giuridici*, III, Nápoles, 1990, pp. 233 segs.

³⁸ A. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *RTDP*, 1957/4, pp. 784 segs, 791.

³⁹ A. SANDULLI, *Notazioni...*, *cit.*, p. 796.

⁴⁰ A. SANDULLI, *Abilitazioni...*, *cit.*, p. 243.

dos aspectos técnicos⁴¹. Enfim, o Autor terminava o seu estudo afirmando a incompatibilidade da figura do direito subjectivo com a discricionariedade administrativa e, conseqüentemente, com a licença — mas não com as autorizações e habilitações —, remetendo o método de qualificação das posições jurídicas individuais para a norma constitucional⁴².

A exposição de SANDULLI pode bem ser vista como um exemplo do “canto do cisne” do consenso em torno da autorização como instrumento de remoção de limites a direitos preexistentes. A consolidação do Estado Social, primeiro, e a emergência do fenómeno do risco como condicionante da decisão administrativa depois, recomendam o afastamento desta teoria.

2. A refundação do conceito de autorização

“Poucas fórmulas tiveram tamanha fortuna na doutrina administrativista como aquela que durante cerca de oitenta anos definiu a autorização como acto de remoção de limites ao exercício de um direito subjectivo”, escreve ORSI BATTAGLINI⁴³. Após anos de sucesso, na década de 1960, os pressupostos da teoria de RANELLETTI e MAYER foram irreversivelmente atacados por um “processo de erosão” progressiva⁴⁴. A intervenção do Estado na economia, por um lado (*i.*); o avolumar da relativização dos limites de certos direitos (*v.g.*, propriedade; iniciativa económica), por outro lado (*ii.*); e ainda o crescente ascendente da função administrativa em face da incapacidade de *acompanhar o passo* da evolução sócio-económica por parte de um legislador claramente ultrapassado pela vertigem dos acontecimentos (*iii.*), levaram a doutrina a questionar-se sobre a figura da autorização, diagnosticando uma crise da noção (*iv.*)⁴⁵.

i.) A necessidade de garantir que o desenvolvimento de determinadas actividades fosse de encontro às exigências do interesse público — nas quais se inseriam, quer a protecção do consumidor, quer a salvaguarda de bens específicos como a saúde pública, quer a promoção do desenvolvimento económico equilibrado em geral⁴⁶ — levou o Estado a estabelecer limites àquelas, desde condições relativas à implantação geográfica e ao aproveitamento de bens escassos (contingentação ou *numerus*

⁴¹ A. SANDULLI, *Abilitazioni...*, *cit.*, p. 245.

⁴² A. SANDULLI, *Abilitazioni...*, *cit.*, p. 245.

⁴³ A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni...*, *cit.*, p. 59 (a Autora procede a uma revisão dos principais momentos evolutivos da teoria da autorização, apresentando uma síntese reconstrutiva de grande interesse).

⁴⁴ Cfr. F. FRACCHIA, *Autorizzazione...*, *cit.*, p. 111; A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni...*, *cit.*, pp. 60 segs.

⁴⁵ Já SANDULLI pressentia a crise da noção, por força da *deriva nominalista* que se fazia sentir no plano legislativo — *Notazioni...*, *cit.*, p. 784. No mesmo sentido, M. CHITI, *Licenze commerciali e libertà di iniziativa economica*, in *FA*, III, 1970, pp. 870 segs, 877; R. VILLATA, *Autorizzazioni...*, *cit.*, p. 7; F. FRACCHIA, *Autorizzazione...*, *cit.*, pp. 3 e 176 segs.

⁴⁶ Cfr. M. CHITI, *Licenze...*, *cit.*, pp. 879 segs.

clausus)⁴⁷, à fixação de preços máximos e mínimos de venda de produtos, à imposição de métodos de funcionamento⁴⁸. Tal “poder modelador” do conteúdo da autorização levou alguma doutrina a interrogar-se sobre a sua absorção pela figura da concessão (v. *infra*, *iv.*), na medida em que aí, por força da submissão a objectivos de interesse comum, no contexto da teoria do serviço público, a Administração gozaria de vastos poderes conformadores⁴⁹. É que, em vez de uma figura actualizadora de um interesse privado, a autorização revela-se agora como técnica ao serviço do intervencionismo público⁵⁰.

A autorização desponta como forma de aliciar os particulares para a realização de fins públicos, em virtude da permeabilidade que as actividades antes entendidas como puramente privadas revelam agora aos interesses tutelados pelo Estado. Como antecipava FRANCHINI, o conceito de perigo distende-se, levando a que uma actividade seja qualificada, no plano económico, como perigosa, não apenas quando resulte lesiva para a saúde ou para a ordem pública, como também quando possa vir a afectar a regularidade da produção ou a liberdade das trocas comerciais. Além destas situações, acrescenta o Autor, o perigo pode revelar-se, em geral, numa qualquer actividade privada que o Estado repute útil, quando não mesmo necessária, para o interesse público, devendo então submetê-la a uma especial disciplina de controlo⁵¹.

⁴⁷ Sobre os efeitos da fixação de *numerus clausus* no domínio industrial como forma de salvaguardar níveis de concorrência aceitáveis e promover um desenvolvimento industrial equilibrado, T. R. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, *Inscripciones...*, *cit.*, p. 438.

Aludindo a critérios de contingentação territorial, v. o Acórdão do STA de 18 de Junho de 1954, *in Col. Ac. STA*, 1954, pp. 230 segs.

⁴⁸ Em Portugal, estes limites tornaram-se comuns no contexto do condicionamento industrial, que despontou no ano de 1931, fruto da necessidade de conter iniciativas económicas “levianas”. Com a Lei 1.956, de 17 de Maio de 1937, “o condicionamento industrial deixou de ser considerado um expediente transitório, destinado a ocorrer a dificuldades económicas conjunturais, para ser aceite como uma intervenção normal de polícia económica” (AUGUSTO DE ATAÍDE e JOÃO PADRÃO, *Condicionamento industrial*, *in DJAP*, II, Lisboa, 1990, pp. 563 segs, 564), extensão que viria a ser progressivamente reduzida, culminando na Lei 2.052, de 11 de Março de 1952, e no DL 39.634, de 5 de Maio de 1954. Este último diploma, que concedia ao Ministro da Economia amplos poderes de conformação da autorização de implantação industrial, visava “impedir a sobreprodução ruínosa, o desemprego maciço, a criação de empresas supérfluas ou de estabelecimentos ineficientes”, através do sacrifício da liberdade económica — J. J. TEIXEIRA RIBEIRO, *Problemas jurídicos do condicionamento*, *in RLJ*, nºs 3010 e 3011, 1953, pp. 193 segs e 209 segs.

A margem de livre apreciação motivava a abstenção dos tribunais administrativos quando solicitados para avaliar da conveniência do deferimento ou indeferimento (salvo desvio de poder), bem como da validade das cláusulas modais apostas às autorizações, no sentido de tornar o desenvolvimento da actividade conforme aos objectivos da política económica do Governo — cfr. os Acórdãos do STA de 11 de Julho de 1958 (*Col. Ac. STA*, 1958, pp. 673 segs; de 9 de Janeiro de 1959 (*Col. Ac. STA*, 1959, pp. 10 segs); de 3 de Março de 1961 (*Col. Ac. STA*, 1961, pp. 209 segs); de 18 de Maio de 1962 (*Col. Ac. STA*, 1962, pp. 316 segs).

⁴⁹ Cfr. J. L. MEILÁN GIL, *Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión*, *in RAP*, nº 71, 1973, pp. 59 segs, 81 segs. Cfr. também as considerações de P. LIVET, *L’authorisation administrative préalable et les libertés publiques*, Paris, 1974, pp. 184 segs (sobre a hipotética contratualização da autorização condicionada, em geral).

⁵⁰ J. L. MEILÁN GIL, *Sobre la determinación...*, *cit.*, pp. 84 segs; P. LIVET, *L’authorisation...*, *cit.*, pp. 48 segs.

⁵¹ F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni...*, *cit.*, p. 89. Em sentido idêntico, G. SACCHI MORSIANI, *Autorizzazioni in funzioni di controllo*, *in RaDP*, 1961, pp. 50 segs, 60.

De concretização fugaz de um poder de remoção de limites — da qual, em contrapartida, emerge uma posição jurídica de duração tendencialmente eterna (pelo menos sempre que a autorização fosse outorgada *ob rem*⁵²) —, a autorização desvela a sua vocação de regulação duradoura, materializando poderes de fiscalização administrativa dos termos de exercício da actividade, que podem introduzir mutações sensíveis relativamente ao equilíbrio regulador inicialmente determinado. A introdução de cláusulas acessórias, tais como modos e condições, aproximam a autorização da relação concessional, acentuando a dimensão daquela como instrumento de colaboração entre a Administração e os particulares na prossecução de interesses privados com incidência pública, ou mesmo de interesses de natureza mista.

ii.) O reforço do papel da Administração no domínio da regulação das actividades económicas tem o seu contraponto na matização de direitos como a iniciativa económica privada e a propriedade⁵³. O intensificar dos níveis de discricionariedade administrativa na modulação das situações jurídicas individuais, com incidência económica, primeiro; urbanística, ambiental, cultural, depois — e hoje, sobretudo por força do combate ao terrorismo, na segurança colectiva —, tinha forçosamente que passar por um enfraquecimento da força reactiva de tais liberdades⁵⁴, que deixavam de ser concebidas como preexistentes, sendo degradadas, por força do influxo da ponderação administrativa, a meros interesses legítimos⁵⁵ ou a poderes de facto⁵⁶.

A convulsão interna que tal entendimento provoca na figura da autorização leva forçosamente, ou ao seu desaparecimento, ou à sua refundação (num vasto conjunto de situações) como acto verdadeiramente constitutivo de direitos. Como realça FRANCHINI, “o reconhecimento, absoluto ou parcial, ou o desconhecimento de um direito ou mesmo a admissão da licitude do seu exercício no quadro de uma actuação privada estão estreitamente conexos com o grau de interesse, positivo ou negativo, que o Estado revela relativamente a isso. Assim, trata-se de um problema em tudo contingente e relativo, na medida em que estreitamente dependente da determinação dos fins públicos, mutáveis, enunciados em grande parte, em número e intensidade, de acordo com o momento histórico, as necessidades naturais, as exigências políticas do Estado que os prossegue”⁵⁷.

A “expropriação” de faculdades ou, talvez melhor, de certas formas de exercício de faculdades contidas em direitos de raiz liberal, corresponde a um processo de publicização de certas tarefas, muitas delas novas, umas resultantes de um processo

⁵² Cfr. G. CORSO, *Autorizzazioni...*, *cit.*, pp. 77, 78.

⁵³ Reflectindo sobre as consequências da antinomia entre intervencionismo e liberdades de comércio e indústria, M. GUIBAL, *La justification des atteintes a la liberté du commerce et de l'industrie*, in *AJDA*, 1972/7, pp. 330 segs, *passim*.

⁵⁴ M. CHITI (*Licenze...*, *cit.*, p. 885) refere, em sede de direito de propriedade mas como conclusão extensível à iniciativa económica, que “il carattere di fundamentalità ed immutabilità” que era, na teoria liberal, associado a tais direitos, “ha subito un processo di delimitazione qualitativa e quantitativa, manifestantesi nella possibilità di interventi ablatori e, soprattutto nel riconoscimento, effettuato nel secondo comma dell'art. 42 cost. della funzione sociale della proprietà, che si atpeggia sia come elemento normativo sia come limite interno del diritto di proprietà con valore immediatamente negativo”.

⁵⁵ M. CHITI, *Licenze...*, *cit.*, pp. 876 segs.

⁵⁶ M. S. GIANNINI, *Diritto...*, *cit.*, p. 614; PAOLO DELL'ANNO, *Contributo...*, *cit.*, pp. 197 segs.

⁵⁷ F. FRANCHINI, *Le autorizzazioni...*, *cit.*, p. 19.

de liberalização, outras emergentes da consciencialização dos governantes para a necessidade de tutela de bens jurídicos até aí ignorados ou subavaliados. De uma banda, portanto, assim se compreende que actividades como, por exemplo, a exploração de redes de telecomunicações de serviços móveis, por força da escassez de frequências radioeléctricas (e da onerosidade, económica e ambiental, que o seu aumento importaria), deixem de depender exclusivamente da iniciativa dos particulares⁵⁸. De outra banda, a pressão urbanística crescente obriga à adopção de instrumentos de planeamento territorial os quais, apoiados na ideia de “função social”⁵⁹, esvaziam progressivamente o direito de propriedade de uma das suas faculdades clássicas: o *ius aedificandi*.

Se, num primeiro momento, a tendência – desde logo, dos textos constitucionais – é para aceitar restrições do conteúdo dos direitos em homenagem à salvaguarda de interesses colectivos, numa segunda fase, a valorização dos bens jurídicos conduz mesmo à imposição de obrigações positivas – *maxime*, deveres fundamentais –, arregimentando os particulares para a colaboração com as entidades públicas sempre que, com a sua actividade, social ou económica, possam atravessar-se na realização de tarefas públicas⁶⁰. Ou seja, a compressão dos “direitos”, tal como eram tradicionalmente entendidos no período liberal, é uma necessidade, primeiro prática e depois jurídica (como forma de legitimação) do Estado Social, correlacionando-se as técnicas restritivas com os graus de intensidade de protecção dos bens jurídicos subjacentes ao exercício de poderes de facto privados⁶¹.

⁵⁸ Corroborando esta afirmação, PEDRO GONÇALVES, *A concessão de serviços públicos*, Coimbra, 1999, p. 77, nota 83, ao afirmar que para tais serviços “não poderá falar-se, pelo menos nos termos que valem para os serviços fixos [nos quais “a Administração não dispõe de discricionariedade, já que a lei define objectiva e claramente os requisitos necessários para descondicionar o exercício do direito”], de liberdade de empresa ou de direito de iniciativa económica privada, enquanto *direito subjectivo* à exploração comercial de serviços de telecomunicações (...) A pretensão de explorar serviços dessa natureza não fica dependente de factores exclusivamente *subjectivos*, cuja verificação dependa só do interessado”.

⁵⁹ A “função social” da propriedade desponta com a Constituição de Weimar (1919), pioneira da transição do Estado liberal para o Estado Social. Foi sobretudo no pós-guerra que as situações de extrema carência das populações impulsionaram a concretização da lógica intervencionista, a qual acarreta uma revisão do sacrosanto princípio da inviolabilidade da propriedade privada (cfr. o artigo 7º da Constituição portuguesa de 1822). Para maiores desenvolvimentos, F. ALVES CORREIA, *O plano urbanístico...*, *cit.*, pp. 320 segs; sobre a alternância entre as vertentes privatista e publicista do direito de propriedade, JOÃO CAUPERS, *Estado de Direito, ordenamento do território e direito de propriedade*, in *RJUA*, nº 3, 1995, pp. 87 segs, *passim*.

⁶⁰ Acentuando a vertente crescentemente positiva das autorizações, que se expressa através da imposição de deveres (modais) aos particulares pela Administração, E. GARCÍA DE ENTERRÍA e T.-RAMÓN FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4ª ed., Madrid, 1993, pp. 138 e 140 (referindo-se às autorizações “operativas”).

⁶¹ Conforme evidencia F. SANTONASTASO (*Libertà...*, *cit.*, pp. 251, 252), “questo non significa tendere ad una funzionalizzazione del diritto d’iniziativa economica privata per la realizzazione, tramite l’imposizione della legge, di fine sociali (art. 41 Cost. comma 3), bensì a fissare invece questo obiettivo, considerato dal punto di vista dell’operatore privato, quale «punto di riferimento» per l’esercizio della sua attività economica, senza imposizione alcuna di finalità o interessi estranei, di per sé, all’attività stessa”.

iii.) A perda de ascendente da Lei em face da desmultiplicação das tarefas estaduais, que confere à Administração o protagonismo; a revisão do princípio da reserva de lei perante uma “Administração constitutiva”⁶², cuja actuação assenta em bases normativas crescentemente abertas, finalisticamente determinadas; a flexibilização das formas de actuação administrativa, do ponto de vista interno (modulação dos efeitos típicos do acto) e externo (adopção de vias informais de relacionamento com os particulares); a vocação duradoura da autorização, que cria uma relação pós-conformação da situação jurídica, a qual reclama fiscalização e adaptação a novas circunstâncias; enfim, a tendência para acentuar a colaboração entre a Administração e os particulares, nomeadamente no âmbito de projectos complexos, de grandes dimensões, e de relevante interesse público; todos estes factores provocaram convulsões internas no conceito de autorização, que surge agora como resultado de um *iter* ponderativo e não de uma mera operação de certificação dos pressupostos legais face à pretensão de reconhecimento de um direito latente.

A travessia do século XX não foi meiga para a autorização, revelando o paradoxo incontornável que o tratamento dogmático pela doutrina do período liberal promoveu. De técnica de remoção de limites, a autorização reinventa-se, em homenagem aos fins que a comandam — de prevenção de perigos, ainda que estes surjam com um espectro cada vez mais amplo —, mas corre o risco de se descaracterizar, atenta a pluralidade de domínios em que aparece, numa deriva legislativa que acentua a confusão. A autorização desdobra-se em atenção ao critério da densidade da norma habilitante, ou seja, consoante a norma (constitucional; comunitária; legal; regulamentar) atribua mais ou menos margem de livre decisão — que varia, por seu turno, na proporção da quantidade e qualidade de interesses em jogo — ao órgão competente para a emitir⁶³.

Na verdade, a autorização, enquanto acto que traduz uma técnica de conformação administrativa de situações jurídicas externas, articulando o interesse privado no exercício de determinados poderes de facto e os interesses públicos envolvidos na actuação desses poderes, ganha contornos diferenciados consoante a natureza dos bens jurídicos subjacentes à sua concessão. O mesmo é dizer que, relativamente a bens jurídicos pessoais, o grau de interferência com o interesse público será tendencialmente menor do que em face de bens jurídicos patrimoniais⁶⁴. Em contrapartida, maior será se pensarmos que os poderes de facto cujo exercício está em causa podem envolver, mais do que tangentes com o interesse colectivo (v.g., função social da propriedade), verdadeiras tarefas de colaboração na realização deste (i. é., deveres fundamentais de protecção do ambiente; do património cultural).

A identificação do tipo de interesses encontrar-se-á, naturalmente, a partir da Constituição e da forma como o *Tatbestand* da norma de direitos fundamentais se revela — concretamente, se admite restrições e em que medida. O acto autorizativo

⁶² ROGÉRIO SOARES, *Interesse público...*, cit., p. 81; *idem*, *Princípio da legalidade...*, cit., *passim*.

⁶³ Assim ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni...*, cit., *max.* 73, 74, distingue entre autorizações discionárias-constitutivas e vinculadas-recognitivas, consoante o grau (máximo ou mínimo) de discricionariedade que revista a norma habilitante.

⁶⁴ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.-RAMÓN FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, *Curso...*, II, cit., p. 137, afirmando que “los derechos fundamentales de libertad protegidos por el amparo constitucional (...) por naturaleza repelen el empleo de la técnica autorizatoria”.

será sempre um espelho concreto da composição de interesses que a lei (ou regulamento/plano), em abstracto e de forma mais ou menos precisa, enuncia, na sequência dos *indirizzos* constitucionais ou nos limites destes (não esquecendo a eventual e cumulativa concorrência de normas comunitárias). No capítulo dos direitos, liberdades e garantias, *maxime* quanto aos direitos pessoais, a vinculação tenderá a ser a nota predominante, em função da estreita relação entre estas posições jurídicas e a ideia de dignidade da pessoa humana — a autorização, a existir, terá uma natureza *declarativa*⁶⁵.

Já no capítulo dos direitos económicos, sociais e culturais, *maxime* quanto aos direitos económicos, em razão das interinfluências com as opções político-económicas do Estado e com a eventual utilização instrumental de bens escassos, as autorizações terão natureza *constitutiva*. E tê-la-ão certamente quando, a partir de um poder de facto de natureza privada, se pretender desenvolver uma actividade que afecta bens jurídicos de tal forma valorados que a sua tutela se materializa, quer em tarefas estaduais, quer em deveres fundamentais a cargo dos particulares.

iv.) A imprecisão do discurso legislativo, por um lado, e as oscilações doutrinárias em torno do conceito de autorização, por outro lado, não admitem grande surpresa perante o diagnóstico de “crise” da noção. De facto, as contradições assinaladas em 1. antecipavam a ruptura com o entendimento tradicional. Se não, vejamos: a autorização como acto de remoção de limites ao exercício de direitos preexistentes esteve, desde o início, em contradição flagrante com o seu objectivo: a prevenção — primeira incoerência. Depois, se a remoção de limites teria forçosamente que passar pelo crivo da decisão administrativa, mais ou menos discricionária, então tornava-se difícil sustentar o carácter declarativo da autorização — segunda incoerência. Era imperativo escolher um caminho que prescindisse de tal fórmula explicativa⁶⁶.

Enfim, quando se neutralizou a noção de polícia, em virtude da extensão das áreas de intervenção do Estado Social, a autorização passou a ser um instrumento generalizado de controlo dinâmico de actuações privadas, promovendo a satisfação também de interesses públicos e fiscalizando o cumprimento desse objectivo reflexo, revolucionando-se internamente o seu conteúdo em resultado dos acrescidos poderes conformadores da Administração. A Administração “constitutiva” teve na autorização — paradoxalmente —, como a sua antecessora, um dos mecanismos de concretização.

A *volatilidade* do conceito de autorização revela a sua ambiguidade, fruto das incoerências que lhe estão na base. Na verdade, se, por força do influxo de competências discricionárias da Administração que visam compor, com adequação e equilíbrio, o feixe de interesses confluentes numa situação em que um particular deseja desenvolver uma actividade que intersecta com interesses que a Constituição ou a lei entregam nas mãos das entidades públicas, o acto permissivo passa a revestir uma *inegável faceta criativa*, constitutiva, então das duas uma: ou se refunda a autoriza-

⁶⁵ Nestes casos, há como que uma revivescência da teoria raneletiana, como sublinha PAOLO DELL’ANNO — *Contributo...*, *cit.*, p. 243 —, na medida em que a lei (ou o plano — que surge, então, como o instrumento constitutivo do direito, como frisa A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni...*, *cit.*, pp. 72, 73) fixa estritamente os pressupostos de facto da intervenção habilitante.

⁶⁶ R. VILLATA, *Autorizzazioni...*, *cit.*, p. 61.

ção; ou se aniquila esta figura, preferindo a da licença – que desde sempre foi vista como removendo proibições absolutas, normalmente de natureza penal e, por isso, de carácter constitutivo.

Uma tentativa de reconstrução que merece ser destacada é a de GIANNINI⁶⁷. Começando por acentuar a vertente procedimental da autorização⁶⁸, o Autor atenta, em primeira linha, nas duas funções possíveis da autorização – de controlo e de programação –, nunca perdendo de vista o fim de prevenção geral a que a figura se destina. Integradas no primeiro grupo estão, tanto autorizações interorgânicas (relações de tutela integrativa *a priori*), como autorizações externas, conformativas de relações jurídicas administrativas. No segundo grupo, encontram-se actos autorizativos contextualizados em planos e programas, sobretudo de natureza económica mas também com incidência territorial⁶⁹.

São as limitações crescentes ao exercício da liberdade de iniciativa económica que motivam as reflexões de GIANNINI⁷⁰. A invasão da discricionariedade *degrada* direitos subjectivos em meros poderes de facto e, após proceder à ponderação de interesses, a Administração recria-os como direitos, sujeitos a condicionamentos mais ou menos intensos. “A autorização dá ao direito uma configuração específica ou, dito através de uma metáfora, plasma-o: torna-se um poder integrado na liberdade de iniciativa [diritto d’impresa] o qual, falha a concessão de autorização, é informe”⁷¹. Induzindo a partir desta hipótese, o Autor chega à individualização de uma estrutura lógica com três elementos: um poder de um privado; uma conotação jurídica do poder ínsita na norma; um procedimento que gere tal conotação jurídica⁷².

Tendo sempre subjacente a dimensão procedimental, GIANNINI propõe um quadro intelectual que permita ultrapassar a “promiscuidade” de conceitos no plano legislativo, a indiferenciação normativa entre autorizações, licenças, habilitações, dispensas. Circunscreve então todo um conjunto de situações permissivas à noção de autorização, gerando fundamentalmente três categorias de autorizações: constitutivas, permissivas e recognitivas⁷³. Todavia, se esta tríade tem a aparente virtualidade de convocar a unidade dogmática, revela, em contrapartida, a fraqueza de, na prática, constituir uma reedição do quadro proposto por SANDULLI⁷⁴.

⁶⁷ Para uma análise mais detida desta tese, cfr. PAOLO DELL’ANNO, *Contributo...*, *cit.*, pp. 127 segs.

⁶⁸ Na linha de GIANNINI, realçando a importância do procedimento para a dinâmica organizativa da função administrativa, como técnica de composição de interesses e como instrumento ao serviço da transparência administrativa, S. CASSESE, *Le basi del Diritto Amministrativo*, 3ª ed. (reimp.), Milão, 1996, pp. 297 segs, 300 segs. Manifestando-se no sentido da substituição da visão tradicional, *actocêntrica*, por uma leitura actualista da relação jurídica administrativa centrada no procedimento, V. PEREIRA DA SILVA, *Em busca...*, *cit.*, pp. 301 segs.

⁶⁹ M. S. GIANNINI, *Diritto...*, *cit.*, pp. 609 segs (615, 616).

⁷⁰ Extensamente sobre as relações entre autorização e liberdade de iniciativa económica, R. VILLATA, *Autorizzazioni...*, *cit.*, pp. 75 segs.

⁷¹ M. S. GIANNINI, *Diritto...*, *cit.*, p. 611.

⁷² M. S. GIANNINI, *Diritto...*, *cit.*, p. 611.

⁷³ M. S. GIANNINI, *Diritto...*, *cit.*, pp. 621 segs.

⁷⁴ Assim, as autorizações constitutivas seriam as licenças; as autorizações permissivas espelhariam as autorizações; e as autorizações recognitivas corresponderiam às habilitações.

Em nossa opinião, a tentativa de GIANNINI tem o mérito inequívoco de tentar construir um macro-conceito aglutinador, e de lhe conferir uma dinâmica que a rigidez, funcional e temporal, da lógica do direito preexistente, não admitia. A autorização incide sobre situações tendencialmente mutáveis – logo, é um percurso, não um momento –, visando submeter pretensões dos particulares a um crivo preventivo constante por parte da Administração, no intuito de conformar continuamente os poderes de facto que lhe estão subjacentes em atenção à realização dos interesses nos quais se filiam, salvaguardando e/ou promovendo simultaneamente a satisfação de necessidades públicas. Porém, o emérito Mestre italiano, ao enunciar a categoria das autorizações permissivas, não só cai numa redundância, como não se consegue desligar plenamente da pré-compreensão liberal dos direitos preexistentes⁷⁵.

A lição de GIANNINI teve eco em Portugal, pela pena de ROGÉRIO SOARES⁷⁶. A primeira referência a autorizações constitutivas na doutrina portuguesa pertence-lhe, opondo-se à opinião de FREITAS DO AMARAL, para quem as autorizações nunca podem ser constitutivas, uma vez que visam a remoção de limites a direitos preexistentes⁷⁷, deixando a dimensão criativa para as licenças. Certo é que nenhuma das teses parece isenta de críticas: ambos os Autores, de forma diferente, acabam por consentir na manutenção da teoria dos direitos preexistentes⁷⁸.

A jurisprudência aderiu à diferenciação entre autorizações, licenças e concessões com base nas premissas tradicionais. Assim, o STA obtemperou que:

- “(...) como se sabe da teoria geral do direito administrativo, tais actos [autorizações] limitam-se a permitir a alguém o exercício de um direito *que é seu*, ou de um poder legal que *lhe é reconhecido*, a intervenção da entidade pública só tem por objecto apreciar se existem circunstâncias de interesse público que possam tornar inconveniente o exercício desses direitos”⁷⁹;

- “A licença administrativa serve geralmente para permitir ao particular uma actividade ou situação em princípio proibida, como seja o «uso privativo» do domínio público, particularmente o «uso especial» para uma utilidade diversa daquela que ele se destina a dar ao público”⁸⁰;

- “(...) a autorização, concedida no âmbito do condicionamento industrial, se traduz no reconhecimento do direito ao exercício de uma actividade privada.

Estamos perante situação bem diversa da que corresponde, nomeadamente, a uma concessão de serviço público, com monopólio ou sem monopólio, mas de que resulta, por essência, da transferência do exercício de poderes públicos para a entidade concessionária”⁸¹.

⁷⁵ Coincidindo nesta análise crítica, A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni...*, cit., p. 63.

⁷⁶ ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo, Lições* (polic.), Coimbra, 1978, pp. 111 segs.

⁷⁷ D. FREITAS DO AMARAL, *Direito Administrativo*, III, polic., Lisboa, 1989, p. 129; *idem*, *Curso...*, II, cit., pp. 256, 257.

⁷⁸ Uma exposição crítica das teses destes Autores pode ver-se em A. DIAS GARCIA, *A autorização administrativa*, in *BMJ* 425 (1993), pp. 5 segs, 11 segs.

⁷⁹ Acórdão do STA de 18 de Março de 1971, in *ApDG* de 14 de Setembro de 1972, pp. 288 segs, 295, 296.

⁸⁰ Acórdão do STA de 16 de Janeiro de 1976, in *ApDG* de 28 de Setembro de 1977, pp. 87 segs, 93 (tratava-se de uma ocupação de via pública com estaleiros).

⁸¹ Acórdão do STA de 2 de Março de 1972, in *ApDG* de 24 de Setembro de 1973, pp. 211 segs, 216.

Ora, a questão reside em que, sempre que a lei investe a Administração no poder de controlar preventivamente o exercício de uma determinada liberdade pelo particular, emitindo um acto que disciplina os termos do exercício desse poder de facto (porque ainda não recoberto com o acto de controlo) numa lógica de ingerência proporcional à intensidade com que o interesse público se manifesta nesse contexto, o acto reveste uma *inegável dimensão constitutiva*: no mínimo, porque reconhece formalmente a existência do direito, atestando a sua natureza; no máximo, porque acomoda conformativamente meros interesses de facto, criando direitos e deveres na esfera jurídica do particular a partir da resolução da equação de interesses presente na norma habilitante. Na expressão de ORSI BATTAGLINI, “o título com base no qual a actividade (material ou jurídica) objecto de autorização pode ser lícita ou legitimamente exercida é uma situação jurídica distinta e autónoma, criada *ex novo* pelo acto, que não deriva, de todo, de qualquer outra situação preexistente, antes *acresce* ao património jurídico do destinatário, independentemente da sua consistência anterior”⁸².

De cada vez que o legislador estabelece uma intervenção administrativa prévia (presumindo-se a sua conformidade constitucional), está automaticamente a atribuir à Administração uma competência, predominantemente certificativa ou predominantemente constitutiva, mas sempre, de algum modo, (re)criativa dos pressupostos de facto e de direito da situação jurídica por si conformada, num jogo de interacção dialéctica com a realidade concreta na qual se pretende exercê-la. Como realça interrogativamente RIVERO, “pode dizer-se que uma liberdade cujo exercício se encontra sujeito à obtenção de autorização prévia existe como tal?”⁸³.

Como afirmámos há pouco, a opção entre autorização e licença não é o mais importante – ambas acabam por ser, no limite por reflexo, noções equívocas⁸⁴. Relevante é, por um lado, rejeitar a aliança entre direitos preexistentes e controlo preventivo pois, ou se está num contexto jusfundamental de liberdade, e o controlo prévio é dispensável; ou nos encontramos numa confluência de interesses que origina um contexto de proibição, e o controlo prévio é indispensável. Tendo em atenção as coordenadas constitucionais, cada sistema (ou a ausência dele) deve adequar (e adequar-se) os poderes de controlo administrativo aos pressupostos de facto da norma jusfundamental, não desvirtuando o seu núcleo essencial.

⁸² A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni...*, cit., p. 68 (leiam-se também as considerações a pp. 70, 71, sobre o efeito constitutivo como “rapporto di consequenzialità diretta e primaria tra un atto amministrativo”).

⁸³ J. RIVERO, Prefácio à obra de P. LIVET, *L'autorisation...*, cit., pp. 7 segs, 11.

⁸⁴ Aderimos, assim, à conclusão de A. DIAS GARCIA, *A autorização...*, cit., pp. 71, 72, de que “não há critério distintivo eficaz e que não há sequer interesse em distinguir” autorizações de licenças. O Autor, após analisar algumas posições doutrinárias e de as confrontar com a legislação vigente, desfecha a sua exposição afirmando que “não podendo ignorar-se os efeitos legais da sujeição de uma dada actividade a controlo prévio, se deve caracterizar a situação jurídica do particular através dos poderes legais que ele efectivamente detém e não através daquilo de que não pode dispor ou de que só potencialmente dispõe” (p. 70).

No mesmo sentido, i. é, descartando a questão formal da denominação, e acentuando a funcionalidade da autorização relativamente ao sistema de controlo preventivo, A. FORTES MARTÍN, *El régimen...*, cit., p. 67. O Autor afirma textualmente que a distinção entre autorizações e licenças resulta de um esquema de pensamento “artificial”, que deriva da concepção de partida do direito preexistente (p. 75). Veja-se ainda, revelando a mesma tendência, A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni...*, cit., p. 76.

Por exemplo, tendo em mente algumas disposições da Lei Fundamental, pode afirmar-se que o cidadão é totalmente livre de expressar uma qualquer opinião (artigo 37º da CRP) — *sistema repressivo*⁸⁵; pode ser-lhe imposta a obrigação de avisar previamente a Administração caso deseje promover uma manifestação, por razões de perturbação do tráfico e da tranquilidade pública (artigo 46º da CRP) — *sistema de comunicação prévia*, a que a lei, actualmente e no que toca ao direito mencionado, chama autorização; pode ver a sua liberdade de iniciativa privada condicionada, qualitativa e quantitativamente, por razões de política económica (artigos 61º/1 e 93º segs da CRP) — *sistema preventivo de primeiro grau*; ficará investido em deveres fundamentais de protecção de bens colectivos, em função do tipo de actividade e da intensidade com que esta contenda com aqueles (artigos 66º/1 e 78º/1 da CRP) — *sistema preventivo de segundo grau*.

A margem de livre decisão será tendencialmente nula relativamente às posições jussubjectivas abrangidas pelo primeiro sistema; mínima, no segundo; média a alta, no terceiro; e mista no quarto — mínima quanto à necessidade de concretizar a imposição constitucional, verificada a lesividade da actividade em face dos bens colectivos; máxima quanto à determinação do conteúdo concreto desses deveres, quando a ponderação se situar em quadros de incerteza e depender de juízos de prognose só parcialmente assentes em dados científicos objectivos. É que a dimensão do direito (de iniciativa económica; de liberdade de investigação) atenua-se fortemente em razão da intensidade dos deveres de antecipação do risco, quer para interesses individuais, quer para interesses colectivos. Como nota JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, “o direito de liberdade económica só existe com o limite *a priori* da *imunidade* e da *autonomia* dos outros cidadãos; as actividades acompanhadas de risco significativo para outrem não constituem objecto de um pretensão direito fundamental de pôr em risco os outros”⁸⁶.

Importante é, pois, identificar o *modelo de controlo* e aferir da sua *coerência* — não tanto o *nomen juris* da figura adoptada⁸⁷.

⁸⁵ Sobre o sistema anterior, de censura prévia, cfr. o Acórdão do STA de 15 de Novembro de 1973, in *ApDG* de 2 de Abril de 1975, pp. 1445 segs.

⁸⁶ JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *Sobre a natureza...*, cit., p. 69.

⁸⁷ Cfr. a exposição de PEDRO GONÇALVES (*A concessão...*, cit., pp. 75 segs), que assenta também na análise das *posições jurídicas de partida* dos particulares, distinguindo entre 1) direito subjectivo perfeito; 2) direito subjectivo de exercício dependente de comunicação prévia; 3) direito subjectivo de exercício condicionado; 4) interesse legalmente protegido; 5) dever (positivo ou negativo).

Acompanhamos o Autor nas primeiras três situações; afastamo-nos da sua exposição do quarto e quinto patamares, dado que, no que toca à figura do interesse legalmente protegido, substituímo-la pela de poder de facto, por força da larga margem de decisão conferida à Administração na conformação final da posição jussubjectiva (sendo favorável, é a ascensão de um poder de facto a direito subjectivo). Já no que tange ao problema do levantamento de uma proibição absoluta através da dispensa, ela acaba por se reconduzir ao sistema preventivo, de primeiro ou segundo grau, consoante o domínio onde a proibição se verifique — ou seja, parece-nos que não ganha autonomia relativamente à categoria de acto permissivo autorização/licença.

Esta nossa manifestação de indiferença relativamente à opção etimológica não é alheia à tomada de posição legislativa na matéria, nomeadamente num domínio em que tradicionalmente se terçavam armas em torno da ideia de direitos preexistentes: o licenciamento da construção. Depois da muito acesa discussão doutrinal e jurisprudencial sobre a questão da indissociabilidade entre direito de propriedade e *ius aedificandi*⁸⁸, a emergência do planeamento territorial – recobrindo hoje todo o território nacional – torna difícil sustentar a tese do reconhecimento do direito de uso do solo com fins edificatórios⁸⁹, transferindo para o plano a criação (ou supressão) de tal faculdade⁹⁰.

Ainda assim, o sistema que o legislador engendrou, no DL 555/99, de 16 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelo DL 177/2001, de 4 de Junho, assenta na distinção entre *autorização* e *licença*, consoante o pedido do particular se reporte a uma zona abrangida por normas de ordenamento urbanístico e a operações em imóveis não integrados em zonas de protecção de imóvel classificado, de servidão ou restrição de utilidade pública administrativa – artigo 4º/3 (e 28º segs); ou a uma zona não abrangida por normas de ordenamento urbanístico e/ou operações em imóveis integrados em zonas de protecção de imóvel classificado, de servidão ou restrição de utilidade pública administrativa – artigo 4º/2 (e 18º segs), respectivamente⁹¹.

⁸⁸ A polémica levantou-se a propósito da aprovação do DL 351/93, de 7 de Outubro, sobre a eficácia das licenças urbanísticas no confronto com a superveniência de planos que dispunham diferentemente quanto à utilização do solo por eles disciplinada. Para uma síntese da controvérsia, cfr. o Acórdão do Tribunal Constitucional 329/99 (*in DR-II*, de 20 de Julho de 1999, pp. 10576 segs, *max.* 10580 segs; no mesmo sentido, o Acórdão 517/99, *in DR-II*, de 11 de Novembro de 1999, pp. 17054 segs), onde o Tribunal, depois de passar em revista várias posições doutrinárias e de avaliar o contexto constitucional – artigo 62º da CRP –, toma posição no sentido da não inclusão do direito de edificação no direito de propriedade, reconhecendo embora aos particulares que vejam caducar as suas licenças o direito a uma indemnização, com base no princípio da tutela da confiança.

⁸⁹ Prenunciando esta evolução, cfr. o Acórdão do STA de 19 de Janeiro de 1962 (*Col. Ac. STA*, 1962, pp. 43 segs), onde se afirmou que “enquanto não houver aprovação governamental do plano de urbanização, a Câmara não pode, com base nesse plano, proibir ou suspender o direito de construção em determinado terreno” (donde se extrai que, após a aprovação do plano, este seria instrumento legal suficiente para proceder à limitação de faculdades contidas no direito de propriedade).

⁹⁰ Neste sentido, F. ALVES CORREIA, *O plano...*, *cit.*, pp. 378 e 376; CLÁUDIO MONTEIRO, *O embargo e a demolição de obras no Direito Administrativo*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, inédita, Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, p. 27; ANTÓNIO CORDEIRO, *A protecção de terceiros em face de decisões urbanísticas*, Coimbra, 1995, pp. 26 segs. JOÃO MIRANDA (*A dinâmica jurídica do planeamento territorial. A alteração, a revisão e a suspensão dos planos*, Coimbra, 2002, pp. 295 segs) destaca-se sensivelmente destas posições, na medida em que só considera ser o plano o instrumento atributivo do *ius aedificandi* quando se trate de planos com grande detalhe – planos de urbanização ou de pormenor; fora destes casos, o momento constitutivo da faculdade de edificar é o acto administrativo autorizativo.

Contra, propugnando a pertença do *ius aedificandi* ao núcleo essencial do direito de propriedade, D. FREITAS DO AMARAL, *Apreciação da Dissertação de Doutoramento do licenciado Fernando Alves Correia, O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, *in RFDUL*, 1992, pp. 91 segs, 99 a 101; *idem*, *Direito do Urbanismo. Sumários*, Lisboa, 1992, p. 109; JOÃO CAUPERS, *Estado de Direito...*, *cit.*, pp. 94, 98 e 112; J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Urbanismo e o direito de propriedade*, *in Direito do Urbanismo*, INA, 1989, pp. 319 segs, 325; J. REIS NOVAIS, *Ainda sobre o ius aedificandi (... mas agora como problema de direitos fundamentais)*, *in Direitos Fundamentais - Trunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006, pp. 117 segs.

⁹¹ O diploma isenta de autorização/licença determinadas obras – artigo 6º/1 do DL 555/99, de 16 de Dezembro.

Resta saber se não estaremos a falar de uma mesma figura, na medida em que o intuito da lei é estabelecer um regime preventivo, salvo para casos pontuais (mera comunicação prévia – artigos 6º/3 e 34º a 36º –, que corresponde ao sistema inverso: liberdade com reserva de proibição/condicionamento)⁹². Em nenhum dos casos é possível sustentar a tese da preexistência do direito de edificação; a fonte do seu condicionamento é que alterna, entre o plano e o acto autorizativo [e mesmo aqui, a margem de livre decisão não fica totalmente eliminada – cfr. o artigo 31º/2 e 3/a)]⁹³. Ou seja, o nível de conformação do direito deixa de ser a lei, para passar a ser um instrumento de natureza administrativa – o plano⁹⁴.

Ora, se a tese do direito preexistente desaparece, a licença deixa de ser confrontável com a autorização – na verdade, ela surgiria como figura única, pese o nível de margem de livre decisão deixado à Administração na composição de interesses poder ser mínimo, em situações de admissão de exercício de faculdades reconduzíveis a direitos pessoais – mas, conforme afirmámos *supra*, passa a ser sempre (salvo opção pelo sistema de comunicação prévia) um *momento constitutivo* gerado pela intervenção administrativa.

Um outro exemplo particularmente revelador da “indiferença nominalista” retira-se da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro (Lei da Água), que chama “licença prévia” (passe a redundância) ao acto conformador da utilização privativa de um recurso hídrico integrado no domínio público (artigo 60º), e “autorização prévia” (passe, novamente, a redundância) ao acto conformador da utilização privativa de recursos hídricos quando incida “sobre leitos, margens e águas particulares” (artigo 62º/1), fazendo assentar a distinção no tipo de propriedade que grava o bem. Dir-se-ia que a autonomia das figuras fica comprovada através da diferença de regimes, previstos nos artigos 66º e 67º, para as autorizações e para as licen-

⁹² Demonstrando que o legislador, sobretudo após as alterações introduzidas com o DL 177/2001, pôs em causa a distinção inicialmente concebida entre autorizações e licenças, estabelecendo no artigo 31º um padrão de idêntica densidade de controlo para ambos, F. PAULA OLIVEIRA e J. EDUARDO SIMÕES, **O novo regime jurídico do urbanismo e edificação**, in *CEDOUA*, 2001/2, pp. 35 segs, 39. Segundo os Autores, o sistema só distingue, na realidade, entre um procedimento de licenciamento normal e expedito (que prescinde da intervenção de entidades externas), nunca abrindo mão de uma competência de controlo mais ou menos discricionária no momento da emissão do acto autorizativo.

⁹³ Conforme nota M. LAMEIRAS MARQUES, verifica-se uma mera “deslocação do momento em que são definidos os direitos dos particulares (...) O momento constitutivo deslocou-se do acto para o regulamento e, portanto, deixa de estar sujeito a critérios específicos e concretos, para seguir critérios gerais e abstractos” – **Licenças e autorizações no novo regime da urbanização e edificação**, in *RAL*, nº 174, 1999, pp. 815 segs, p. 821.

⁹⁴ Na Alemanha, o carácter normativo de certas decisões de planeamento (v.g., *Planfeststellung*, verificações planificadas de localização de empreendimentos com impactos sociais, económicos, ambientais, relevantes) é confrontado com a sua natureza autorizativa, e a proximidade diagnosticada entre as figuras tem sido elucidativa desta nova forma de *planificação autorizativa* – cfr. R. WAHL, **Genehmigung und Planungsentscheidung**, in *DVBl*, 1982/1, pp. 51 segs, max. 57 segs; MARTA PORTOCARRERO, **Modelos de simplificação administrativa**, Porto, 2002, pp. 200 segs (a Autora refere o procedimento de verificação de projectos como um modelo de concentração, na medida em que a *captação* dos pressupostos das decisões autorizativas pelo instrumento de planificação reduz a discricionariedade administrativa – *rectius*, como explica WAHL, transforma-a qualitativamente –, imprimindo uma maior celeridade aos procedimentos autorizativos relativos a actividades a empreender na zona).

ças, respectivamente⁹⁵. Mas nem aquilo a que a lei chama “licença” o é, mais se assemelhando a uma concessão (porque incide sobre recursos integrados no domínio público, logo potencialmente afectos a um uso público e a uma destinação pública de utilidades), nem a figura da autorização se traduz na concretização de um sistema de conformação prévia do conteúdo da situação jurídica de aproveitamento de bens do domínio hídrico.

Por outras palavras, a “licença” dá corpo a uma intervenção conformativa da Administração, típica de um *sistema de proibição sob reserva de permissão*, antevendo o estabelecimento dos “limites” necessários à salvaguarda e equilíbrio dos interesses em presença, enquanto a “autorização” não é mais do que uma camuflagem para um *sistema de comunicação prévia, de liberdade sob reserva de proibição*, bem patente na formulação do n.º 1 do artigo 66.º, que considera o pedido deferido findo o prazo de dois meses que a Administração tem para “deduzir oposição” à pretensão (compreensível dado tratar-se de recursos integrados em terrenos de propriedade privada). A lei considera o direito de aproveitamento destes recursos sujeito, alternativamente, ou a um termo suspensivo (dois meses após a apresentação do pedido), ou a uma condição resolutiva (verificação de um pressuposto de indeferimento).

Esta comunicação prévia não nomeada distingue-se das situações a que alude o n.º 3, 2.ª parte, do artigo 62.º, apenas pelo facto de não existir aqui qualquer termo suspensivo que condicione o início da actividade de aproveitamento dos recursos hídricos – uma vez que ela se afigura conforme a instrumento de planeamento preexistente (incorporando este os critérios da ponderação decisória e suprimindo a necessidade de estabelecimento de qualquer condição resolutiva). Finalmente, o n.º 4, 1.ª parte, que regula a mera captação de água em terrenos particulares, imbrinca também no sistema de liberdade sob reserva de proibição, salvo se a captação exceder os 5 cv, caso em que tramitará segundo o modelo autorizativo, ou seja, nos termos do artigo 67.º⁹⁶.

⁹⁵ Sendo certo que a Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, remete para diploma complementar, a emitir pelo Governo no prazo de um mês (cfr. o artigo 102.º), o procedimento de atribuição de autorizações e licenças (cfr. os n.ºs 3 do artigo 66.º, e 5 do artigo 67.º), realçando-se a necessidade de estabelecer objectivamente os pressupostos de indeferimento dos pedidos de autorização, não é menos verdade que o artigo 67.º fixa um prazo máximo para a vigência da licença (10 anos) – n.º 2 –, admite a revisão da licença, nos termos do n.º 3, e prevê a necessidade de prestação de uma caução como forma de garantir o acatamento das condições da licença, no n.º 4, alínea b). Todavia, a aparente maior “estabilidade” da “autorização – na dimensão de resistência à alteração – face à licença esbate-se em face do disposto nos n.ºs 4, 5, 6 e 7 do artigo 69.º, equiparando os “títulos de utilização” no plano do regime de cessação de efeitos.

⁹⁶ Vejam-se ainda as alterações introduzidas ao regime da REN pelo DL 180/2006, de 6 de Setembro, no que toca à possibilidade de proceder a intervenções de vária ordem em terrenos integrados na Reserva, desde que “insusceptíveis de perturbar o equilíbrio ecológico” (artigo 4.º) e com as excepções constantes do artigo 6.º. Nos termos do novo artigo 4.ºA, existe agora uma dualidade de regimes, de autorização e comunicação prévia, consoante a intensidade das condicionantes ecológicas (cfr. os Anexos IV e V), devendo sublinhar-se que o legislador estabeleceu uma *ponte* entre os dois, atribuindo à CCDR competência para sujeitar uma comunicação prévia a um procedimento autorizativo (artigo 4.ºA/11). Pena é que se mantenha a solução do deferimento tácito, no n.º 8 da disposição citada, apesar de se aludir a poderes conformativos da CCDR no âmbito da ponderação de “condicionamentos de ordem ambiental e paisagística” (n.º 6)...

Perdoe-se-nos a insistência: mais do que distinguir bizantinamente entre autorização e licença⁹⁷, importante é distinguir entre sistemas — preventivo e repressivo. Em última análise, tudo se reconduz a saber se o Estado deve respeitar a liberdade dos cidadãos, ou se pode — e deve — introduzir limites a esta liberdade e em que medida. A Constituição será o referente de validade destas opções.

Por outro lado, a funcionalidade da autorização em ordem a objectivos de controlo preventivo — a sua autêntica e indiscutível característica identificadora⁹⁸ —, uma vez liberta das peias da preexistência do direito, revela uma vertente dinâmica, adequada à alternância de matizes dos interesses confluentes na decisão administrativa. Autorizar deixa de ser *blindar* uma posição jurídica, permitindo ao seu titular exercer as faculdades contidas no direito subjacente (e alegadamente preexistente) *ad eternum*, independentemente da mutação dos condicionalismos de interesse público que a sua função preventiva almeja salvaguardar, para passar a constituir um procedimento conformativo de interesses privados e públicos que convoca a colaboração dos particulares para a realização de objectivos com dimensão colectiva, com uma vocação duradoura e, por isso, susceptível de sofrer alterações de percurso. Mais do que revelar uma *soma* de poderes e faculdades inscritos num direito, o acto autorizativo representa uma *síntese* das potencialidades de exercício de uma situação jurídica no confronto constante com a aptidão para a realização dos interesses privados e públicos que a contextualizam⁹⁹.

Enveredando pela noção de autorização¹⁰⁰, parece-nos, assim, ser de relevar cinco pontos¹⁰¹:

- a) que a existência da figura da autorização depende, nos domínios em que se aplique, da opção estadual por um sistema de proibição com reserva de permissão;
- b) que a necessidade da figura da autorização variará consoante estejamos em domínios de tendencial proibição de conformação das situações jurídicas privadas pelas entidades públicas (*maxime*, em sede de direitos pessoais), devendo limitar-se a Administração a realizar meras operações de verificação declarativa das pretensões dos particulares — a intersecção com interesses públicos é mínima; ou de tendencial admissibilidade de conformação daquelas situações (*maxime*, em sede de direitos económicos), podendo a Administração construir a situação jurídica em atenção à realização dos fins da norma habilitante — a intersecção com interesses públicos e/ou privados é média ou alta; ou mesmo de obrigação de conformação da situação

⁹⁷ Já MARCELLO CAETANO dava conta, em 1934, de que as leis empregam indistintamente os termos “autorização” e “licença” — *Formas da actividade administrativa, Lições feitas ao Curso Jurídico do 2º ano de 1934-1935 coligidas pelo aluno António de Castro Guimarães*, Lisboa, 1935, p. 67.

⁹⁸ Cfr. R. VILLATA, *Autorizzazioni...*, cit., p. 46.

⁹⁹ A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni...*, cit., pp. 69, 70.

¹⁰⁰ Na verdade, revistos os equívocos aliados, quer à noção de autorização, quer à noção de licença, a opção entre um e outro termo acaba por se revelar arbitrária. Preferimos a noção de autorização porque a ideia de licenciar, na linguagem comum, incute um sentido mais técnico do que autorizar, sendo certo que os procedimentos autorizativos podem ter ou não uma dimensão de verificação de componentes técnicas. Refira-se, todavia, que pelo menos no domínio ambiental, o legislador tem revelado preferência pela noção de licença, certamente influenciado pela associação entre esta e a lógica de proibição absoluta que rodeia as actividades potencialmente lesivas para o ambiente.

¹⁰¹ A nossa síntese é fortemente tributária das exposições de A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni...*, cit., max. 68 segs; PAOLO DELL'ANNO, *Contributo...*, cit., pp. 197 segs.

jurídica em termos de estabelecimento de deveres de actuação dos particulares no decurso do desenvolvimento da sua actividade (*maxime*, em sede de aproveitamento das utilidades de bens colectivos) — dá-se aqui uma sobreposição entre a gestão da actividade privada e a gestão racional de bens colectivos;

c) que a autorização pode consolidar-se no momento da emissão e notificação ao titular, aí se esgotando o poder de autotutela declarativa administrativa (salvo ilegalidade ou erro de facto/direito) — serão, tendencialmente, os casos de permissões administrativas que se reportem ao reconhecimento e constatação de direitos pessoais; **ou** pode espraiar os seus efeitos conformativos durante períodos de tempo mais ou menos alargados, convocando uma assistência permanente do poder administrativo no sentido da verificação dos termos do seu cumprimento — serão, em regra, as permissões administrativas que se traduzam no exercício de actividades económicas (industriais, comerciais, agrícolas). O desdobramento procedimental é nítido neste último caso, gerando um procedimento secundário de fiscalização;

d) que a autorização, enquanto forma de composição de interesses públicos (de vários matizes) e privados (de vários matizes), ilumina no procedimento uma dimensão dialógica, em que as partes da relação multilateral carregam para o fórum de discussão ponderativa os argumentos que servirão à Administração como fundamento justificativo da solução de equilíbrio de interesses construída a final;

e) que a autorização é, hoje, tanto uma técnica de limitação das pretensões particulares em homenagem à salvaguarda de interesses públicos, como uma forma de granjear a colaboração dos privados na realização dos interesses públicos e colectivos, promovendo activamente a prossecução destes¹⁰². Esta indução *colaboracionista* veiculada pela autorização, assente predominantemente na aposição de cláusulas acessórias, sejam ou não reflexo de imposições legais, confere a muitas autorizações uma dimensão contratual que as aproxima das concessões.

A propósito deste último ponto, e em jeito de conclusão, pode afirmar-se que o procedimento autorizativo, correspondendo a uma intervenção administrativa no sentido de prevenir danos para o interesse público (*non far male*) e/ou de promover benefícios para o mesmo decorrentes do exercício de uma actividade privada (*far bene*)¹⁰³, se situa sempre em domínios abertos à iniciativa privada, nisto se distinguindo do procedimento tendente à outorga de uma concessão. Daí que a aproximação da autorização à concessão, em virtude do influxo de cláusulas acessórias, da afirmação de poderes de fiscalização administrativa, da possibilidade de alteração do conteúdo das obrigações que eventualmente impendam sobre o titular da autorização (com vista a assegurar a continuidade do desenvolvimento da actividade em atenção a objectivos de interesse público), a que acresce a indiscriminada utilização dos conceitos por parte do legislador — o qual, bem vistas as coisas, acaba por ser vítima da equivocidade conceptual que sempre rodeou autorização, licença e, por

¹⁰² Falando (com algum exagero, pensamos) em “gestioni codecisoria”, PAOLO DELL’ANNO, *Contributo...*, cit., p. 252.

¹⁰³ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazioni...*, cit., p. 74 (recuperando expressões de RANELLETTI, no contexto da diferenciação entre autorização e concessão).

reflexo, concessão —, sendo um dado inquestionável¹⁰⁴, não descaracteriza totalmente uma em razão da outra¹⁰⁵.

Alguma doutrina insiste particularmente na reserva de intervenção pública que incide sobre os domínios de actuação dados em concessão — critério da titularidade¹⁰⁶. Confessamos as nossas dúvidas relativamente à valia *estrutural* deste critério. De facto, em virtude da liberalização económica¹⁰⁷, em muito propulsionada pela “laicização do serviço público”¹⁰⁸ levada a cabo pelo Direito Comunitário, assistimos a uma “neutralização da intervenção pública”¹⁰⁹ através da transferência de atribuições do Estado para os privados, revelando-se assim a conjunturalidade da diferenciação baseada na titularidade. Ao aliviar os ombros da carga de tarefas que até então configuravam inegavelmente serviços públicos (v.g., distribuição de energia eléctrica; serviços de telecomunicações), o Estado submete a concessão a uma *deriva de objecto*, que acaba por ter reflexos na sua distinção em face da autorização¹¹⁰.

Na verdade, se outra razão faltasse, sempre a harmonização de condições de concorrência no seio do mercado único seria motivo necessário e suficiente para levar a Comunidade a decretar a redução ao mínimo dos serviços públicos em sentido orgânico, nos termos do artigo 86/2 do Tratado de Roma¹¹¹. Daqui decorre um esvaziamento do campo de aplicação da figura da concessão, reconduzindo-a a um reduto essencial de domínios em que o Estado não deva, desde logo por imposição constitucional, ceder o controlo da actividade a privados, ainda que fortemente condicionados por obrigações “de serviço público”.

Aproveitando a síntese conclusiva de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, pode dizer-se que “o Direito Comunitário obriga todos os Estados-membros a aceitar que os serviços essenciais, universais ou de interesse geral, sem prejuízo da sua garantia, só devem converter-se em serviços públicos [em sentido orgânico], através do regime particular que decorre da reserva de titularidade pública, quando tal seja realmente

¹⁰⁴ Acentuando a identidade estrutural entre ambas as figuras, R. VILLATA, *Autorizzazioni...*, *cit.*, pp. 154 segs. Propendendo para o esbatimento de diferenças entre autorizações e concessões, muito por força do influxo liberalizador do Direito Comunitário, R. MACHETE, *A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente*, in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. João Lumbrales*, Coimbra, 2000, pp. 1011 segs, 1015 e 1018.

¹⁰⁵ Sobre este ponto, veja-se a análise comparativa de F. FRACCHIA, *Autorizzazione...*, *cit.*, pp. 267 segs (que inclui o confronto da legislação italiana, quer com o Direito Comunitário — parecendo fazer absorver as concessões pelas autorizações —, quer no plano comparado).

¹⁰⁶ Neste sentido, R. VILLATA, *Autorizzazioni...*, *cit.*, pp. 163, 313 segs; PAOLO DELL’ANNO, *Contributo...*, *cit.*, pp. 266, 267; PEDRO GONÇALVES, *A concessão...*, *cit.*, p. 78.

¹⁰⁷ “A liberalização (...) consiste em abrir à concorrência certos sectores até aí submetidos a um regime de exclusivo, público ou privado” — VITAL MOREIRA, *Serviço público e concorrência. A regulação do sector eléctrico*, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública, IV Colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra, 2001, pp. 223 segs, 226.

¹⁰⁸ R. MACHETE, *A evolução...*, *cit.*, p. 1015 (louvando-se em autores franceses).

¹⁰⁹ L. PAREJO ALFONSO, *El Estado Social Administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios publicos*, in *RAP*, nº 153, 2000, pp. 217 segs, 221.

¹¹⁰ Admitindo esta oscilação, PEDRO GONÇALVES, *A concessão...*, *cit.*, p. 80.

¹¹¹ Sobre a articulação da noção de serviço público com a noção comunitária (que dispensa a dimensão orgânica) de “serviço de interesse económico geral”, FAUSTO DE QUADROS, *Serviço público e Direito Comunitário*, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública, IV Colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra, 2001, pp. 279 segs, 282 segs.

necessário, atentas todas as circunstâncias, para assegurar o adequado cumprimento de todas as obrigações inerentes à noção de serviço público essencial (disponibilidade e acesso universal, em condições de regularidade, continuidade, igualdade básica, qualidade e actualização), todo o qual deverá ser igualmente assegurado, sempre que possível, sem necessidade daquela *publicatio*, mediante a regulação necessária e através da imposição de obrigações especiais de serviço, devidamente compensadas”¹¹².

Outro factor de *confusão* de titularidades é o surgimento de bens colectivos cuja tutela é entregue, pela Constituição, primacialmente a entidades públicas, mas sempre com o concurso *necessário* das entidades privadas cujas actividades interferem com a integridade daqueles¹¹³. Torna-se complexo aplicar, em domínios tais como a protecção do ambiente ou do património cultural, o critério da titularidade, porque esta é concorrente — e não apenas “coincidente”¹¹⁴. Na realidade, uma coisa é a Administração controlar a actividade dos privados de forma a que esta não fira o interesse público; outra, que envolve um controlo bem mais intenso, é a Administração conformar a relação jurídica administrativa privada de maneira a promover a colaboração activa do titular da autorização na realização do interesse público.

Com efeito, ao estabelecer a base habilitativa para a criação de deveres fundamentais, cujo conteúdo se aferirá em mediação posterior, a Constituição *comprometeu* os privados com a prossecução concreta de tarefas nessas áreas embora, no que toca às obrigações mais intensas, a título condicional — ou seja, os deveres surgem por força do exercício de direitos (de propriedade, de iniciativa económica, de desenvolvimento da personalidade), e na medida em que esse exercício intersecte com o parveitamento de bens de fruição colectiva¹¹⁵.

Questionado o critério da titularidade do objecto, resta uma forma de caracterizar, tendencialmente, as duas noções, que redundam num critério formal: o da iniciativa¹¹⁶. Caso se trate de uma concessão, a proposta de desenvolvimento da actividade em jogo por privados tem que provir da entidade pública competente na

¹¹² J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *Servicio público, servicio universal y “obligación de servicio público” en la perspectiva del derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos*, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública, IV Colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra, 2001, pp. 249 segs, 278.

¹¹³ Na verdade, não estamos aqui perante hipóteses em que o Estado abre determinados domínios aos privados, como no caso da *liberdade* de criação de escolas (artigo 43º/4 da CRP), mas antes perante casos de comprometimento dos particulares na realização de fins públicos sempre que, por causa de uma actividade privada, possa haver intersecção.

¹¹⁴ A expressão é de F. PUGLIESE, escrevendo a propósito da crescente intervenção do Estado na economia e da colaboração coordenada que promove com os privados — **Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione»**, in *RTDP*, 1971/3, pp. 1469 segs, 1497.

¹¹⁵ A noção de comprometimento da Administração na execução de uma tarefa sujeita a concessão (responsabilidade de execução) e, reversamente, o seu não comprometimento na execução de uma tarefa autorizada, ainda que com reflexos para o interesse público (responsabilidade de garantia), avançada por PEDRO GONÇALVES (*A concessão...*, *cit.*, pp. 79, 80), fica sensivelmente magoada com a introdução deste elemento perturbador. Isto porque a noção de um interesse para o qual concorrem, simultaneamente, esforços públicos e privados, por determinação constitucional, atenta a natureza colectiva dos bens, retira o *selo de exclusividade* claramente identificativo de uma actividade como aberta à autorização ou reservada à concessão.

¹¹⁶ Neste sentido, F. FRACCHIA, *Autorizzazione...*, *cit.*, p. 251

matéria, em regra aberta a vários candidatos e sujeita a concurso público; caso se trate de uma autorização, o pedido terá origem privada, uma vez que o bloco legal aplicável não reserva tal actividade à esfera pública. Nas palavras de FRACCHIA, “a escolha relativa à modalidade de desenvolvimento do poder correlativo à liberdade de iniciativa económica continua a estar adstrita, em exclusivo, ao titular da esfera jurídica subjectiva, pelo menos no sentido em que a decisão de empreender (ou eventualmente, de cessar) a actividade respeita só ao particular”¹¹⁷.

3. A autorização como instrumento de ponderação administrativa na conformação dinâmica de deveres de protecção do ambiente:

A técnica autorizativa está indubitavelmente ao serviço da prevenção. Prevenção de perigos, na sociedade liberal, com um âmbito minimalista, estreitamente ligado à salvaguarda das condições de segurança e tranquilidade públicas. Prevenção de perigos ainda, na sociedade do Estado Social, mas alargada a domínios insuspeitados, por força da nova atitude intervencionista das entidades públicas – comércio, agricultura, indústria. Prevenção de riscos, hoje, com a instalação da sociedade de risco e a multiplicação das ameaças à segurança, à saúde pública, ao ambiente.

No domínio ambiental, a fragilidade dos bens ambientais naturais faz com que a vertente preventiva seja a protagonista – sem embargo de dever ser assegurada a ressarcitória e não descurando a sancionatória, para os casos mais graves de atentado à integridade dos bens naturais. O princípio de solidariedade na gestão racional de bens ambientais (a que aludimos na Parte I, Cap. II., 1.2.) coloca em perspectiva o aproveitamento destes, investindo-nos em meros usuários. Ora, sem enjeitar a ineliminável vertente colaboracionista privada na tarefa de protecção do ambiente, afigura-se incontestável ser o Estado o primeiro responsável pela criação de um quadro operativo que discipline a actuação dos membros da colectividade, sensibilizando, apoiando e condicionando. A preservação e a promoção da “ordem pública ecológica”¹¹⁸ dependem disso.

A adopção da autorização como instrumento ao serviço da antecipação de riscos ambientais na medida do tecnicamente possível, constitui, mais do que uma possibilidade, uma *obrigação* do Estado em sede de tutela ambiental. Com efeito, não só é impensável – e seria inconstitucional, em face dos artigos 9º/e) e 66º/2 da CRP – admitir que, nesta sede, o Estado pudesse limitar-se a assistir à utilização incondicionada dos bens naturais (enveredando por um sistema puramente repressivo ou de comunicação prévia); como seria impraticável demitir-se da tarefa de composição de interesses confluentes (públicos; privados; colectivos) que subjaz a um conjunto considerável de actividades, económicas e não só; como, ainda, seria irresponsável exonerar-se do encargo de fiscalizar o desenvolvimento de tais actividades, *maxime* daquelas cuja vizinhança com factores de risco as torna potenciais *inimigas* do ambiente.

Vamos, por conseguinte, passar a desenvolver contextualizadamente as novas características da autorização enunciadas em 2., ou seja, reportando-as à tarefa de prevenção do ambiente, explorando, nomeadamente, duas ideias-força: a multipli-

¹¹⁷ F. FRACCHIA, *Autorizzazione...*, *cit.*, p. 313.

¹¹⁸ A expressão é de B. JADOT, *Ordre publique écologique et droits acquis*, *in AP*, 1983/1, pp. 22 segs.

cidade e mutabilidade dos interesses convergentes na relação autorizativa ambiental (3.1.), e a tendencial desadequação da técnica de valoração positiva do silêncio no domínio das autorizações com incidência ambiental (3.2.). A final, reflectiremos brevemente sobre a complexa articulação entre o risco, a determinação dinâmica do conteúdo de deveres de protecção do ambiente e o princípio da estabilidade das situações jurídicas (3.3.), reflexão que nos permitirá assegurar a sequência para o capítulo seguinte.

3.1. Multiplicidade e mutabilidade dos interesses em conflito:

Os aspectos que mais avultam no(s) procedimento(s) autorizativo(s) ambiental(ais) são, por um lado, em virtude da transversalidade da protecção do bem jurídico ambiente relativamente a um conjunto de outros domínios e da natureza colectiva do bem, o entrecruzamento de intervenções de vários corpos administrativos e o imperativo de propiciar a participação da população (usuários do bem) – multiplicidade de interesses envolvidos (3.1.1.). Por outro lado, a interacção entre a técnica e a integridade dos bens ambientais naturais (bem como com a saúde das pessoas) faz com que a fixação dos termos das autorizações fique condicionada em função da incerteza, conduzindo a uma precarização daquelas (3.1.2.).

3.1.1. A complexidade dos procedimentos autorizativos

O acréscimo de actos autorizativos – e, naturalmente, dos procedimentos tendentes à sua emissão e ao seu controlo – é uma das facetas mais características da tutela ambiental. A especificidade das técnicas de minimização da poluição relativamente aos vários sectores/bens naturais envolvidos, por um lado, e a intersecção entre outros domínios, não estritamente ambientais, por outro lado, conduz a um desdobramento de organismos intervenientes para a obtenção dos vários actos que irão permitir o desenvolvimento da actividade dentro das margens legais e regulamentares.

Pense-se, por exemplo, num projecto tendente à implantação de um novo hospital: há que obter, não só a autorização de edificação, como uma licença para a gestão de resíduos (DL 239/97, de 9 de Setembro¹¹⁹ – cfr. o artigo 8º), uma licença para descarga de águas residuais (DL 236/98, de 1 de Agosto¹²⁰ – cfr. o artigo 65º), uma declaração de aceitação de um relatório de segurança contra acidentes graves (DL 164/2001, de 23 de Maio – cfr. o artigo 17º), uma autorização de funcionamento (DL 69/2003, de 10 de Abril)... Ou tenha-se em mente um projecto de instalação de uma indústria de pasta de papel, que tem obrigatoriamente de obter uma declaração de impacto ambiental favorável [RAIA, artigos 1º/3, a) + Anexo I, 17/a) + 20º], uma licença ambiental (RLA, artigos 1º/2 + Anexo I, 6.1. + 22º), uma declaração de aceitação de um relatório de segurança contra acidentes graves, uma autorização

¹¹⁹ Com as alterações introduzidas pelo DL 321/99, de 11 de Agosto.

¹²⁰ Com a derrogação introduzida pelo DL 243/2001, de 5 de Setembro (Secção III do Cap. II - Qualidade das águas para consumo humano).

de funcionamento, além da autorização de edificação. E todos estes procedimentos encontram-se polvilhados da intervenção das mais variadas entidades, que agem a título consultivo, dentro das suas respectivas atribuições (3.1.1.1.).

Para “agravar” este quadro, nos procedimentos autorizativos ambientais, a natureza do bem jurídico objecto de tutela preventiva torna imprescindível, além da já consagrada audiência do interessado directo (o requerente da autorização), a participação do público, constituído pelos usuários dos bens de fruição colectiva que desejem formular observações (pertinentes) para a composição material dos interesses no acto final. Aferir a natureza desta abertura a um contraditório procedimental alargado – se mera garantia de transparência; se elemento essencial de validade do acto – torna-se, por isso, matéria sujeita a debate (3.1.1.2.).

3.1.1.1. O défice de eficiência dos procedimentos autorizativos ambientais: um mal necessário?

O entrecruzamento de objectivos nos procedimentos autorizativos ambientais gera uma multiconexão de procedimentos e de intervenções procedimentais tais como inspecções, vistorias, avaliações técnicas, pareceres. Ou seja, pode haver procedimentos *paralelos* (licenciamento industrial; licença de edificação), *pressupostos* (licença industrial e licença de exploração industrial) e ainda *subprocedimentos* (avaliação de impacto ambiental; licença ambiental)¹²¹; há hipótese de se formarem decisões contraditórias, bem como de certas (sub)decisões funcionarem como travão; tanto há casos de pareceres técnicos vinculantes (v.g., parecer do delegado regional de saúde com vista à classificação de águas como balneares – artigo 51º/1 do DL 236/98, de 1 de Agosto; parecer do Instituto de Resíduos relativamente à autorização de operações de incineração de resíduos hospitalares, a conceder pela Direcção-Geral de Saúde – artigo 9º/4 do DL 239/97, de 9 de Setembro), como de pareceres não vinculantes (v.g., parecer final da comissão de avaliação de impacto ambiental – artigo 16º do RAIA)¹²².

Estas oscilações traduzem-se em custos generalizados para as partes privadas, mas também para o interesse público¹²³. Para os directamente interessados no desenvolvimento de uma actividade com potenciais efeitos lesivos para o ambiente,

¹²¹ Cfr. MARTA PORTOCARRERO, *Modelos...*, *cit.*, pp. 43 segs (a Autora chama a atenção para a dificuldade de distinguir, na prática, procedimentos pressupostos e subprocedimentos, sendo certo que, teoricamente, o que os diferencia é a capacidade de produção de um acto com efeitos autónomos ou funcionalizados à validação de actos posteriores, respectivamente – pp. 49, 50). Diferentemente, falando, em sede de autorizações parciais, em faseamento autêntico (que põe fim a um *troço* procedimental – *Verfahrenabschnitt* –, dando origem a um acto pressuposto de um procedimento posterior e autonomamente impugnável) e faseamento inautêntico, J. IPSEN, *Die Genehmigung...*, *cit.*, p. 275.

¹²² Sendo certo que, quando a lei nada mencione, vale a regra do artigo 98º/2 do CPA (os pareceres são obrigatórios e não vinculantes) e a sua falta não impede o prosseguimento do procedimento (artigo 99º/3 do CPA).

¹²³ Cfr. P. ROMBACH, *Der Faktor Zeit im Umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren*, Baden-Baden, 1994, *max.* pp. 174 segs; J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição e «tempo ambiental»*, in *CEDOUA*, 1999/2, pp. 9 segs, 11, 12; E. GAWEL, *Beschleunigung im Umweltzulassungsrecht*, in *DÖV*, 1999/7, pp. 281 segs, 284, 285.

a duração global do procedimento, alimentada pelas intervenções de várias entidades, invocando os títulos que lhes advêm da repartição, funcional e territorial, de atribuições, provoca perdas económicas evidentes, agravadas caso haja decisões contraditórias (por exemplo, obtenção da licença de construção; não obtenção da licença de exploração da instalação industrial) ou decisões-travão (indeferimento do pedido de licença ambiental; não aceitação do relatório de segurança pelo Instituto do Ambiente). Para o interesse público (local, regional e nacional), o arrastamento dos procedimentos autorizativos pode implicar uma deslocalização de investimentos – com as consequentes perdas ao nível do desenvolvimento económico –, no seio de um mercado único em que a liberdade de estabelecimento pontifica.

Não está, naturalmente, em causa, proceder a uma unificação da tramitação procedimental dos procedimentos com incidência ambiental, directa ou indirecta. Cada procedimento é faseado e ordenado com vista à obtenção de uma decisão num âmbito específico, reflectindo uma determinada composição de interesses – logo, o modelo único é impensável. No entanto, pensamos dever fazer uma breve referência a dois aspectos que se revelam, no domínio ambiental, particularmente abertos à reflexão: por um lado, a questão, hoje muito debatida, da simplificação procedimental (*i.*); e, por outro lado, o problema do efeito dos pareceres técnicos emitidos no contexto dos procedimentos autorizativos ambientais (*ii.*).

i.) Quanto ao primeiro aspecto, cumpre observar, desde logo, que ele não constitui um problema específico do procedimento autorizativo ambiental; antes se revela uma preocupação burocrática e doutrinária geral. A tutela ambiental, todavia, porquanto faz tangentes com a saúde, a segurança, a protecção do património cultural construído, o urbanismo, o ordenamento do território, o desenvolvimento económico, faz convergir sobre os procedimentos que a convocam a atenção dos estudiosos, apresentando-se como um laboratório particularmente estimulante.

Uma prevenção, todavia, se impõe, antes de continuar a exposição: *a pressa é inimiga da perfeição*. Ou seja, quanto mais se aligeirem procedimentos, tendencialmente menor é a virtualidade de estes revelarem uma equilibrada ponderação dos interesses em jogo, facto que pode comprometer, não só a validade jurídica da decisão, como a aceitabilidade social do projecto. Fica o alerta de GOMES CANOTILHO, no sentido de que “a eliminação de alguns passos procedimentais e a conquista de uma melhor coordenação nunca podem perder de vista que, por vezes, a ganhar tempo se perde afinal tempo. A pressa impede a radicação de uma aceitação pública alargada, neutralizando eventualmente momentos democráticos relevantes como as audiências públicas e a publicitação do projecto”¹²⁴. Cumpre, assim, identificar o *núcleo intangível* de cada procedimento¹²⁵ antes de proceder a qualquer manobra de

¹²⁴ J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição...*, *cit.*, p. 10.

¹²⁵ Neste sentido, E. GAWEL, *Beschleunigung...*, *cit.*, p. 285 (o Autor alerta para os riscos de uma agilização a qualquer preço, que pode conduzir, não só a um aumento de conflitualidade social, como a um rebaixamento do nível de segurança, como ainda, e paradoxalmente, a resultados exactamente contrários aos pretendidos – *v.g.*, a aceleração do tempo de ponderação leva à precarização dos actos autorizativos, que podem vir a ser revogados sem qualquer indemnização para o titular, gerando assim menos estabilidade e mais custos do que aqueles que adviriam da adopção de um percurso procedimental normal – pp. 287 segs).

agilização¹²⁶.

Os exemplos mais ventilados para tentar otimizar a eficiência em procedimentos complexos são, por um lado, o modelo de coordenação, que tem o seu paradigma na “conferência de serviços” italiana¹²⁷ e, por outro lado, o modelo de concentração, objecto de concretizações em algumas leis especiais alemãs¹²⁸. No primeiro caso, pretende-se obter um efeito de *contração* de fases procedimentais de (um ou) vários procedimentos num momento único em que todos os responsáveis pelas decisões são reunidos, com vista à selecção de dados de facto relevantes (conferência instrutória), ou mesmo à concertação das posições finais relativamente à pretensão em análise (conferência deliberativa)¹²⁹. No segundo caso, almeja-se conseguir um efeito de *absorção* de vários procedimentos num único: que “*uma* só autoridade administrativa, no âmbito de *um* único procedimento, profira *uma* decisão, a qual substitui todos os actos necessários à aprovação administrativa do projecto apresentado”¹³⁰.

Apesar do incentivo comunitário, inscrito na Recomendação da Comissão 97/344/CE, de 22 de Abril de 1997 (sobre a simplificação de procedimentos de constituição de empresas)¹³¹, nenhuma destas figuras encontra acolhimento expreso no Código do Procedimento Administrativo¹³². Contudo, é admissível (e mesmo recomendável) a utilização da conferência de serviços, instrutória e deliberativa, em homenagem aos princípios da imparcialidade e eficiência administrativas (artigos 266º/2 e 267º/1 da CRP, e 6º e 10º do CPA), com base na previsão dos artigos 86º e 179º do CPA¹³³. Em sede específica, concretamente no âmbito do procedimento de licenciamento industrial, a previsão do nº 7 do artigo 12º (do DL 69/2003, de 10 de Abril), ao referir que “sempre que existam pareceres divergentes emitidos pelas várias entidades in-

¹²⁶ Figura próxima da simplificação procedimental é a desformalização/desprocedimentalização motivada pela urgência e apoiada nos artigos 3º/2 e, em sede de execução, 151º/1 do CPA (cfr. o nosso **Contributo...**, *cit.*, pp. 163 segs). Sob pena de descaracterizar a noção de urgência e de agredir desnecessariamente interesses privados e públicos, julgamos que a supressão de fases procedimentais verificada nestes casos deve ser tida como excepcional, não devendo servir de matriz de solução de aplicação geral.

¹²⁷ Cfr. PAOLO DELL'ANNO, **Contributo...**, *cit.*, pp. 280 segs.

¹²⁸ Em especial sobre o modelo de concentração no âmbito dos actos autorizativos ambientais, M. WAGNER, **Die Genehmigung umweltrelevanter Vorhaben in parallelen und konzentrierten Verfahren**, Berlin, 1987, *passim*.

¹²⁹ Cfr. MARTA PORTOCARRERO, **Modelos...**, *cit.*, pp. 57 segs.

¹³⁰ MARTA PORTOCARRERO, **Modelos...**, *cit.*, p. 195. Sobre os modelos de simplificação, veja-se também V. AGUADO I CUDOLÀ, **Silencio administrativo e inactividad**, Madrid/Barcelona, 2001, pp. 255 segs.

¹³¹ Cfr., sobre esta recomendação, V. AGUADO I CUDOLÀ, **Silencio...**, *cit.*, pp. 264, 265.

¹³² Como realça MARTA PORTOCARRERO, **Modelos...**, *cit.*, pp. 197-199, a licença ambiental revela um intuito concentrador, ao absorver no seu conteúdo algumas outras licenças existentes do antecedente. Todavia, a licença ambiental continua a movimentar-se no seio de um procedimento mais vasto, funcionando como acto prévio relativamente à decisão autorizativa final, não suprimindo, destarte, o restante contexto procedimental.

¹³³ Subscrevemos aqui as conclusões de MARTA PORTOCARRERO, **Modelos...**, *cit.*, pp. 174 segs, bem como a sua afirmação de que, embora o artigo 179º do CPA possa constituir uma base habilitativa para a decisão saída da conferência deliberativa (em caso de falta de acordo, pois em presença deste, a decisão desdobra-se em tantos actos quantas as entidades com competência decisória intervenientes, encontrando cobertura nas normas habilitativas específicas), seria bom que o legislador introduzisse uma norma no CPA que clarificasse a questão, contribuindo, de igual modo, para incentivar o recurso a esta técnica de simplificação (p. 272).

tervenientes na apreciação do projecto, cabe à entidade coordenadora promover as acções necessárias com vista à concertação das posições assumidas”, aponta para a hipótese de convocação de uma conferência instrutória.

Já quanto à concentração de procedimentos, os maiores obstáculos advêm da desconsideração, por um lado, do princípio da descentralização (cfr. os artigos 6º/1 e 267º/2 da CRP), na medida em que um procedimento único neutraliza a especialidade da intervenção e, por outro lado, do princípio da imparcialidade – que obriga à incorporação no *iter* decisório de todos os dados relevantes, obscurecida pela condução do procedimento por uma única entidade. Daí que, ainda que admitindo a atenuação destes aspectos desfavoráveis, MARTA PORTOCARRERO afaste a possibilidade de recurso ao modelo de concentração sem assento legal específico¹³⁴.

Parece-nos que, no âmbito dos procedimentos autorizativos com incidência ambiental, a introdução da conferência de serviços, nomeadamente na modalidade instrutória, poderia trazer algum acréscimo de eficiência. Pensamos, nomeadamente, na reunião das entidades intervenientes nos procedimentos e subprocedimentos ligados logo após a realização da avaliação de impacto ambiental, caso este desembogue numa declaração de impacto ambiental (DIA) favorável ou condicionalmente favorável. Este momento surge-nos como particularmente asado na medida em que:

- em primeiro lugar, a análise do projecto levada a cabo pela comissão de avaliação, com base no estudo de impacto ambiental apresentado pelo proponente, acrescida da emissão de pareceres das entidades com competência técnica na matéria (protecção da natureza; segurança; higiene laboral; saúde das populações) e das conclusões da consulta pública, constitui um acervo informativo com um *grau de depuração* que ajuda à compreensão generalizada das características e impactos do projecto em causa;

- em segundo lugar, o efeito conformativo da DIA revela-se numa dupla perspectiva: por um lado, as condições impostas vão influir no conteúdo das autorizações parcelares sucessivas e, inelutavelmente, no conteúdo do acto final (cfr. o artigo 20º/1 do RAlA); por outro lado, além da sua natureza de acto prévio e apesar da sua incapacidade regulatória autónoma¹³⁵, a DIA demonstra uma *hiperactividade* procedimental que pode, mesmo após a emissão do acto final, redundar na inviabilização da actividade pelo proponente – veja-se a possibilidade de ser decretado o encerramento da instalação, nos termos do artigo 38º/1/d) do RAlA, na sequência, por exemplo, do apuramento de irregularidades na execução do projecto ou de incumprimento das condições estabelecidas em operações de pós-avaliação.

A realização da conferência instrutória, da iniciativa da autoridade coordenadora do procedimento principal, pode contribuir para o esclarecimento de questões controversas, para a harmonização de posições, para incrementar a colaboração do interessado com a Administração – sendo que, após a emissão da DIA, muitos problemas terão ficado clarificados, podendo assim colocar-se à consideração dos intervenientes de forma sistematizada. Eventualmente, daqui poderá resultar um acto

¹³⁴ MARTA PORTOCARRERO, *Modelos...*, cit., pp. 255 segs, max. 263.

¹³⁵ “A decisão prévia, não obstante regular as referidas condições de modo final e vinculativo para a Administração, não possui efeito permissivo, pelo que o respectivo destinatário não pode ainda ao abrigo desta exercer o direito” – FILIPA URBANO CALVÃO, *Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo*, Porto, 1998, p. 49.

meramente opinativo, ao qual não é possível, todavia, reconhecer qualquer efeito vinculativo – *maxime* se favorável à pretensão do particular –, em virtude da natureza provisória das ponderações efectuadas¹³⁶.

Outras formas de desburocratização e aceleração procedimental podem detectar-se, por exemplo, no âmbito do licenciamento industrial – na sequência do compromisso assumido pelo Governo na Resolução do Conselho de Ministros 103/2002, de 26 de Julho, conforme invocação do Preâmbulo do DL 69/2003, de 10 de Abril – como seja a criação de um gestor do processo (análogo à figura do *project manager*)¹³⁷, técnico designado pela entidade coordenadora com competências instrutórias e que é o interlocutor privilegiado do requerente [cfr. os artigos 2º/o) do DL 69/2003, de 10 de Abril, e 9º do Decreto Regulamentar 8/2003, de 11 de Abril]. Já a constituição de entidades gestoras de uma determinada área de implantação industrial (área de localização empresarial), previamente licenciada, que velarão pelo cumprimento das condições estabelecidas na licença (sem poderem, todavia, aplicar sanções), bem como pelo licenciamento das actividades aí desenvolvidas [cfr. os artigos 2º/c) e bb) e 11º/2 do DL 69/2003, de 10 de Abril, bem como o artigo 22º/a) do DL 70/2003, de 10 de Abril] nos parece mais um exemplo de *desadministrativização* procedimental do que de mera aceleração¹³⁸.

¹³⁶ Neste sentido, MARTA PORTOCARRERO, *Modelos...*, *cit.*, pp. 110 segs (que chama a atenção, no entanto, para a relevância das conclusões da conferência em sede de motivação do acto final e eventual revisibilidade contenciosa deste).

¹³⁷ Sobre esta figura, MARTA PORTOCARRERO, *Modelos...*, *cit.*, pp. 39 segs; P. ROMBACH, *Der Faktor...*, *cit.*, pp. 238 segs.

¹³⁸ O sistema das áreas de localização empresarial (ALE) encontra-se previsto no diploma do licenciamento industrial e regulado por lei formal (o DL 70/2003, de 10 de Abril). Esta figura levanta algumas dúvidas, na medida em que pode acontecer que sociedades de capitais exclusivamente privados surjam a praticar actos autorizativos, colocando-se a questão de saber qual a base habilitante para tal “delegação” de poderes (é a expressão utilizada no preâmbulo do DL 70/2003). Da leitura do DL 70/2003 retira-se que o acto de licenciamento da ALE a legitima a exercer uma competência autorizativa (cfr. o artigo 22º), estritamente conexa com o conteúdo daquele (por seu turno, extensivamente regulado no artigo 7º), da qual se excepcionam, quer o licenciamento de uma empresa cuja actividade esteja sujeita a requisitos não previstos no acto autorizativo de constituição da ALE (artigo 21º/2), quer a aplicação de sanções na sequência da verificação de irregularidades de funcionamento (da competência da Inspecção-Geral das Actividades Económicas – cfr. o artigo 24º/1). Realce-se ainda que, apesar de a competência de licenciamento da instalação e alteração da ALE caber à Direcção Regional de Economia territorialmente competente (artigo 5º), o procedimento conta com a intervenção obrigatória de entidades com competência específica (nos domínios do ambiente, saúde pública, trabalho, entre outros), que detêm “poder de veto” do acto de licenciamento através da emissão de parecer negativo [artigos 9º/1 e 11º/1/a)].

Desta feita, parecem afastadas, de uma banda, as hesitações quanto à legitimidade da prática de actos administrativos por entidades privadas (a lei densificou intensamente os requisitos de constituição da entidade, concedeu a base habilitante da delegação de poderes e definiu o âmbito desta, ainda que por forma reflexa) e, de outra banda, diluem-se igualmente as questões de adequada salvaguarda de interesses públicos envolvidos (por força da consagração do poder de veto a que se aludiu). Além disso, foi respeitado o princípio da imparcialidade na vertente da isenção, ao subtrair-se às sociedades gestoras de ALE a competência de aplicação de sanções administrativas aos prevaricadores, impondo-se um sistema de comunicação à Inspecção-Geral das Actividades Económicas (v. também o artigo 23º/3 do DL 69/2003, de 10 de Abril). Sobre estas entidades com funções administrativas e (alguns) poderes de autoridade, v. PEDRO GONÇALVES, *Entidades...*, *cit.*, pp. 822 segs (sublinhando que estas entidades estão despossuídas, quer de poderes de aplicação de coimas, quer de poderes de polícia).

Um outro exemplo de agilização procedimental muito comum no domínio ambiental, em virtude do alto grau de complexidade técnica que as decisões comportam, é a alternativa de devolver certas comprovações técnicas para entidades externas à Administração e por esta acreditadas, suprimindo algumas fases de instrução do procedimento. Demonstrativo é o efeito supressivo provocado pela apresentação de relatório de avaliação do projecto de instalação, lavrado por entidade acreditada para o efeito no âmbito do Sistema Português de Qualidade¹³⁹, com vista à obtenção de licença de instalação industrial. O artigo 10º/4 do Decreto Regulamentar 8/2003, de 11 de Abril, exime a consulta da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional, do centro regional de saúde pública e do serviço regional da Inspeção-Geral do Trabalho, caso o requerente tenha optado por instruir o pedido com o referido relatório¹⁴⁰.

ii.) Uma das decorrências do princípio da descentralização (funcional) administrativa é a *pulverização* de atribuições por vários órgãos (no seio da Administração directa) e por várias pessoas colectivas com diversos graus de autonomia (no seio da Administração indirecta). O princípio da especialidade subjacente à criação de uma nova pessoa colectiva ou à adstrição a determinados órgãos de atribuições cada vez mais específicas corresponde à explosão da *galáxia* administrativa, obrigada a desmultiplicar-se ao ritmo do aumento vertiginoso das áreas de controlo estadual, seja numa lógica intervencionista, seja numa perspectiva de regulação.

Os procedimentos autorizativos ambientais, porque exercem um efeito de atracção sobre interesses em relação de convergência necessária ou eventual, em sintonia ou dessintonia, de matizes vários, implicam, da parte da orgânica administrativa, um esforço de coordenação a que se aludiu no ponto anterior. Por mais concentração que se pretenda, com o acréscimo de eficiência que isso importa, não é possível descartar a colaboração especializada das entidades cujas atribuições se reflectem na tutela de bens jurídicos diferenciados, ou mesmo de idêntica natureza. Tal articulação encontra o seu fundamento num imperativo de “optimização do conhecimento necessário para a prolação do acto”¹⁴¹.

A complexidade das questões objecto de parecer implica desde logo que a regra ínsita no artigo 98º/2 do CPA seja acolhida pela legislação ambiental, no que tange à sua obrigatoriedade. Nos procedimentos autorizativos ambientais, os pareceres podem conter indicações e condicionamentos fundamentais sobre a melhor forma de actuar no sentido de assegurar a protecção adequada do ambiente, mas também

¹³⁹ A competência de acreditação está actualmente entregue ao Instituto Português de Acreditação, instituto público regulado pelo DL 125/2004, de 31 de Maio, o qual, enquanto organismo nacional de acreditação, tem por atribuição “reconhecer a competência técnica dos laboratórios de ensaio e calibração, bem como dos organismos de inspecção e de certificação” [artigo 6º/1/a)].

¹⁴⁰ Esta possibilidade já era admitida nos termos do DL 259/92, de 20 de Novembro, se bem que de forma mais atenuada, uma vez que, não suprimindo diligências, descontava nos prazos das mesmas (redução para metade) – cfr. o artigo 7º/3.

¹⁴¹ PEDRO GONÇALVES, *Apontamento sobre a função e a natureza dos pareceres vinculantes*, in *CJA*, nº 0, 1996, pp. 3 segs, 6.

¹⁴² Este efeito vinculativo desnatura o parecer enquanto fruto do exercício de uma competência consultiva, conferindo-lhe antes uma dimensão procedimentalmente constitutiva, conformativa ou preclusiva – cfr. PEDRO GONÇALVES, *Apontamento...*, *cit.*, p. 7.

podem incidir sobre domínios diversos, como a saúde pública, a higiene, a segurança. Pode mesmo dizer-se que quanto mais complexidade as matérias têm vindo a revestir, maior é a tendência para o desdobramento procedimental — com a criação de procedimentos autónomos para a concessão de autorizações parcelares, por exemplo, em sede de gestão de resíduos, de salvaguarda das condições de segurança —, e a preocupação subsequente com a sua simplificação...

O problema, portanto, não reside agora tanto na existência dos pareceres técnicos — que acabam por ser uma forma de atenuar o efeito concentrador de certos procedimentos —, mas antes na sua força vinculante. Se se compreende que, no que toca a interesses secundários no contexto procedimental específico, a regra possa ser a da não vinculatividade — será o caso dos pareceres emitidos pelas entidades públicas com competência para apreciar os projectos, no âmbito da avaliação de impacto ambiental, nos termos do artigo 13º/9/b) e 10 do RAIA —, já quando as questões objecto de parecer integram o núcleo da autorização, quando coincidem com o(s) interesse(s) público(s) primário(s) cuja prevenção ela visa, o efeito vinculativo impor-se-á¹⁴².

Não tem sido essa, no entanto, a tendência revelada pelo legislador. Tome-se um primeiro exemplo: nos termos do artigo 8º do DL 140/99, de 24 de Abril (sobre conservação da biodiversidade de flora e fauna e as zonas especiais de conservação), o Instituto de Conservação da Natureza (ou a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional territorialmente competente) deve dar parecer prévio à emissão de autorização para realização de um conjunto de actividades (edificatórias, agrícolas, de lazer) em áreas sujeitas a medidas especiais de conservação, não abrangidas por qualquer instrumento de protecção. A ausência de parecer no prazo de 45 dias desde a sua solicitação equivale a parecer favorável¹⁴³. Donde se extrairia o seu carácter não vinculativo, num raciocínio confirmado por uma interpretação da norma do artigo 99º/3 do CPA, *a contrario sensu*: é a não vinculatividade do parecer que possibilita o prosseguimento do procedimento. Só a não emissão de um parecer vinculativo suspende o normal andamento do procedimento — salvo se a lei prever um mecanismo de superação do incidente.

Ora, se a avaliação técnica da entidade com atribuições na matéria fosse considerada essencial — como deveria, em homenagem aos objectivos de prevenção que a conservação de espécies ameaçadas convoca —, a ausência de parecer no prazo fixado deveria ser entendida como correspondendo à desfavorabilidade deste. Este parecer cumpre uma função de controlo do exercício do poder autorizativo por parte do órgão decidente, devendo precluir a possibilidade da concessão da autorização no caso de ser (expressa ou tacitamente) desfavorável.

Um segundo exemplo tem a ver com a não vinculatividade do parecer da comissão de avaliação de impacto ambiental, a homologar pela Autoridade da AIA, relativamente à declaração de impacto ambiental. O Ministro do Ambiente fica totalmente livre — na ausência de indicação legislativa em contrário — para inverter por com-

¹⁴³ Um outro exemplo, mais enigmático, pode ver-se no artigo 12º do DL 239/97, de 9 de Setembro, sobre autorização de operações de incineração de resíduos. Desta disposição resulta que tais autorizações só podem ser concedidas sob parecer prévio do Instituto de Meteorologia — e mais se omite. Não parece fazer grande sentido utilizar aqui a norma do CPA, dada a relevância material do parecer para a conformação adequada da decisão; mas o silêncio da lei não deixa alternativa.

pleto as conclusões da comissão de avaliação, avalizando um projecto que, no plano estritamente técnico (e eventualmente noutros planos, dado que o parecer da comissão de avaliação reúne a informação obtida junto de entidades com competência técnica, bem como dados provenientes da consulta pública), deveria ser chumbado.

Os dois exemplos colocam a mesma questão, embora de perspectivas diferentes. Com efeito, no primeiro, a natureza não vinculante do parecer é por nós *induzida* da valoração positiva do silêncio intraprocedimental – descartável, como já se disse, em face da previsão do nº 3 do artigo 99º do CPA. Ora, poder-se-á contra-argumentar a esta conclusão que, por um lado, o facto de o legislador ter optado pela valoração positiva do silêncio não implica, automaticamente, a desvalorização do interesse primário ambiental em jogo, dado que a autorização final pode vir a incorporá-lo (embora seja duvidoso que a autoridade competente em sede de decisão final tenha o conhecimento técnico que lhe permita realizar uma ponderação adequada).

Por outro lado, não faria sentido *punir* o requerente da autorização pela inércia da entidade administrativa responsável pela resposta à consulta, indeferindo-lhe, de pronto, a pretensão – uma vez que, na hipótese de o parecer ser vinculante, ou se está perante uma paralisação da competência dispositiva do órgão decidente (função de controlo), ou encaramos uma hipótese de co-decisão (função dispositiva), com o dever de homologação do parecer pela entidade competente para conceder a autorização¹⁴⁴.

É inquestionável que a forma de ultrapassar, em casos deste tipo, a inacção administrativa, suscita interrogações dilemáticas¹⁴⁵. Valorar positivamente o silêncio de uma entidade com competência técnica no âmbito do interesse público primário em jogo no procedimento autorizativo é neutralizar a importância do seu contributo para a adequada composição de interesses subjacente à autorização. Valorá-lo negativamente, em contrapartida, é sacrificar de forma intolerável (pelo menos em algumas situações) o interesse da parte contrária¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Segundo PEDRO GONÇALVES (*Apontamento...*, *cit.*, p. 8), no primeiro caso o poder de decidir está concentrado na autoridade com competência autorizativa (exemplo da autorização em sede de *habitat* de espécies ameaçadas ainda não coberto por instrumento especial de protecção) –, enquanto no segundo caso (da decisão ministerial de declaração de impacto ambiental), deveria existir uma segmentação do poder decisório, investindo o parecer da comissão de avaliação numa competência simultaneamente conformativa e preclusiva.

¹⁴⁵ M. ESTEVES DE OLIVEIRA, P. COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM (*Código do Procedimento Administrativo, Anotado*, 2ª ed., Coimbra, 1997, pp. 447, 448) avançam duas hipóteses: ou considerar estar-se perante um caso de estado de necessidade e passar sem o parecer, sendo a decisão válida; ou, em face do esgotamento dos prazos a que se reporta o artigo 58º do CPA, dar por findo o procedimento, comunicando aos interessados, que se valerão dos mecanismos de valoração positiva do silêncio – se for o caso –, ou de imputação de responsabilidade ao órgão faltoso.

MARGARIDA CORTEZ (*A inactividade administrativa formal como causa de extinção do procedimento e as suas consequências*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 367 segs, 398) avança uma outra hipótese, de suspensão do procedimento até à prolação do parecer – ou formação tácita deste –, alargando-se assim o prazo de conclusão do procedimento relativamente ao prazo-regra indicado no artigo 58º do CPA. Porém, como a própria Autora reconhece, esta solução só é operativa (sob pena de criação de grave insegurança jurídica) nos casos em que ao particular é dado a conhecer o incidente procedimental, quer por iniciativa da Administração, quer por iniciativa própria.

¹⁴⁶ Que, como se depreende facilmente de certas alíneas do artigo 8º/1 do DL 140/99 citado, pode ter natureza pública (v.g., abertura de novas vias de comunicação; instalação de novas linhas aéreas de transporte de energia).

No segundo caso, o da imprescindibilidade do *apport* técnico do parecer da comissão de avaliação para garantir a idoneidade da decisão de declaração de impacto ambiental, os argumentos que sustentam a bondade da opção presente têm sobretudo a ver com a preservação da margem de livre decisão do Ministro do Ambiente – entidade sobre a qual, em virtude da pasta que detém, não deverão recair dúvidas sobre a preferência ambiental que a decisão do procedimento suscitará. Todavia, duas notas podem perturbar este quadro: por um lado, a possível impreparação do Ministro para emitir uma declaração cuja base técnica a lei entrega a uma comissão especializada, com composição adequada a cada procedimento (cfr. o artigo 9º do RAlA), e que pode mesmo integrar especialistas externos, tendo em atenção a complexidade do projecto e das suas interações [cfr. o artigo 9º/1/f), nº 2 e 4 do RAlA]; por outro lado, a abrangência da noção de ambiente no regime de avaliação de impacto ambiental – muito mais vasta do que a salvaguarda dos efeitos lesivos em termos estritamente ecológicos –, pode levar o Ministro a dar preferência à vertente do desenvolvimento económico, descartando a dimensão ecologicamente preventiva do instituto.

As conclusões que retiramos da análise destes dois casos levam-nos a admitir, em coerência com a natureza vinculativa que entendemos deverem ter os pareceres emitidos por força dos objectivos de prevenção de uma realidade supremamente frágil como o ambiente, o efeito *preclusivo* de ambos. Em nenhum dos casos, portanto, a emissão de um parecer desfavorável deveria desembocar na concessão do acto autorizativo (prévio ou definitivo) pela entidade autorizante¹⁴⁷. Já um parecer favorável deixaria intocada a margem de livre decisão da autoridade competente para a composição de interesses a realizar na decisão final.

Fica, desta feita, em aberto, a questão da forma de ultrapassar a inércia da entidade consultada em matéria especificamente técnica¹⁴⁸. A este propósito, AGUADO I CUDOLÀ apresenta algumas alternativas para prevenir, combater e ultrapassar a não emissão do parecer vinculante. Por um lado, acentuar a vertente da responsabilização disciplinar; por outro lado, promover formas de substituição célere do órgão faltoso¹⁴⁹ – que não se afigura simples, caso se trate de órgãos colegiais e com competência especializada; enfim, numa tentativa de ultrapassar, de forma mais perene, o problema, o Autor refere a possibilidade de o requerente iniciar o procedimento autorizativo já devidamente munido de uma avaliação técnica realizada por uma

¹⁴⁷ Teoricamente, claro, pois como salienta PEDRO GONÇALVES (*Apontamento...*, *cit.*, pp. 9, 10), não é impensável que o órgão decidente se afaste do sentido do parecer. Tal afastamento redundará, pelo menos formalmente, numa decisão ilegal, que poderá ser impugnada por quem nisso tiver interesse.

¹⁴⁸ J. PONCE SOLÉ (*Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental, licencia ambiental y comunicación previa de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la administración ambiental*, in *RDUyMA*, nº 183, 2001, pp. 147 segs, 176) opina no sentido da suspensão do procedimento enquanto o parecer vinculante não for comunicado à entidade decisora. Paralelamente, defende o recurso à figura da *encomienda de gestión* – requerimento do parecer a outra entidade inserida na estrutura administrativa –, a qual permitiria superar o impasse.

¹⁴⁹ Seriam casos de *substituição integrativa*, na tipologia avançada por PAULO OTERO, *O poder de substituição em Direito Administrativo*, II, Lisboa, 1995, pp. 497 segs. Em alguns casos, talvez se possa recorrer ao mecanismo de substituição previsto no artigo 47º/1 do CPA, mas a colegialidade do órgão que emite o parecer pode tornar inviável esta solução.

entidade privada (ou de a pedir no decurso do procedimento, quando confrontado com o entorpecimento deste na sequência do silêncio da entidade consultada), que a Administração se limitaria a rever. Esta última sugestão, no entanto, dependerá sempre de expressa consagração legal, em virtude da translação *material* de competência decisória que implica, e deve ser adoptada com reservas, na medida em que a *encomenda* do parecer a uma esfera alheia à administrativa lança dúvidas naturais sobre a imparcialidade do seu conteúdo¹⁵⁰.

Ora, defender a natureza vinculante do parecer, que radica no enquadramento ecológico realizado pelo órgão com competência especializada na matéria, leva-nos, em coerência, a optar pela valoração negativa do silêncio como forma de *desentorpecimento* procedimental (eventualmente antecedida de uma tentativa de substituição do órgão)¹⁵¹, sobrelevando inequivocamente os objectivos de tutela ambiental.

Esta posição, que muitos poderão entender como *ecofundamentalista*, limita-se a resolver um conflito de bens a favor do bem estruturalmente mais frágil e funcionalmente mais valioso (o ambiente)¹⁵². É verdade que o faz, num primeiro momento, de forma cega; todavia, não deve esquecer-se que:

- *primo*, a valoração negativa só deverá acontecer, por um lado, em casos de inacção da entidade consultada, e nos quais seja impossível actuar quaisquer mecanismos de substituição – o que sempre lhe conferirá (como, de resto, à valoração positiva) um carácter subsidiário. A *ultima ratio* que esta solução deve consubstanciar convida também, por outro lado, o legislador a introduzir mecanismos de aceleração procedimental, que invistam a entidade competente para a emissão do parecer num papel de controlador de segundo grau – permitindo ao particular municiar-se de actos certificativos que minimizem o tempo de espera e a complexidade da análise administrativa;

- *secundo*, o particular, uma vez notificado da decisão desfavorável, poderá sempre lançar mão da providência cautelar de suspensão da eficácia do acto, cumulada com uma providência de intimação da pessoa colectiva que integra o órgão faltoso

¹⁵⁰ V. AGUADO I CUDOLÀ, *Silêncio...*, *cit.*, pp. 281 segs. A questão da independência – sobretudo, em face do requerente – é um penhor do interesse público. Anote-se a acentuação deste requisito, por exemplo, no DL 233/04, de 14 de Dezembro, que abre a porta à intervenção de “verificadores independentes” do relatório de emissões fruto do resultado da monitorização do operador, com vista ao controlo do cumprimento dos termos das licenças de emissão de gases com efeito de estufa pelo Instituto do Ambiente (cfr. o artigo 23º e o Anexo V, ponto 12). O controlo de segundo grau não fica de todo afastado, dado que o Instituto do Ambiente, apoiado em parecer obrigatório da Direcção-Geral de Geologia e Energia, pode inverter as conclusões do relatório (artigo 23º/4).

¹⁵¹ Poderia considerar-se ainda uma outra hipótese, que passaria pela seguinte tramitação: notificação da ausência de emissão do parecer ao particular; fixação de um prazo de 30 dias para intentar uma acção [administrativa comum, uma vez que se não trata de um acto externo – artigo 37º/2/e); ou administrativa especial, dado que, sendo o parecer vinculante, caso desfavorável, seria impugnável – artigo 51º/1 do CPTA?] ou mesmo lançar mão de uma intimação nos termos do artigo 109º do CPTA, para defesa do direito de iniciativa económica (mas haveria indispensabilidade?); perante a omissão do particular, o procedimento prosseguiria, formando-se acto tácito de indeferimento. Esta seria uma solução de *ultima ratio*, só penalizante do particular em caso de inacção deste; mas, em contrapartida, dificilmente se poderia considerar uma forma de desentorpecimento procedimental, uma vez que “enxertaria” um processo judicial no procedimento administrativo...

¹⁵² Fica a advertência de UDO DI FABIO (*Risikoentscheidungen...*, *cit.*, p. 450): uma ingerência no plano *individual* pode contribuir para uma antecipação de riscos com impacto *social* generalizado.

à emissão do parecer¹⁵³, à qual o juiz responderá com base nos critérios do artigo 120º/1 do CPTA – embora, reconheçamo-lo, a alínea a) só entre em jogo em situações raras, de objectiva e cientificamente comprovada inocuidade da actividade relativamente aos bens naturais eventualmente ameaçados;

- *tertio*, o acto que denega uma pretensão autorizativa emitido com base num parecer vinculante ficticiamente desfavorável será sempre inválido, pelo menos a dois títulos: por um lado, por vício de forma, por ausência do parecer (o mecanismo da valoração do silêncio tem os seus efeitos limitados à agilização do procedimento, não iludindo a inexistência física do parecer); por outro lado, tendencialmente, por duplo vício de forma, na medida em que as razões técnicas expostas no parecer deveriam incorporar o acto autorizativo – não existindo este, falecem aquelas (artigo 125º/1 do CPA); enfim, por violação de lei, por presumível desrespeito do princípio da imparcialidade, que obriga à consideração de todos os argumentos, de facto e de direito, relevantes para a composição equilibrada dos interesses em presença – operação que o órgão autorizante, manifestamente, se vê tolhido de realizar. O particular poderá então, em acção administrativa especial de impugnação da validade do acto, lançar mão destes argumentos;

- *quarto*, não é de descartar a hipótese de responsabilização civil – além da disciplinar que sempre caberá – da pessoa colectiva em que se integra o órgão faltoso, em pedido cumulado com o de impugnação da validade do acto, caso se demonstre a existência de um dano causalmente resultante da inércia (hipótese que pressupõe, naturalmente, que o parecer ficticiamente desfavorável deveria ser, à luz dos pressupostos de facto e sua valoração adequada, favorável à pretensão do particular, por não detecção de motivos de interesse público que ditassem a incompatibilidade do exercício da actividade projectada com a tutela ambiental). Sublinhe-se que o dano sofrido pelo particular é tendencialmente mais ressarcível do que o dano que os bens ambientais poderiam vir a sofrer, caso a opção fosse a da valoração positiva do silêncio;

- *quinto*, sendo verdade que, pelo menos em certas situações, a regra da valoração negativa poderá penalizar intoleravelmente o requerente da autorização¹⁵⁴, não é impossível – embora seja menos provável – que a entidade competente para a emanação do acto autorizativo descarte o sentido negativo fictício, por considerar que a actividade projectada não reveste grau de risco para a integridade dos bens ambientais naturais que justifique o indeferimento. Esta hipótese, que não ficará imune à impugnação de actores populares em defesa do ambiente, é de verificação difícil, mas caso a inocuidade seja ostensiva (o que, no contexto da sociedade de risco, não é cenário no qual o órgão decidente deva levianamente acreditar), poderá acontecer.

¹⁵³ Cfr. os artigos 10º/5, 4º/1/a), 112º/2/a) e f) (e 47º/1 - cumulação no pedido principal), do CPTA.

Na hipótese reversa – de contestação, não de propulsão –, aceitando a impugnabilidade de pareceres vinculantes como forma de “defesa antecipada”, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A justiça...*, cit., pp. 208, 209, bem como o artigo 51º/3 do CPTA.

¹⁵⁴ Sendo certo que, nos procedimentos autorizativos, “vige una particolare regola di giudizio, secondo la quale il sacrificio dell’interesse privato è da contenere nel minimo indispensabile che comporta un’adeguata tutela degli interessi pubblici” – M. S. GIANNINI, *Diritto...*, cit., p. 614.

Em suma: a complexidade inerente ao procedimento autorizativo ambiental é um mal necessário – em face da multiplicidade de interesses em jogo. Todavia, porque a complexidade importa em custos, sociais e económicos, devem estudar-se e aplicar-se medidas que permitam reduzi-la na medida do possível, salvaguardando ainda os objectivos de prevenção que lhe são inerentes. Ou seja, a agilização procedimental deve encontrar o seu limite no núcleo irredutível de fases essenciais à adequada composição entre o interesse público e colectivo da protecção ambiental, o interesse privado da iniciativa económica, e o interesse público do desenvolvimento económico – além de outros interesses, públicos e privados, a tomar em consideração, dependendo das circunstâncias concretas.

3.1.1.2. A participação pública na formação das decisões autorizativas ambientais como elemento essencial de validade procedimental

Um dos factores de entorpecimento e morosidade dos procedimentos tendentes à adopção de quaisquer tipos de decisões com incidência ambiental é a necessidade de realização de uma audiência pública, em virtude da extensão subjectiva do interesse de facto de fruição de bens ambientais naturais. Os artigos 4º e seguintes da Lei 83/95, de 31 de Agosto, confirmam aquilo que a lei procedimental já avançara no artigo 117º/1 (respeitante a regulamentos), bem como no artigo 103º/1/c), e o seu *indirizzo* tem sido repetido em numerosa legislação sectorial. Por seu turno, e recuando ainda mais ao *centro irradiante* do princípio da participação procedimental, encontramos o nº 5 (2ª parte) do artigo 267º da CRP, ao qual, desde 1997, se junta o nº 5 do artigo 65º da CRP, em sede específica de planeamento territorial. Enfim, tendo presente o nº 2 do artigo 66º da CRP [do qual faz eco a alínea c) do artigo 3º da LBA], pode afirmar-se que a dimensão participativa integra e vivifica o interesse de facto na fruição de bens ambientais, contribuindo para a densificação do princípio da solidariedade na gestão racional daqueles bens (cfr. *supra*, Parte I, Cap. II, 1.2.).

Partindo destas considerações, procederemos a um breve excuroso sobre o sentido e os limites do direito de participação (*i.*), para de seguida avançarmos a nossa opinião sobre a sua *fundamentalidade*, no contexto da validade da decisão autorizativa ambiental (*ii.*).

i.) A participação institucionalizada é um mecanismo de antecipação de problemas¹⁵⁵ e resolução de conflitos, porque pode detectá-los e eliminá-los na fase pré-decisória. Mesmo quando não os resolve, pode só por si propiciar uma espécie de catarse para os intervenientes, que acabam por aceitar a solução, vencidos mas convencidos¹⁵⁶. Por isso se torna tão relevante a publicitação dos resultados da consulta

¹⁵⁵ Bem como de danos, o que realça a sua importância na lógica de prevenção que enforma o Direito do Ambiente. Nas palavras de E. RUIZ VIEYTEZ (referindo-se à participação no sentido mais amplo, ou seja, também à vertente do controlo das decisões, administrativo e jurisdicional), a participação dos cidadãos constitui um *procedimento de co-tutela* do bem jurídico ambiente, na medida em que os particulares podem (e devem) colaborar com a Administração na prevenção dos atentados ambientais ¾ *El derecho...*, *cit.*, pp. 218, 219.

pública e a resposta às observações dos intervenientes¹⁵⁷. Só essa finalização permite, aliás, reconhecer ao procedimento a sua vertente de concretização material da democracia participativa.

O direito de participação está, obviamente, dependente da existência de fontes de informação que, de forma completa mas simplificada, tornem os dados $\frac{3}{4}$ tantas vezes de enorme complexidade $\frac{3}{4}$ acessíveis à compreensão do cidadão médio. O direito à informação constitui, assim, um direito instrumental do direito de participação e implica, para o sujeito passivo, as obrigações de promover a existência de elementos dotados do maior grau de inteligibilidade possível, e de os tornar acessíveis ao público. Na síntese de SCOVAZZI, “o conceito de participação do público comporta alguns elementos substanciais irrenunciáveis: que o público conheça os dados da situação (direito à informação); que possa exprimir a sua opinião (direito a ser ouvido); que tal opinião seja tida em consideração pelo órgão decisor (direito a ser tido em consideração); que o público conheça o teor da decisão e os motivos que a determinaram (uma vez mais, direito à informação)”¹⁵⁸.

A difusão da informação por um público vasto induz, contudo, a perda de eficiência da actuação administrativa, em termos de tempo e de custos. Acresce o risco de redução do nível de qualidade da decisão, em virtude da tentativa de contentar o maior número de posições possível¹⁵⁹. Nos procedimentos autorizativos ambientais, mormente quando estão em causa empreendimentos susceptíveis de provocar fortes impactos numa determinada região, estes riscos são consideráveis. Dando como adquiridamente acrescidos os factores tempo e dinheiro¹⁶⁰, o resultado do procedimento pode ter um de dois sentidos fundamentais: ou a Administração transige com as objecções dos intervenientes (total ou parcialmente), o que certamente implicará o prolongamento do tempo procedimental, dada a necessidade de refazer ponderações e realizar novas diligências; ou não acata qualquer sugestão, seja porque teme perder o controlo do procedimento, seja porque, pura e simplesmente, a decisão já estava tomada e a consulta pública visa apenas cumprir formalidades legalmente exigidas – hipótese que esvazia a fase do contraditório público.

A primeira situação é, obviamente, a mais consentânea com o princípio da democracia participativa que as consultas públicas visam vivificar. No entanto, ela assenta em pressupostos de difícil verificação (cumulativa, sobretudo): o de as sugestões serem dadas por cidadãos devidamente esclarecidos sobre as complexidades técnicas do problema, e que essas sugestões sejam economicamente viáveis e colectivamente (no mais restrito e no mais amplo sentido) aceitáveis. O contributo das organizações não governamentais do ambiente pode ser valioso, neste contexto, permitindo intro-

¹⁵⁶ V. sobre a *função de consenso* do procedimento administrativo, J. J. GOMES CANOTILHO, *Procedimento administrativo...*, cit., p. 268.

¹⁵⁷ Vejam-se, por exemplo, os artigos 14º/4, 5 e 6, 15º/4 e 35º/1 e 3, do RAlA, apesar de, no último caso $\frac{3}{4}$ participação em procedimentos de avaliação de impacto ambiental promovidos por outros Estados membros da União europeia $\frac{3}{4}$, a forma de publicitação não estar devidamente disciplinada (embora se possa remeter para o regime previsto no artigo 26º do mesmo diploma).

¹⁵⁸ T. SCOVAZZI, *La partecipazione...* cit., p. 487.

¹⁵⁹ N. PERKINS SPYKE, *Public participation in environmental decisionmaking at the new millennium: structuring new spheres of public influence*, in EA, Vol. 26, 1999, pp. 263 segs, 273.

¹⁶⁰ Cfr. P. ROMBACH, *Der Faktor...*, cit., max. pp. 174 segs; J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição...*, cit., *passim*.

duzir um tempero de racionalidade na consulta. Mas estas associações não são, tão-pouco, imunes a ímpetos de ecofundamentalismo, nem impermeáveis a interesses económicos (ainda que alegadamente *amigos* do ambiente).

No domínio do ambiente, a participação esclarecida, que efectivamente contribui para uma melhoria da qualidade e da aceitabilidade da decisão administrativa é, sem dúvida, um objectivo de árdua consecução. Em primeiro lugar, porque as decisões têm uma forte (ou mesmo exclusiva) componente técnica, dificilmente apreensível pelo cidadão comum e a sua compreensão envolve um considerável investimento de tempo, factores que, não fora o *contrapeso* da intervenção das associações ambientalistas, *elitizariam* demasiado o procedimento, destituindo-o, consequentemente, do universo participativo ideal¹⁶¹; em segundo lugar, em virtude da existência de elementos externos ao cidadão, que podem manipular e distorcer o entendimento do problema, de acordo com objectivos mais ou menos legítimos (lóbis, partidos políticos); em terceiro lugar, *last but not the least*, por força do *localismo* da maioria das questões e da emergência de movimentos de contestação baseados na atitude *not in my backyard*¹⁶².

Este é, pensamos, o ponto mais sensível da questão da participação pública nos procedimentos administrativos, *maxime* nos ambientais — que se traduz, ao cabo e ao resto, no encontro dos limites: a participação tem que ser esclarecida (o que incrementa a objectividade) para ser eficaz (o que acentua a racionalidade). A potenciação dos egoísmos individuais, muitas vezes agravada por informações manipuladoras, coloca a formalidade da consulta pública numa situação paradoxal. Com efeito, somos confrontados com um mecanismo de redistribuição do poder, que é, ao cabo e ao resto, um sinal destes tempos de convulsão interna (e externa¹⁶³) do conceito de soberania¹⁶⁴, mas que, desenvolvendo-se de forma incontrolada, pode levar à negação da sua razão de ser.

Por outras palavras, a participação popular, concretização da ideia de democracia como governo do povo, pode levar ao desgoverno do Estado, forçando a desconsideração do interesse nacional em favor do interesse das colectividades locais $\frac{3}{4}$ em primeira linha, atrasando a tomada de decisão e mesmo, em segunda linha, transformando-a contra o interesse geral¹⁶⁵.

Nunca é demais, portanto, insistir na necessidade de educação ambiental das populações, jovens e idosas, e cultivar uma política de solidariedade nacional em torno de objectivos de conservação de bens de fruição colectiva, essenciais à sobrevivência de actuais e vindouros habitantes do planeta.

¹⁶¹ Cfr. N. PERKINS SPYKE, *Public participation...*, *cit.*, p. 274.

¹⁶² Um sumário dos obstáculos à participação pode ver-se em N. PERKINS SPYKE, *Public participation...*, *cit.*, pp. 292 segs.

¹⁶³ Cfr. o nosso *A evolução do conceito de soberania. Tendências recentes*, *in SI*, nºs 274/276, 1998, pp. 185 segs.

¹⁶⁴ Cfr. F. BENVENUTI, *Dalla sovranità del Stato persona alla sovranità dell'ordinamento*, *in Jus*, 1995, nº 2, pp. 193 segs, esp. 197.

¹⁶⁵ Perdendo-se, assim, a par da legitimação democrática, a legitimação adveniente da racionalidade procedimental que a participação convoca. Cfr. A. BARBOSA DE MELO, *Introdução às formas de concertação social*, Coimbra, 1984, p. 33.

ii.) A participação dos interessados em procedimentos autorizativos ambientais surge, assim, como uma concretização do princípio do Estado de Direito Democrático (artigos 2º e 109º da CRP) e Ambiental [cfr. os artigos 9º/d) e e), e 66º/2 da CRP]¹⁶⁶, e constitui uma forma de legitimação e credibilização das decisões administrativas¹⁶⁷. Como expressão da democracia participativa em sentido amplo, a participação tem uma componente tanto informativa como formativa: ela associa os cidadãos à construção da decisão, *desmistificando* os mecanismos de actuação dos órgãos da Administração $\frac{3}{4}$ trazendo os particulares para dentro do *iter* decisório e solidarizando-os com ele¹⁶⁸. Realizada em condições óptimas, a participação dos interessados constitui um processo bidireccional, assumindo uma faceta pedagógica muito nítida¹⁶⁹.

Mas, o que se sucede quando a participação dos interessados não é promovida? Qual a ferida de validade que afecta o acto final, seja uma autorização para o exercício de uma actividade individual, seja um plano para cujo conteúdo regulatório se transferem os pressupostos objectivos de emissão de actos autorizativos com incidência ambiental?

Não é nossa intenção reeditar aqui a polémica sobre a preterição da formalidade de audiência do interessado no procedimento administrativo: se mera garantia de transparência e imparcialidade processuais (PEDRO MACHETE)¹⁷⁰, cuja ausência gera mera anulabilidade; se verdadeiro direito fundamental, cuja violação importa em nulidade, por força da previsão da alínea d) do nº 2 do artigo 133º do CPA (SÉRVULO CORREIA)¹⁷¹. É a segunda tese a que merece a nossa adesão. Mas, para o que agora aqui directamente importa, nem valeria a pena duplicar os argumentos no sentido da demonstração da plena aplicação dela no domínio que nos ocupa, pois até o Supremo Tribunal Administrativo, em aresto recente¹⁷², já se lhe rendeu – embora com base em premissas que não aceitamos.

O Acórdão a que aludimos recupera uma tese intermédia, construída pelo STA, que reconhece natureza de direito fundamental ao direito de audiência *quando o for* o direito fundamental substantivo afectado pela preterição da diligência procedimental. Estando em causa saber se uma Câmara Municipal deveria ter procedido

¹⁶⁶ Além de constar de diversos instrumentos de Direito Internacional do Ambiente e de direito (interno) comparado $\frac{3}{4}$ T. SCOVAZZI, *La partecipazione...*, *cit.*.

¹⁶⁷ Cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Participação e descentralização*, Coimbra, 1978, pp. 36 segs; DAVID DUARTE, *Procedimentalização...*, *cit.*, pp. 159 segs.

¹⁶⁸ Identificando a participação como forma de “controlo social” da decisão ambiental, J. E. FIGUEIREDO DIAS, *Direito e Política do Ambiente*, CEFA, Coimbra, 1999, p. 62.

¹⁶⁹ Cfr. N. PERKINS SPYKE, *Public participation...*, *cit.*, pp. 266 segs.

¹⁷⁰ PEDRO MACHETE, *A audiência dos interessados no procedimento administrativo*, Lisboa, 1995, p. 517.

¹⁷¹ J. M. SÉRVULO CORREIA, *O direito...*, *cit.*, pp. 156 segs. Outros Autores têm sustentado esta posição: VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca...*, *cit.*, p. 429; DAVID DUARTE, *Procedimentalização...*, *cit.*, pp. 140 segs. V. também (sem se pronunciar sobre a questão do tipo de invalidade, mas reconhecendo carácter jusfundamental ao direito de audiência dos interessados), ANTÓNIO ARAÚJO, *O Código do Procedimento Administrativo e a participação dos administrados*, in *RMP*, nº 53, 1993, pp. 11 segs, 16 segs.

¹⁷² Acórdão do STA de 22 de Janeiro de 2004 (proc. 429/02), publicado nos *CJA*, nº 51, 2005, pp. 14 segs (com anotação de TIAGO MACIEIRINHA, *A audiência dos interessados e o direito fundamental ao ambiente*, a pp. 21 segs, aduzindo conclusões a que não aderimos).

à consulta da população antes de decidir sobre a localização de um aterro sanitário (nos termos do artigo 4º/1 da Lei 83/95, de 31 de Agosto), o Venerando Tribunal declarou a nulidade da deliberação camarária que, sem realizar tal consulta, aprovou a localização do dito aterro, obtemperando que “a deliberação contenciosamente impugnável era, pois, susceptível de pôr em causa um direito fundamental. Pelo que a referenciada falta de audiência prévia dos interessados implica a nulidade dessa mesma deliberação, nos termos do art. 133º, nº 2, alínea d), do CPA”¹⁷³.

O “direito fundamental” que o STA descortinou foi o “direito ao ambiente”, enquanto direito análogo aos direitos, liberdades e garantias, por força da cláusula de extensão de regime constante do artigo 17º da CRP. É aqui, já se vê, que a nossa divergência reside. Nomeadamente, na decisão em apreço, o móbil do STA, mais do que avaliar da efectiva natureza de direito da posição jurídica inscrita no nº 1 do artigo 66º da CRP – questão, aliás, que *despachou* em dois parágrafos e por remissão para *uma* referência doutrinal –, pretendia ultrapassar a dificuldade, por si próprio criada, de desconsiderar a falta de audiência dos interessados, de *per se* e independentemente do direito cuja defesa esteja em causa, como causa de nulidade por violação do direito fundamental à participação em procedimentos que envolvam interesses (tal como surgem configurados nos nºs 1 e 2 do artigo 53º do CPA) integrados na esfera jurídica do cidadão [conjugando o artigo 133º/2/d) do CPA com o nº 5 do artigo 267º da CRP e, mais recentemente, atente-se nesta novidade, com o nº 5 do artigo 65º da CRP].

Sublinhe-se, quase em parênteses, que a tese intermédia do STA assenta em bases extremamente claudicantes. Isto porque fazer derivar a fundamentalidade do direito de participação em consultas públicas da natureza do direito defendido pelos interessados pressupõe a homogeneidade do interesse de todos os participantes. Ora, tal dado não é seguro, antes pelo contrário. Os interesses podem ser convergentes ou divergentes, e assentar, por isso, em normas jusfundamentais diversas (v.g., direito à integridade física, direito à habitação, “direito” ao património cultural...), como o confirma, aliás, a recente alteração da definição de “público interessado” no âmbito do procedimento de concessão da licença ambiental pelo DL 130/05, de 16 de Agosto¹⁷⁴. O direito à participação em procedimentos ambientais constitui uma pretensão de activação da cidadania, uma forma de revelação da solidariedade, um motor de integração social e um penhor da paz comunitária. Vale, destarte, por si só e só por si.

Pode parecer supérflua a detença neste detalhe, quando o resultado final vai ao encontro da nossa convicção. Todavia, e em coerência com a posição que defendemos na Parte I., devemos reiterar que o interesse fundamental cuja tutela antecipativa está em jogo no aresto é, em primeira linha, o da saúde pública e, embora o tipo de decisão o afecte de forma muito remota, a integridade física dos cidadãos even-

¹⁷³ *Loc. cit.*, p. 21.

¹⁷⁴ A nova alínea o) do artigo 2º do RLA (redacção dada pelo artigo 1º do DL 130/2005, de 16 de Agosto), passou a definir “público interessado” como “os titulares de direitos subjectivos ou de interesses legalmente protegidos, no âmbito das decisões tomadas no procedimento administrativo de emissão, renovação da licença ou actualização das condições de uma licença ambiental, bem como o público afectado ou susceptível de ser afectado por essa decisão, designadamente as organizações não governamentais de ambiente (ONGA)”.

tual e futuramente afectados devido à proximidade do aterro. A tutela ambiental (no sentido estrito que lhe damos) não deixa de estar presente, certamente. Mas está-o a título de interesse colectivo, não de direito (fundamental) individual — aliás, ao invocar a Lei 83/95, o STA deveria ter contextualizado o alegado direito enquanto interesse difuso, nada mais.

A conclusão, porém, é plena de sentido. O direito de participação em procedimentos que visem a adopção de actos potencialmente lesivos do ambiente deve ser considerado constitutivo, quer de um ponto de vista sociológico quer, e sobretudo, de um ponto de vista jurídico. A ponderação de interesses que convergem neste tipo de decisões, a natureza colectiva dos bens ambientais, a colocação estratégica da participação pública na definição *imparcial* dos objectivos preventivos do acto autorizativo, todos estes elementos contribuem para a consideração do direito de audiência como fundamental para o exercício de uma conformação materialmente equilibrada da relação administrativa autorizativa.

Enfim, tudo isto para concluir que, estando em causa a legitimação social e jurídica de uma actividade/instalação com potenciais impactos negativos na integridade de bens ambientais naturais, a audição dos interessados na fruição de tais bens é condição de validade da decisão autorizativa, pelo reforço ponderativo que dela flui, bem como pela dimensão de actuação do princípio da solidariedade na gestão racional de bens ambientais que promove. Não havendo lugar a tal diligência — ou não se retirando dela todas as consequências relevantes em sede de ponderação —, a decisão será nula, nos termos do artigo 133º/2/d) do CPA.

3.1.2. A precarização das autorizações administrativas ambientais:

A autorização ambiental é essencialmente uma decisão administrativa permisiva, que concretiza uma determinada equação de interesses, públicos e privados, com vista ao desenvolvimento de uma específica actividade pelo seu titular, de forma tendencialmente duradora, salvaguardando e promovendo, dinamicamente, a protecção do ambiente. O facto de ser um acto autorizativo filia-a, como vimos, num modelo preventivo; e o bem sobre o qual essa prevenção recai, por configurar simultaneamente natureza pública e colectiva, implica que a prevenção, mais do que não afrontar interesses públicos, deva sobretudo ser um instrumento de colaboração do titular na realização da tarefa colectiva de tutela dos bens ambientais naturais.

Ou seja, a autorização ambiental não se limita, na esmagadora maioria dos casos — ressalvando-se apenas certas actividades que, pela sua dimensão e inocuidade comprovada, não ultrapassam o nível de risco residual, tolerável —, a *non far male*; ela visa *far bene*, desde logo porque incorpora no seu seio a concretização de deveres de protecção do ambiente acoplados à posição jurídica de vantagem, com base na norma habilitante e nos limites dos objectivos protectivos enunciados por esta.

Ela reveste, por isso, uma dupla natureza¹⁷⁵: por um lado, traduz uma leitura da situação à luz das necessidades de salvaguarda dos interesses públicos e colectivos,

¹⁷⁵ Falando em *Doppelcharakter* do acto autorizativo ambiental, K. SACH, *Genehmigung...*, *cit.*, pp. 19 segs.

nomeadamente de antecipação de riscos para a integridade dos bens ambientais naturais (*função de controlo*); por outro lado, constitui uma base de actuação para o seu titular, concedendo-lhe direitos e investindo-o em deveres, com observância do princípio da utilização racional de bens naturais (*função de estabilização*)¹⁷⁶. Ambas as funções se interligam e entrecrocaram: a Administração deve fiscalizar a observância do cumprimento dos deveres, os quais, em razão de variáveis directamente proporcionais ao influxo de novas técnicas, podem metamorfosear-se, facto que implica, para o operador e, reflexamente, para a Administração, uma obrigação de actualização constante.

A estabilidade do acto autorizativo, em campos de actuação fortemente dominados pela técnica, é relativa. A contínua revisão a que estão sujeitos os métodos de aproveitamento de recursos introduz um elemento de incerteza que faz da tutela do ambiente uma área *movediça*. O dinamismo da protecção do ambiente é inversamente proporcional à densidade da protecção da confiança do titular da autorização. Todavia, ser-lhe-á mais favorável a emissão de um acto, se bem que precário e criador de deveres, que lhe permita desenvolver uma qualquer actividade económica (ou outra) sob vigilância administrativa — ainda que, no limite, sujeito à sua revogação por confirmação ou superveniência de factores de risco intolerável —, do que ver-se negado tal possibilidade, em nome da necessidade de obtenção de uma certeza total sobre a inocuidade da actividade¹⁷⁷.

A antecipação de riscos no limite do tecnicamente possível, porque, em regra, respeitadora do risco residual, abre à liberdade um espaço que a precaução não tolera. Naturalmente que esta *fresta* que o princípio da proporcionalidade — salvo indicação expressa da lei habilitativa — deixa ao requerente da autorização tem o preço da protecção do bem jurídico *ambiente* através do acatamento dos deveres que a Administração, em concreto, considerar essenciais no confronto com o estado da técnica. A intensidade da ingerência administrativa há-de ser tão diminuta quanto possível; no entanto, a salvaguarda da integridade dos bens ambientais contra riscos, razoável ou minimamente prováveis — conforme se há-de apreender, explícita ou implicitamente, do quadro normativo habilitativo —, obriga a uma redução do potencial estabilizador da autorização directamente proporcional à sua “temporalização” (*Temporalisierung*)¹⁷⁸.

Ora, curiosamente, esta evolução do conteúdo da autorização — que representa, como vimos, uma autêntica refundação — corresponde à reaparição de uma noção que com ela convivia como *parente pobre* no Estado liberal: a autorização de polícia (MAYER; RANELETTI), ou licença policial (MARCELLO CAETANO). Na verdade, descontando o elemento técnico — pelo menos com a sofisticação e complexidade que actualmente reveste — que hoje avulta nas autorizações ambientais, elas apresentam certas características que os Autores antigos aliavam às autorizações de polícia (em sede de controlo da criação e funcionamento de estabelecimentos insalubres, tóxicos e genericamente perigosos para a saúde e ordem públicas): a limitação temporal, o condicionamento interno, a livre revogabilidade, a não ressarcibilidade de

¹⁷⁶ “Kontroll -und Schutzfunktion” e “Stabilisierungsfunktion”, na exposição de K. SACH, *Genehmigung...*, cit., pp. 45 segs.

¹⁷⁷ Cfr. UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, cit., pp. 314 segs.

¹⁷⁸ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, cit., p. 307.

prejuízos por virtude da revogação.

Parece, assim, que a lógica da produção administrativa de actos permissivos com um nível de estabilidade relativo não é nova. E o consenso que a rodeava, na época liberal – minimizado pelo seu reduzido âmbito de aplicação –, deveria emergir, agora, com ímpeto renovado, por força do incremento, quantitativo e qualitativo, das tarefas estaduais na sociedade de risco. Paradoxalmente, porém, o nosso ordenamento jurídico, apegado a uma visão reducionista e arcaicamente liberal do universo de actos permissivos, se é verdade que *abriu* a modelação administrativa do conteúdo das decisões em atenção às exigências de satisfação de um interesse público indiciado pela lei e conformado pela Administração (cfr. o artigo 121º do CPA), não menos certo é que *fechou* o regime da revogação dos actos “constitutivos de direitos” de forma incompatível com as necessidades de adaptação a novas circunstâncias de interesse público tão típicas da sociedade hodierna. Facto que, na ausência de lei especial, torna altamente complexa a articulação entre o acto administrativo sujeito a termo, condição ou modo, com o quadro normativo previsto nos artigos 140º e seguintes do CPA – uma vez que qualquer destas modalidades pode conduzir a resultados materialmente idênticos à revogação (neste sentido, de resto, milita o artigo 147º do CPA).

A este problema voltaremos no Capítulo seguinte (v. *infra*, Cap. II, 1.2.). Por ora, e com uma intenção predominantemente descritiva, limitar-nos-emos a apontar algumas características que atenuam o potencial estabilizador do acto autorizativo e que fazem dele uma decisão frágil, “que não se cristaliza (...) porque sobre ela pende, seja a ameaça de revogação, seja a ameaça de outro tipo de acto susceptível de afectar a posição jurídica até ao momento atribuída”¹⁷⁹: enfim, uma decisão precária.

3.1.2.1. A intrínseca “provisoriedade” - ponto de ordem e remissão parcial

Impõe-se, antes de mais, um ponto de ordem para explicar as aspas, ou seja, para fixar o sentido da noção de “acto provisório” no contexto das decisões autorizativas de gestão do risco ambiental. O acto autorizativo emitido num cenário de incerteza constitui um acto intrinsecamente provisório. Isto porque a Administração, ao ver-se confrontada com a necessidade de fazer corresponder os pressupostos de facto com a base normativa habilitante da competência de conformação da relação

¹⁷⁹ FILIPA URBANO CALVÃO, *Os actos precários...*, cit., p. 105.

jurídica autorizativa, enfrenta um de dois cenários possíveis¹⁸⁰:

- incerteza quanto ao *se*: a Administração não está segura de que a actividade a desenvolver pelo particular, nos termos requeridos, esteja isenta de risco relevante para os bens ambientais naturais (e outros). A incerteza radica na própria *averiguação* da base factual (*Ermittlung eines bereits abgeschlossenen Sachverhaltes*);

- incerteza quanto ao *como* e *quando*: a Administração, na posse de argumentos científicos que lhe permitem aferir da componente de risco que a actividade envolve, não domina cabalmente a evolução das interacções entre o exercício da actividade e a tutela ambiental, desconhecendo como e quando as circunstâncias de risco possam eclodir. A incerteza projecta-se no *desenvolvimento* futuro dos pressupostos de facto (*Sachverhaltentwicklung*).

A extensão temporal do défice de esclarecimento dos pressupostos de facto (*Defizite der Sachverhaltungsaufklärung*) é consequência directa da superação da visão tradicional que enquadrava a actividade de defesa contra perigos (*Gefahrenabwehr*). Na lógica clássica, a norma habilitante assentava num esquema *se...então*, que dependia do estabelecimento de umnexo de probabilidade inequívoco, ou muito alto, no momento da prática do acto ou, no limite, num momento próximo deste¹⁸¹. Com a transição para o modelo da antecipação do risco, não só a perspectiva evolutiva da situação se atenua drasticamente, como o grau de susceptibilidade de aferição da compatibilidade entre os pressupostos de facto e os efeitos típicos do acto pode claudicar.

Em ambas as situações, a Administração vê-se privada de uma base de inteligibilidade plena das circunstâncias que envolvem a concessão da autorização. Simplesmente, enquanto na primeira, é a própria emissão do acto que pode estar em causa, na segunda dá-se uma deslocação da incerteza (quanto à margem de risco conhecido) para um momento posterior, que justifica a imposição de deveres mais ou menos agravados com vista à protecção ambiental, mas não tolhe a prática do acto autorizativo.

Exemplo da primeira situação é o do pedido de autorização de venda de um adubo cujos efeitos lesivos para o ambiente e saúde são subitamente postos em causa por estudos inconclusivos – daí para a frente, as autorizações podem ser sujeitas à condição de, assim que se prove a lesividade com um mínimo de certeza, perderem

¹⁸⁰ Neste sentido, louvando-se numa distinção de Schimmelpfennig, UDO DI FABIO, *Vorläufiger Verwaltungsakt bei ungewissem Sachverhalt*, in *DÖV*, 1991/15, pp. 629 segs, 631; *idem*, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, p. 314. Contra, defendendo a autonomia do acto precário enquanto decisão baseada num preenchimento incompleto da *facti specie* pela Administração em face do acto cuja incerteza se concentra no desenvolvimento dos pressupostos de facto, K. KEMPER, *Der vorläufige Verwaltungsakt*, in *DVBl*, 1989/19, pp. 981 segs, 982. Quer-nos parecer, no entanto, que o último Autor acaba por abrir caminho a uma aproximação entre as noções quando, a pág. 987, afirma que a prolação de um acto precário depende da “natureza das coisas”, dando precisamente o exemplo das medidas de prevenção de perigos – as quais, por força da percepção do nexode causalidade entre o facto e o dano, pressupõem a prática de “actos definitivos” após a constatação do perigo iminente. Ora, se a justificação da distinção entre os dois tipos de actos é a probabilidade de emissão de um acto final no qual se atesta, com certeza, o preenchimento da base factual, sempre que a probabilidade se tornar mais difusa, a provisoriedade dilui-se, transformando-se numa intrínseca precariedade.

¹⁸¹ UDO DI FABIO, *Vorläufiger...*, *cit.*, pp. 632, 633.

eficácia¹⁸². O artigo 121º do CPA serve aqui de base habilitante à aposição da condição. Exemplo da segunda situação é o das licenças ambientais, que incidem sobre actividades cujo risco é conhecido, mas cuja eclosão pretende ser minimizada pela submissão da actividade às melhores técnicas disponíveis. A “provisoriedade” está implícita na norma habilitante, que admite a conformação do conteúdo do acto em função dos riscos que a actividade (já) revela.

Com efeito, não poder aferir, com uma base de segurança mínima, se o risco existe, é uma circunstância muito mais constrangedora para a Administração do que ter uma ideia da sua existência e das suas implicações. Daí que a emanação de um acto sujeito a condição resolutive seja a melhor solução para, sem tolher de todo a prática da actividade, permitir à Administração fazer cessar os efeitos do acto se, e a partir do momento em que, tomar conhecimento cientificamente apoiado da existência de risco¹⁸³. Cumpre observar, todavia, que o princípio de reserva de lei restritiva obriga a Administração (salvo acordo do particular) a projectar a extensão da sua ingerência apenas aos limites temporais do acto – não ao seu conteúdo impositivo (cfr. *infra*, Cap. II, 3.2.). Isto é, a antecipação da cessação de efeitos de um acto cuja norma habilitante não prevê a avaliação de risco só deve ser admitida *no limite da reserva à Administração da possibilidade de pôr cobro aos seus efeitos lesivos caso eles venham a verificar-se*, mas não deve servir como título outorgante

¹⁸² Quanto às autorizações em vigor, o crescendo de incerteza pode justificar, em tese, uma de três actuações, sucessivamente:

- numa primeira abordagem ao problema, o surgimento de dúvidas ou suspeitas quanto à lesividade do produto pode legitimar a emissão de avisos ao público, cujos efeitos psicológicos são susceptíveis de provocar efeitos na esfera jurídica do titular da autorização tão gravosos como a revogação do acto – constituindo também uma dimensão, embora marginal, da “precarização” dos actos autorizativos (sobre o fundamento e os limites deste tipo de actos, M. SCHULTE, *Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege*, in *DVBl*, 1988/11, pp. 512 segs, 515 segs; e PEDRO GONÇALVES, *Advertências da Administração Pública*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 723 segs, max. 774 segs);

- numa segunda fase, de confirmação próxima das suspeitas, inclusive com registo de alguns danos mas sem comprovação inequívoca do nexo de causalidade com o produto, modificação do acto no sentido da sua precarização (aposição de uma condição resolutive) ou, caso o titular dê o seu acordo, inclusão de modos com vista à minimização do risco previsível;

- numa terceira fase, de verificação de danos causal e adequadamente imputáveis ao produto, declaração de caducidade da autorização e responsabilização do titular (e, eventualmente, também da Administração, caso se consiga demonstrar omissão culposa de deveres de fiscalização e actualização).

Todas estas competências, pelo nível de ingerência que revelam, devem assentar, preferencialmente, em lei formal – ressalvadas situações de urgência – ou, no limite, e em nome da prevenção de riscos para bens constitucionalmente valorados, num princípio de modificação dos actos autorizativos com vista à prossecução dinâmica do interesse público de tutela ambiental (cfr. *infra*, Cap. II, 3.2.).

¹⁸³ A incerteza reinante em certos domínios da sociedade de risco faz com que a percepção tradicional de que os actos precários deveriam restringir-se a actividades sazonais ou efémeras, sem vocação de permanência, seja posta em causa. Ainda tributária desta visão, E. DESDENTADO DAROCA, *El precario administrativo*, Pamplona, 1999, p. 141.

de poderes de ingerência conformativa activa (como se o risco fosse previsível)¹⁸⁴.

O acto autorizativo emitido num quadro de incerteza – sobretudo quanto ao *an* – revela-se assim, por definição, um acto provisório, um acto permanentemente aberto à revisibilidade¹⁸⁵. Esta constatação neutraliza a operatividade que a figura revela na teoria geral do Direito Administrativo. Ou seja, o facto de ser “provisório” por definição, por essência, esvazia a utilidade da qualificação neste domínio, fazendo-a absorver pela noção de acto precário. Tomando aqui de empréstimo a construção de FILIPA URBANO CALVÃO no capítulo do acto provisório, depressa nos apercebemos de que ela, podendo valer em geral, é *curta* para cobrir a realidade de que nos ocupamos.

Com efeito, a Autora qualifica o acto provisório como um acto administrativo *sui generis*, sujeito a uma cláusula acessória mista ou atípica, que consiste na aliança entre um termo final e um modo invertido. Na nossa perspectiva interessada, a sujeição a termo implica que o acto provisório veja a sua eficácia condicionada em função da verificação de um evento futuro e certo: “Por regra – explica FILIPA URBANO CALVÃO –, o acto provisório é praticado quando o órgão administrativo competente tem de tomar imediatamente uma decisão mas não dispõe de todos os elementos (factuais e/ou normativos) necessários para formular um juízo definitivo da situação a regular”¹⁸⁶. O órgão compromete-se, em conformidade, a aprofundar o conhecimento dos pressupostos de emissão do acto, “donde se conclui que a prática de um acto provisório implica sempre e necessariamente a emanação de uma decisão ulterior, que tanto pode repetir a mesma decisão, agora com carácter definitivo, como corrigir o resultado a que conduziu o acto provisório”¹⁸⁷.

Esta tese parte do princípio de que a um acto provisório se seguirá, sempre, um novo acto, tendencialmente “definitivo”, resultado da averiguação sobre a certeza – ou, pelo menos, sobre uma segurança bastante – dos pressupostos de emissão do acto; daí que tenda a considerá-lo como uma decisão a termo. Ora, como vimos, em domínios onde a incerteza é estrutural, este enquadramento não colhe, porque a Administração pode nunca conseguir avaliar, com segurança, a existência de um risco, devendo manter uma atitude constantemente vigilante, sem que isso implique, contudo, o domínio da possibilidade de rever a decisão com base num acervo de conhecimentos mais aprofundado.

A noção de acto provisório alimenta-se de dois componentes: por um lado, a consciência, por parte do órgão decisor, de que, em virtude de lacunas de conhe-

¹⁸⁴ Parece-nos especialmente ajustado apelar aqui à fórmula distintiva utilizada por SAVIGNY (*apud* J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *cit.*, p. 739): “A condição suspende..., mas não obriga; o modo obriga mas não suspende”. Não existindo apoio legal, expresso ou implícito, que habilite a Administração a gerir o risco, a sua tarefa de prevenção deve, em princípio, quedar-se pelo mínimo.

Ora, enquanto a aposição de uma condição resolutive permite ao titular da autorização exercer a sua actividade nos termos legalmente previstos, mas sujeito a fazê-la cessar, caso se verifiquem circunstâncias que atentem contra a integridade de bens ambientais naturais (ou ponham em risco a saúde pública), a imposição de obrigações activas, sem acordo do particular, seria intolerável, na medida em que a própria existência dos factores de risco não se encontra suficientemente comprovada. Um tal modo seria contrário aos fins puramente preventivos (do perigo) enunciados na norma habilitante.

¹⁸⁵ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, p. 306; B. JADOT, *Ordre publique...*, *cit.*, p. 29.

¹⁸⁶ FILIPA URBANO CALVÃO, *Os actos precários...*, *cit.*, p. 28.

¹⁸⁷ FILIPA URBANO CALVÃO, *Os actos precários...*, *cit.*, pp. 29, 30.

cimento, não está preenchida a base competencial habilitante no sentido de poder emanar uma decisão que modele, com carácter de durabilidade, a relação jurídica; por outro lado, a necessidade de decidir rapidamente, por razões de eficácia procedimental ou de salvaguarda de bens jurídicos essenciais. Exemplo paradigmático de acto provisório é a decisão que fixa o início do procedimento de classificação de bens de interesse cultural, investindo o bem no estatuto de “bem em vias de classificação” (cfr. o artigo 25º/5 da Lei 107/2001, de 8 de Setembro), à qual se seguirá, inelutavelmente, ou uma decisão de classificação, ou um indeferimento do pedido de classificação, caducando então o regime especial a que o bem se encontrava sujeito¹⁸⁸.

Materialmente falso exemplo de acto provisório na nossa legislação ambiental era, em nossa opinião, o da “licença industrial provisória e autorização prévia provisória necessárias à realização dos testes de co-incineração”, a emitir sob parecer da Comissão Científica Independente de Controlo e Fiscalização Ambiental da co-incineração [artigo 15º/a) do DL 120/99, de 16 de Abril], dado que se enquadrava num procedimento viciado pela necessidade (do Governo) de estabelecer como certa a inocuidade do processo de co-incineração de resíduos tóxicos para o ambiente e para a saúde, com base no parecer da Comissão Independente. Ora, na verdade, a incerteza radical quanto às consequências, presentes e futuras, do processo não poderia dar-se, à partida, como susceptível de ser erradicada – como até hoje não foi... – numa operação em *contra-relógio* de seis meses (cfr. o artigo 2º/3 do DL 120/99, que fixava o prazo limite da “autorização provisória”), finda a qual se dariam por reunidas as condições de autorização definitiva com base num estudo que se presumia resultar num elemento de apoio à decisão *totalmente esclarecedor* – no sentido positivo (implícito nos diplomas aprovados pelo Governo) ou negativo¹⁸⁹. Por outras palavras, a articulação *formal* entre autorização provisória e definitiva claudica perante a incerteza real que rodeava o processo.

O fundamento da “provisoriidade” decorre, ao cabo e ao resto, da instabilidade material da relação jurídica subjacente, que induz uma dinamização regulativa. “A prolação de um acto precário – explica DI FABIO – implica que a regulação neste contida fique sujeita a uma correcção retroactiva sem que o acto tenha que ser revogado. A eficácia regulatória do acto precário é praticamente (ou temporalmente) balizada, sem que este deva revelar, de forma expressa, um termo ou uma condição”¹⁹⁰. Os actos autorizativos ficam, ou sujeitos a uma implícita cláusula de

¹⁸⁸ Sobre a natureza provisória destas decisões, C. AMADO GOMES, *O património cultural na Constituição*, in *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, I, org. de Jorge Miranda, Coimbra, 1996, p. 337 segs, 362, 363 (e doutrina aí citada).

¹⁸⁹ Padecendo mais obviamente de errada qualificação legal, cfr. os casos apreciados pelo STA em 5 de Junho de 1953, in *Col. Ac. STA*, 1953, pp. 407 segs; em 14 de Janeiro de 1971, in *ApDG* de 14 de Setembro de 1972, pp. 21 segs – ambos tomando uma autorização sujeita a condição potestativa resolutive por uma autorização provisória.

Já o Acórdão do STA de 1 de Junho de 1962 (*Col. Ac. STA*, 1962, pp. 361 segs) qualifica uma decisão como provisória porquanto “ainda não se encontravam esclarecidos todos os aspectos que permitiriam o licenciamento da indústria” (p. 368).

¹⁹⁰ UDO DI FABIO, *Vorläufiger...*, *cit.*, pp. 634, 635 (a retroacção a que o Autor se refere tem a ver com a filiação do conteúdo regulatório modificado no acto inicial, não com o apagamento dos efeitos *ab initio* – o que configuraria, mais do que uma modificação, uma anulação).

reserva de modificabilidade (se a incerteza recair no *quando* e no *como* da eclosão do risco, a Administração deverá mandar introduzir os aperfeiçoamentos técnicos necessários e suficientes caso o padrão preventivo do risco contido no acto não seja bastante para evitar ou minimizar os danos previsíveis) – uma espécie de reserva de modo; ou sujeitos a uma condição resolutive (na hipótese de a incerteza incidir sobre o *se*, caso em que a verificação do risco faz cessar de imediato os efeitos do acto), em virtude da necessidade de continuamente assegurar o imperativo de prevenção de danos graves para o ambiente (e para a saúde) de acordo com as mais recentes inovações técnicas¹⁹¹.

Certo é que o acto autorizativo configura sempre uma fonte de estabilização relativa da relação jurídica, uma vez que esta, por força da instabilidade gerada pelo progresso técnico, se encontra num estágio de revisibilidade permanente. Não se pense, todavia, que a instabilidade latente no acto autorizativo anula a dimensão de estabilização que a autorização convoca, degradando em “direitos enfraquecidos” ou outra qualquer categoria dogmática as faculdades exercidas pelo titular à sombra da autorização. A redução do nível de estabilidade induzido pela incerteza é puramente quantitativo, não qualitativo: o direito permanece essencialmente idêntico ao longo da vida do acto condicionado, só a expectativa quanto à extensão temporal dos seus efeitos iniciais é que se altera.

Redundam estas considerações na negação da valia da noção de acto provisório? A resposta é obviamente negativa. O acto provisório constitui uma noção com uma autonomia operativa sensível, por exemplo, sempre que a Administração necessite de praticar perícias técnicas ou realizar inspecções com vista à conformação precisa dos termos da actividade, mas sem que isso inviabilize o seu início (v.g., renovação da autorização de exploração de um restaurante que aumentou a lotação), ou caso a Administração pretenda regular provisoriamente uma situação com a qual se não pode comprometer de modo definitivo (v.g., cálculo provisório de uma pensão de reforma¹⁹²). Contudo, ela só se revela em domínios onde a incerteza não invada, de forma radical, o núcleo decisional administrativo. Daí que prefiramos o conceito de *acto precário*, mais abrangente, que sujeita a eficácia da decisão autorizativa, ou à superveniência de uma condição, ou à verificação de um termo, ou ainda à caducidade por incumprimento de um modo¹⁹³.

¹⁹¹ J. ROBIN DE ANDRADE, *A revogação dos actos administrativos*, 2ª ed., Coimbra, 1985, p. 179, a propósito da reserva de revogação – que poderia, segundo o Autor, manifestar-se através de expressões como “a título precário”, “a título provisório”, “sob reserva de revogação” –, afirma que a reserva implícita não é de presumir, devido à insegurança jurídica que daí advém. Este argumento, transponível para o plano geral das cláusulas acessórias, não deve ser extremado no âmbito de domínios eivados de risco, tecnológico ou mesmo natural, porque aí a instabilidade decorre, como sublinha DI FABIO, da natureza das coisas, constituindo um factor genericamente reconhecido.

¹⁹² Sobre a utilidade da figura do acto provisório no âmbito das prestações sociais e subvenções do Estado, F.-JOSEPH PEINE, *Der vorläufige Verwaltungsakt*, in *DÖV*, 1986/20, pp. 849 segs, 852 segs

¹⁹³ A noção de acto precário (*vorläufige Verwaltungsakt*) é mais abrangente do que a de decisão provisória (*einstweilige Entscheidung*), na medida em que esta pressupõe a cessação automática dos seus efeitos por força da superveniência de uma decisão definitiva cuja emissão é dada como certa, ao passo que a primeira, ainda que possa conter condições resolutive ou cláusulas de reserva de revogação, pode manter-se indefinidamente – cfr. F. KÖPP, *Verwaltungsakte unter Vorbehalt und sonstige vorläufige Verwaltungsakte*, in *DVBl*, 1989/5, pp. 238 segs, 239.

Feito o ponto de ordem, resta-nos chamar a atenção para o seguinte: como observámos *supra* (3.1.2.), em jeito de introdução a este ponto, há uma desarticulação entre os artigos 121º e 140º/1/b) do CPA, na medida em que muitos dos actos aos quais a Administração pode apor termos, condições e modos identificam-se com o que a doutrina clássica entende por “actos constitutivos de direitos” – logo, insusceptíveis de revogação unilateral salvo por ilegalidade e no prazo previsto no artigo 141º/1 do CPA. Ora, a superveniência de factos futuros, certos ou incertos, tenham eles a ver com uma actuação positiva da Administração ou com a inactividade do particular, afectará a subsistência do acto, ferirá a sua eficácia; por outras palavras, redundará num efeito materialmente idêntico à revogação (com efeitos *ex nunc*).

Haverá formas de contornar esta desarticulação – a elas nos referiremos *infra* (Cap. II, 3.2.). Neste momento, cumpre assinalar que o problema só surgirá quando a Administração actue *sem norma competencial específica que a habilite a condicionar o acto e que lhe permita retirar todas as consequências desse condicionamento*¹⁹⁴; ou seja, sempre que a Administração, actuando com base na norma habilitativa, deva fazer apelo, para incorporar o condicionamento, à conjugação entre os artigos 66º/1, 2ª parte da CRP, e 121º do CPA – aliança que reconhece à Administração, na falta de concretude da lei, um papel conformador do dever de protecção do ambiente, nos limites da razoabilidade. Nos casos em que a autoridade autorizante circunscreva a sua actuação discricionária à introdução na decisão autorizativa de um termo, condição ou modo legais¹⁹⁵, tal operação acarretará inelutavelmente o afastamento do regime fechado do artigo 140º/1/b) do CPA e a aplicação de um regime – expressa ou apenas implicitamente previsto – que permita responder, com coerência e racionalidade, às necessidades de tutela, quer do interesse privado,

¹⁹⁴ Escusado será lembrar que a *moldagem* do acto administrativo com vista à melhor forma de prosseguir o interesse público é fruto do reforço da função administrativa perante a incapacidade crescente do legislador em traçar com precisão a *fattispecie* da norma habilitante, desafiada por uma constante evolução das circunstâncias de interesse público. O artigo 121º do CPA legitima uma capacidade conformativa inevitável das relações jurídicas administrativas favoráveis, em espaços de margem de livre decisão, encontrando-se no limiar do princípio da reserva de lei – na medida em que uma interpretação rígida do artigo 18º/2 da CRP imporia que o legislador previsse a possibilidade de condicionamento da actuação do particular em cada sector legislativo.

Estamos aqui perante mais uma aplicação do mecanismo das *compensações* da reserva de lei a que aludimos na Parte II: não podendo tolher a actuação administrativa em domínios em que se impõe a colaboração do particular com a Administração na prossecução do interesse público *através* da realização de fins privados, o legislador abriu a possibilidade de conformação equilibrada dos actos autorizativos, sempre nos limites finalísticos do acto e com respeito pelo princípio da proporcionalidade (que, dir-se-ia, se *desloca* da função legislativa para a administrativa).

Chamando a atenção para esta subordinação da Administração constitutiva a uma base habilitante conformativa ínsita em lei formal, cfr. os Acórdãos do STA de 30 de Junho de 1950, *Col. Ac. STA*, 1950, pp. 437 segs; de 3 de Fevereiro de 1961, *Col. Ac. STA*, 1961, pp. 112 segs; de 16 de Maio de 1974, *in ApDG* de 2 de Junho de 1975, pp. 969 segs; de 16 de Dezembro de 1976, *in ApDR* de 24 de Agosto de 1978, pp. 1968 segs; de 20 de Fevereiro de 1980, *in ApDR* de 11 de Abril de 1984, pp. 887 segs.

¹⁹⁵ Perdendo, então, a natureza de cláusula acessória, na medida em que deixa de ser o fruto da actividade de conformação administrativa – cfr. M. ESTEVES DE OLIVEIRA, P. COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código...*, *cit.*, p. 569; e o Acórdão do STA de 30 de Junho de 1992, *in ApDR* de 16 de Abril de 1996, pp. 4477 segs, 4480.

Sobre a distinção entre cláusulas acessórias e cláusulas *iuris*, F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Madrid, 1996, pp. 59 segs, *max.* 67, 68.

quer do interesse público: - quando sobrevenha o termo; - se se verificar a condição; e, - caso o particular incumpra as cláusulas modais configuradoras de deveres de protecção do ambiente a que se encontre vinculado.

Constituindo o acto emanado num quadro de incerteza quanto aos pressupostos de facto, *maxime* quanto à existência de risco intolerável decorrente da actividade autorizada, um acto sujeito a uma condição imanente de revogação ou a uma reserva de adaptação – sob pena de lesão irreversível dos bens ambientais naturais (e outros) –, a partir do momento em que o risco se revele, a possibilidade de revogação ou de correcção adaptativa deve estar prevista nos diplomas especiais que regulam a actividade autorizante – esta é uma tarefa indeclinável do legislador. Vejam-se, por exemplo, os artigos 67º/8 do DL 236/98, de 1 de Agosto (sobre livre revogabilidade e modificabilidade das licenças de descarga de substâncias perigosas para águas subterrâneas), ou o artigo 16º/3 do RLA.

A inexistência de bases habilitativas do exercício da competência revogatória e adaptativa coloca delicadas questões sobre a admissibilidade de fazer cessar ou modificar efeitos de actos que investem o particular num conjunto de faculdades que entroncam na liberdade de iniciativa económica (artigo 61º/1 da CRP), ou de investigação científica (artigo 42º/2 da CRP). O fundamento e os limites do poder de ingerência administrativa de segundo grau, no sentido de evitar a lesão de bens de magna relevância pública e colectiva, deverão então encontrar-se, ou a partir de uma leitura alternativa das disposições do CPA relativas ao instituto da revogação, ou por recurso a outro quadro argumentativo. Examinaremos estas hipóteses no próximo Capítulo, tentando dar um contributo para a resolução equilibrada deste problema.

Terminados estes considerandos acerca da imanência de uma condição resolutiva, explícita ou implícita, sobre os actos autorizativos de gestão do risco ambiental – por força da superveniência de circunstâncias de risco intolerável para os bens ambientais naturais –, ou de uma reserva de modo que permita à Administração proceder à actualização do conteúdo dos deveres de protecção do ambiente inicialmente estabelecidos, passemos a analisar, sumariamente, de que forma as figuras do termo e do modo, comuns no contexto da prevenção ambiental, contribuem para acentuar a precaridade dos actos autorizativos.

3.1.2.2. A imposição de termos de validade

O termo traduz-se num evento futuro e certo que condiciona a eficácia do acto autorizativo. A radical incerteza que envolve os pressupostos de facto e as valorações que sobre eles recaem, recomenda o encurtamento da vida dos actos autorizativos, clarificando o imperativo de controlo a que o risco obriga. Sujeitos a termo – resolutivo –, os actos autorizativos vinculam, por um lado, a entidade administrativa à verificação da sua caducidade, obstando à continuação da exploração da actividade uma vez expirado o seu “prazo de validade”; por outro lado, clarificam ao seu titular a necessidade de renovação do título em que se baseia o exercício do seu direito e no qual se fundam os deveres concretos de protecção do ambiente que dele decorrem, fazendo depender de uma circunstância estritamente objectiva – o decurso do tempo – as expectativas de utilização da autorização.

Na legislação ambiental, os termos legais são, todavia, menos frequentes do que

seria esperável, deixando à Administração livre margem de conformação do prazo de vida do acto. Nunca arredando da vista as duas vinculações que decorrem do artigo 121º do CPA – fundamento legal do poder modelador do conteúdo da autorização –, é imperativo que qualquer aposição de termo obedeça ao fim do acto¹⁹⁶ e se pautе pelos parâmetros da proporcionalidade. No entanto, tendo em atenção a multiplicação de autorizações com incidência ambiental, parece-nos não dever ser olvidado o princípio da igualdade. Cientes de que a inclusão de termos se prende, mormente, com a mutabilidade da técnica, pensamos que, de acordo com o estado da ciência e da técnica nos vários sectores, deve a Administração, valendo-se de directivas de auto-vinculação (figura a que aludimos na Parte II, Cap. II, 2.3.i.), tentar estabelecer padrões no que tange à duração do período de vida dos actos autorizativos por sectores, sempre que possível.

Mais do que a salvaguarda dos valores ambientais, a uniformidade na imposição de termos de validade dos actos autorizativos constitui uma garantia de observância das regras de concorrência sã entre empresas do mesmo ramo. Note-se que, quanto mais longo for o prazo da autorização, mais confiante o industrial se sentirá para promover o investimento e incrementar as condições de produção. A variabilidade aleatória da fixação de termos às autorizações influirá, certamente de forma negativa, no crescimento económico – e sem vantagens de tomo para a tutela ambiental, dado que, caso sobrevenham alterações imprevisíveis que possam fazer perigar a integridade dos bens naturais, à Administração deverá ser possível fazer cessar os efeitos da autorização ou impor-lhe modificações (cfr. *infra*, Cap. II, 3.).

No que toca a domínios sensíveis da actividade industrial como a energia, tratamento de metais, de minerais, de compostos químicos – potencialmente mais poluentes –, certo é que o legislador teve a preocupação de limitar temporalmente a validade dos títulos autorizativos, determinando a sua caducidade passados determinados prazos, obrigando assim à sua revisão e eventual actualização. A lei vale-se fundamentalmente de uma de duas técnicas¹⁹⁷: ou estabelece um prazo rígido, que a Administração se limita a incorporar no acto autorizativo – aqui, o efeito acessório do termo desvanece-se; ou estabelece balizas temporais, máximas e mínimas, que a Administração adequa ao caso concreto – retomando aqui o termo, pelo menos parcialmente, a sua natureza de cláusula acessória.

Exemplo do primeiro tipo está patente no procedimento de atribuição de uma licença de exploração industrial. O artigo 20º/1 do Decreto Regulamentar 8/2003, de 11 de Abril, fixa em sete anos – salvo previsão especial – o prazo findo o qual

¹⁹⁶ FILIPA URBANO CALVÃO, na linha de Rogério Soares e Sérvulo Correia, afirma que a filiação ao fim do acto deve ser lida também como obrigação de respeito pelo tipo de acto previsto na lei – **Os actos precários...**, *cit.*, p. 181 segs. Salvo o devido respeito, e pelo menos no âmbito da equivalência funcional acto/contrato (cfr. o artigo 179º/1 do CPA), parece-nos que este apego à tipicidade deve ceder. Ou seja, por exemplo, um acto relativamente ao qual se projecta a aposição de cláusulas modais pode ser substituído por um contrato, precisamente por força desse influxo “negocial”.

¹⁹⁷ Sobre as técnicas de incorporação de cláusulas acessórias nos actos administrativos, F. VELASCO CABALLERO, **Las cláusulas...**, *cit.*, pp. 226, 227.

o acto autorizativo deverá ser sujeito a um reexame das condições de exploração¹⁹⁸. Concretização do segundo modelo topa-se no diploma sobre a licença ambiental, cujo artigo 10º/2/g) dispõe que “o período de validade (...) não deve, sempre que possível, ser inferior a cinco anos, nem exceder dez anos”, sem prejuízo da possibilidade de ser imposta ao operador uma actualização da licença antes de decorrido esse prazo, por força da superveniência de factos que o justifiquem. Neste segundo modelo, a margem de livre decisão deve manifestar-se dentro das margens fixadas na lei, com respeito por ambos os parâmetros a que alude o artigo 121º do CPA: o fim do acto traduz-se na prevenção de riscos para o ambiente, donde o prazo de validade da licença dever ser adequado ao ritmo previsível da evolução técnica no sector em causa; o equilíbrio de interesses há-de respeitar, “sempre que possível”, a margem mínima de recuperação do investimento do titular da autorização, que a lei fixa em cinco anos.

Anote-se, em jeito de parênteses, que é também um reflexo de razoabilidade, de concretização de um desígnio de justiça material, que deve nortear o legislador reformador de um regime autorizativo ambiental no que toca à solução dos problemas levantados pela adaptação de instalações antigas às novas opções normativas. A inclusão de períodos transitórios é um imperativo de solidariedade para com aqueles que são “apanhados” num momento de transição para um futuro patamar mais alto de protecção do ambiente, mesmo que com isso se sacrifique o nível presente de qualidade ambiental. Recusar esse período de adaptação – ou prevê-lo excessivamente breve – implica um sacrifício intolerável de posições jurídicas, contrário, no limite, ao critério de ponderação de interesses que resulta dos artigos 18º/2 e 3, e 266º/1 da CRP¹⁹⁹.

A lei utiliza ainda outras técnicas de precarização dos actos autorizativos, que aliam termos a condições. Com efeito, e por força de uma presunção de deterioração do equipamento derivada de não uso, pode dar-se o caso de, se o industrial suspender a actividade por período igual ou superior a três anos, a licença caducar (artigo 22º/2 do Decreto Regulamentar 8/2003, de 11 de Abril). Pode dizer-se que a eficácia da licença está, entre outros factores, dependente do uso que dela for feita – ficando, nessa medida, sujeita a condição resolutiva apensa a termo. A interpenetração da técnica no conteúdo das autorizações ambientais, a que está inerente um grau de incerteza variável quanto aos seus efeitos sobre a integridade dos bens ambientais naturais, leva a que o legislador, preventivamente, fixe a caducidade de uma licença relativa a uma instalação que, em virtude da paragem de funcionamento, se pode ter tornado uma fonte de risco agravado²⁰⁰.

¹⁹⁸ O nº 4 do artigo 20º provoca-nos alguma perplexidade, na medida em que estatui que o reexame “sempre” desembocará na actualização da licença. Ora, a revisão dos pressupostos de facto no âmbito do procedimento de renovação da licença pode eventualmente redundar na conclusão de que a instalação não tem condições para continuar a laborar. Claro que também é possível ler o preceito como um imperativo teórico de actualização dos termos de exploração, o qual, na prática, por implicar alterações substanciais e inoportáveis para o industrial, se traduza, de facto, na impossibilidade de continuar a exercer a actividade.

¹⁹⁹ Este fenómeno de “retroactividade da técnica” é enfocado por J. ESTEVE PARDO, *La adaptación...*, cit., p. 54. Afirmando que não deve vigorar um princípio de “irretroactividade da técnica” no Direito do Ambiente, TIAGO ANTUNES, *O ambiente...*, cit., pp. 83, 84.

²⁰⁰ É uma espécie de caducidade por desuso – cfr. G. GONZALEZ, *La caducité des actes administratifs unilatéraux*, in *RDPSP*, 1991/6, pp. 1675 segs, 1694 segs.

É, aliás, um raciocínio semelhante que leva o legislador a impor termos de caducidade prévios à própria utilização material das autorizações, como forma de evitar a sua desactualização precoce. O artigo 23º/1 do RLA ilustra esta técnica, prevendo a caducidade num prazo de dois anos após a notificação da decisão favorável se o projecto não tiver sido iniciado. O nº 2 ressalva, todavia, as hipóteses em que o titular invoque razões ponderosas para ultrapassar o prazo – que, parece-nos, podem incluir casos de entorpecimento da própria máquina administrativa e não exclusivamente factos imputáveis ao requerente. Esta previsão revela um desdobramento da eficácia do acto autorizativo, num período anterior ao início da sua concretização material, que fica sujeita à condição legal de utilização até ao prazo de dois anos, sob pena de caducidade²⁰¹.

A verificação do termo, quer este traduza uma imposição legal, quer resulte de uma ponderação administrativa, determina a caducidade do acto, impossibilitando o exercício do direito, de forma válida, após a sua ocorrência²⁰².

3.1.2.3. As consequências do não cumprimento de modos

O modo é a figura que mais contribui para aproximar um instituto como a autorização, tradicionalmente adstrito à realização de fins privados, da concessão. Ao encarregar o titular de actuações que promovem a sua colaboração da prossecução de fins públicos, o modo descaracteriza duplamente a autorização, na medida em que lhe confere, por um lado, uma dimensão pactícia²⁰³ e, por outro lado, revela uma dimensão pública da actividade por ela condicionada²⁰⁴. Numa primeira fase, o modo manifesta-se de forma minimalista, contribuindo para a não ofensa a bens jurídicos fundamentais como a segurança e a saúde pública (v.g., concessão de licença de venda de combustíveis numa área residencial sujeita a instalação de mecanismos eficazes de vedação dos tanques²⁰⁵; licença de venda de produtos na praia sujeita à utilização de equipamentos que impeçam a sua deterioração pelo calor); numa segunda fase, todavia, o modo pode concretizar deveres de preservação de bens colectivos, como o ambiente ou o património cultural, constituindo um instrumento ao serviço da protecção activa desses interesses (v.g., construção de um celeiro em

²⁰¹ Sobre este fenómeno de perempção do direito devido à inacção do titular, G. GONZALEZ, *La caducité...*, *cit.*, pp. 1681 segs.

²⁰² Este facto extintivo determinativo da caducidade deve ser expressamente decretado pela Administração, em nome da segurança jurídica, afirma Eva DESDENTADO DAROCA (*El precario...*, *cit.*, p. 92; contra, F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas...*, *cit.*, p. 71, considerando que o termo final actua *ipso iure*). Sem embargo de concordarmos, em tese, com a Autora, parece-nos que a ausência de tal constatação não legitima qualquer uso ultraactivo da autorização para além do termo fixado.

²⁰³ Cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, *cit.*, pp. 739 segs. Veja-se também E. FORSTHOFF, *Traité de Droit Administratif allemand* (trad. de M. Fromont), Bruxelas, 1969, pp. 333 segs (sobre os actos administrativos que exigem a colaboração do interessado – *der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt*).

²⁰⁴ Acentuando a importância do modo na actividade da Administração de prestação, M. CELESTE CARDONA, *O modo no acto administrativo. Primeira aproximação*, Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1980, inédita, pp. 175 segs.

²⁰⁵ Consulta do Supremo Tribunal Administrativo, homologada a 31 de Agosto de 1918, *cit.*, p. 364.

zona de Reserva Ecológica Nacional com iluminação externa especial²⁰⁶; colocação de instrumentos de medição das emissões poluentes numa instalação fabril, com vista à sua monitorização)²⁰⁷.

As considerações que atrás expendemos a propósito do termo valem também nesta sede, nomeadamente no que toca à diferenciação entre modos típicos e modos legais. A Administração, nos termos e limites finalísticos da norma habilitante, pode impor encargos ao requerente da autorização funcionalizados ao desempenho, por aquele, de tarefas de controlo e de promoção da qualidade ambiental, conjugando o artigo 121º do CPA com o artigo 66º/1 da CRP. Já quando tais modos decorrerem directamente da lei, a sua especificidade dilui-se no conteúdo legal do acto, não revelando qualquer investimento da Administração em termos de capacidade moderatória da relação jurídica. Problemática é a possibilidade, *a descoberto* de norma habilitante específica, de sujeitar o acto autorizativo a uma reserva de modo, abrindo caminho à actualização dos deveres ínsitos nas cláusulas modais face à evolução técnica ou à superveniência de novos factores de risco – por causa do paralelismo com a figura da revogação e dos entraves levantados pelo artigo 140º/1/b) do CPA [cfr. *infra*, Cap. II, 1.2. v.)].

Paradigma de modo legal é a cláusula das melhores técnicas disponíveis (cfr. os artigos 8º/1 e 9º do RLA), que constitui, simultaneamente, uma implícita cláusula mista de reserva de modo e de condição resolutiva. As melhores técnicas não são somente aquelas a que o industrial tiver acesso no momento da emissão da autorização, mas também todas as que vierem a surgir durante a vida do acto e que revelem uma maior aptidão preventiva de riscos ambientais, no contexto da actividade económica concreta desenvolvida pelo titular da autorização. Facto que, naturalmente, convoca o dinamismo interno do dever de protecção do ambiente, bem como impõe à Administração (ou a entidades certificadas) a adopção de mecanismos de fiscalização do cumprimento desse dever de actualização.

Há, todavia, outros exemplos de encargos específicos que a protecção do ambiente demanda, plasmados na própria lei. Vejam-se a necessidade de demonstração, por parte do operador, de que “a concepção, a construção, a exploração e a manutenção de qualquer instalação, local de armazenagem, equipamento e infra-estruturas ligados ao respectivo funcionamento, que tenham uma relação com os perigos de acidente grave no estabelecimento, são suficientemente seguros e fiáveis” [artigo 16º/2/c) do DL 164/2001, de 23 de Maio]; a necessidade de observância de limites de temperatura e oxigenação em águas piscícolas [cfr. o artigo 35º/3/b) do DL 236/98, de 1 de Agosto]; ou a imposição de instalação de filtros de manga para a realização de operações de co-incineração de resíduos perigosos em cimenteiras, conforme resultava do artigo 2º/1 do DL 120/99, de 16 de Abril.

²⁰⁶ Cfr. o artigo 4º/4 do DL 93/90, de 19 de Março.

²⁰⁷ Estes modos aproximam-se da categoria de *modos correctivos*, avançada por F. VELASCO CABALLERO (*Las cláusulas...*, *cit.*, pp. 266, 267), que seriam, segundo o Autor, actuações através das quais “se persigue eliminar, prevenir o aminorar los efectos negativos de un acto administrativo, en relación con el interés general o con terceros. Se trata de *actuaciones materiales* (hacer, no hacer o soportar) dirigidas a superar los efectos negativos, no meras compensaciones”.

Estes “modos” diluem-se no conteúdo do acto, concretizam deveres de protecção do ambiente que se foram *entranhando* na norma, por força da evolução do conhecimento científico e técnico sobre a melhor forma de prevenir danos para o meio natural e para a saúde. Não ganham autonomia enquanto expressão de um poder conformativo específico da entidade autorizante; o seu incumprimento traduz-se no não acatamento da parte impositiva da relação autorizativa de aproveitamento de bens naturais com os correlativos deveres de promoção da qualidade destes, em virtude de se tratar de bens públicos e colectivos. Para exercer a liberdade de iniciativa, de investigação, de criação científica, o titular da autorização tem que cumprir os deveres inerentes, numa espécie de “package-deal”.

Assim se compreende que os diplomas sectoriais onde se contêm as normas habilitativas de competência autorizativa com incidência ambiental, directa ou indirecta, prevejam remédios que permitam à Administração ultrapassar as situações patológicas, ou seja, os casos em que o titular da autorização não cumpre a “sua parte” na relação autorizativa. É comum encontrar-se, na legislação sobre componentes ambientais específicos, um capítulo dedicado às penalizações donde constam, além de sanções contraordenacionais de carácter pecuniário, sanções acessórias como o encerramento das instalações onde se situa a fonte de emissão poluente, ou a proibição de exercício da actividade durante um determinado período. Estas sanções podem não implicar automaticamente a cessação dos efeitos do acto, na medida em que, como estão sujeitas a um prazo máximo (e caso não surja algum outro efeito determinativo da caducidade), pode acontecer que, findo esse, a autorização ainda seja válida e a laboração/actividade possa retomar-se. Todavia, em muitas situações, produzirão efeitos materialmente idênticos à revogação.

Sublinhe-se, aliás, que a Lei-quadro das contraordenações ambientais (Lei 50/2006, de 29 de Agosto), recentemente aprovada, enumera um vasto leque de sanções acessórias, no qual se inclui, para além da obrigação de adopção de medidas preventivas, de reposição do *statu quo ante* e de minimização dos efeitos da infracção [alínea j) do nº 1 do artigo 30º], a “cessação ou suspensão de licenças, alvarás ou autorizações relacionados com o exercício da respectiva actividade” [alínea g) do mesmo dispositivo]. Apesar de implicar a abertura de um procedimento de natureza sancionatória, esta constitui, sem dúvida, uma via de contornar a ausência de mecanismos de “cassar” a autorização do particular que opta pelo incumprimento das obrigações decorrentes do acto autorizativo.

A importância económico-social da actividade, aliada aos custos de investimento que envolve, concorre, com efeito, para submeter a competência sancionatória a estritos parâmetros de necessidade. Um bom exemplo da graduação de intensidade do controlo preventivo de comportamentos ambientalmente lesivos pode encontrar-se no artigo 26º do DL 78/2004, de 3 de Abril. Esta disposição estabelece que, caso se verifique uma situação de incumprimento de um valor limite de emissão de um poluente atmosférico por um período superior a dezasseis horas seguidas, a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional competente deverá notificar o operador para, num dado prazo: reduzir a capacidade de laboração; utilizar um combustível menos poluente; ou adoptar uma outra medida que promova a rápida redução das emissões (nº 2). A suspensão de laboração será um recurso extremo (nº 3), mas mais extrema ainda será a interdição de laboração, aplicável a título de sanção acessória, nos termos do artigo 35º/1/b), em conjugação com a aplicação de uma sanção pecu-

niária [artigo 34º/2/h) do diploma citado].

A apreensão do sentido e dos limites da competência de fiscalização do cumprimento dos deveres de protecção do ambiente revela-se, em situações como a descrita, muito facilitada, em virtude da previsão legal específica de um conjunto de “remédios” para as situações em que o operador falha a observância das obrigações a que está adstrito, por força da lei e/ou por força de determinação administrativa. O legislador seguiu aqui o caminho da sanção acessória – cuja natureza contraordenacional “atirará” a sua contestação para os tribunais comuns [por força do disposto no artigo 4º/1/l), *in fine*, do ETAF] –, mas poderia ter optado pela recondução à figura da revogação sancionatória [como, por exemplo, acontece na Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, cujo artigo 69º/4 dispõe que “Constituem causas de revogação dos títulos de utilização: a) O não cumprimento dos requisitos gerais e elementos essenciais do título; b) A não observância de condições específicas previstas no título”], possibilitando a sua sindicância junto dos tribunais administrativos – situação preferível, em razão da natureza pública do bem violado (ambiente), bem como da natureza pública da obrigação de protecção do ambiente.

De difícil resolução se revelam, porém, os casos em que a Administração cria uma cláusula modal, nos termos do artigo 121º do CPA – para além, portanto, daquelas que eventualmente já constem da lei habilitante e com o propósito de reforçar o comprometimento do titular da autorização com os fins preventivos activos do acto – e se vê perante a recusa de cumprimento desta. O problema coloca-se em virtude da desarticulação – já por nós enunciada *supra* – entre a possibilidade de aposição de modos (e outras cláusulas acessórias) e a competência revogatória, regulada nos artigos 140º e 141º do CPA. É que esta disposição não contempla, à semelhança da sua “congénere” alemã (cfr. o artigo 49/2, §2º da *Verwaltungsverfahrensgesetz*), a hipótese de revogação do acto por incumprimento – da sua dimensão impositiva, seja ela fruto de determinação legal ou de modos criados pela Administração.

A doutrina que se tem pronunciado sobre a questão coloca o enfoque na possibilidade de execução coerciva. No entanto, o problema não reside (ou não reside exclusivamente) na possibilidade de sujeitar o titular da autorização ao poder de execução coerciva no sentido de o obrigar a realizar as operações materiais necessárias à implementação do encargo modal²⁰⁸ – possibilidade que deve constar de lei expressa, pois o princípio da reserva de lei restritiva não permite entender o artigo 149º/2 do CPA como norma habilitante bastante²⁰⁹ –, mas desde logo em resolver o impasse resultante do não cumprimento de uma imposição que serve a realização dos fins do acto, na medida em que concretiza deveres de protecção do ambiente a que a lei, por insuficiente determinação, não aludiu.

Naturalmente que a Administração, tendo imposto a cláusula modal, terá todo o interesse em que ela seja acatada, sobretudo quando esta, mais do que estabelecer uma compensação, se traduz na fixação de obrigações para o titular que redundam na promoção da qualidade de bens de fruição colectiva. Deste ponto de vista, a constatação da cessação dos efeitos do acto deve, como afirma VELASCO CABALLERO

²⁰⁸ Remetendo o enquadramento da questão para o âmbito da execução coerciva, M. ESTEVES DE OLIVEIRA, P. COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código...*, *cit.*, p. 570; F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas...*, *cit.*, pp. 129 segs.

²⁰⁹ Para mais desenvolvimentos desta argumentação, v. o nosso *Contributo...*, *cit.*, pp. 107 segs.

(louvando-se em doutrina alemã)²¹⁰, constituir uma *ultima ratio*. Todavia, não havendo lei expressa que permita proceder à execução coerciva, e estando eventualmente em causa a salvaguarda imediata da integridade de bens ambientais naturais — atingida pelo desenvolvimento da actividade sem acatamento das obrigações de prevenção a ele aditadas pela Administração —, pode haver necessidade de determinar, de forma urgente, a cessação de eficácia do acto autorizativo. Daí que consideremos que, apoiada ou não numa precedente adopção de medidas provisórias que paralise a eficácia do acto até constatação dos pressupostos de incumprimento (ao abrigo dos artigos 84º e 85º do CPA e, bem recentemente, do artigo 41º da Lei 50/2006, de 29 de Agosto, no âmbito de um procedimento sancionatório), a Administração deve poder decretar a caducidade do acto autorizativo, com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, dependendo do momento fixado ao titular da autorização para cumprir a imposição modal²¹¹.

Esta constatação da caducidade do acto dá-se em virtude da ausência de verificação dos seus pressupostos de facto, que incluíam no seu conteúdo, de forma essencial, a realização de operações concretizadoras de deveres de protecção do ambiente²¹². Havendo urgência no esclarecimento da situação e estando a Administração despossuída de competência executiva (note-se que este poder é um *aliud* relativamente à competência declarativa que se traduz na aposição do modo), pode

²¹⁰ F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas...*, *cit.*, p. 136.

²¹¹ Uma outra alternativa, não menos controversa e que descartamos (*v. infra*, Cap. II, 3.2.1.), residiria na aplicação do artigo 141º/1 do CPA, contando-se o prazo aí previsto a partir do momento da constatação do incumprimento.

²¹² No sentido de que o incumprimento de modos gera caducidade — na falta de previsão expressa de outra consequência, diríamos nós, na medida em que o sistema alemão determina a possibilidade de revogação —, F. VELASCO CABALLERO, *Las cláusulas...*, *cit.*, p. 91 e 93.

PIERRE MOOR, ao contrário, afirma que “a la différence de la condition, en particulier de la condition potestative, l’inexécution de la charge n’entraîne pas de soi la caducité de la décision”, admitindo, quer a revogação, quer a execução coerciva $\frac{3}{4}$ *Droit Administratif*, II, Berna, 1991, p. 49. Falando em revogação do acto, *v. também* ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, *cit.*, pp. 291, 292 (louvando-se no Direito alemão); J. ROBIN DE ANDRADE, *A revogação...*, *cit.*, pp. 181 segs; JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *Sobre a natureza...*, *cit.*, pp. 71, 72. Pronunciando-se no sentido da distinção entre a revogação e o acto que determina “a cessação dos efeitos de actos anteriores por os seus beneficiários não cumprirem obrigações que deles emergem”, PEDRO GONÇALVES, *Revogação (de actos administrativos)*, *in DJAP*, VII, Lisboa, 1996, pp. 303 segs, 308.

A razão porque entendemos possível, no silêncio da lei, a aplicação do regime da caducidade assenta em duas premissas: uma negativa, que se prende com a ausência de referência legislativa à consequência do incumprimento do modo; uma positiva, que assenta na constatação de que, servindo-se a Administração do modo como forma de concretizar deveres de protecção do ambiente em face do risco que a actividade comporta, o comportamento activo do particular no sentido do seu acatamento insufla o acto de validade, instantânea ou continuamente; daí que, falhando definitivamente essa *oxigenação*, o acto perca os seus apoios e caduque. A caducidade releva de uma inactividade do particular que, provocando a ausência dos pressupostos do acto, compromete a subsistência do equilíbrio deste, não podendo a Administração ficar privada de meios de controlar a situação de incumprimento, lesiva do interesse público.

Aderindo a esta solução, baseado em previsão normativa expressa, *cfr.* o Acórdão do STA de 5 de Dezembro de 1952, *in Col. Ac. STA*, 1952, pp. 614 segs. No mesmo sentido, mas sem apoio normativo expresso, Acórdão do STA de 12 de Dezembro de 1969, *in ApDG* de 10 de Novembro de 1971, pp. 1249 segs, onde se afirma que “(...) a licença, dado não ter sido cumprida qualquer das mencionadas condições, perdeu toda a sua *eficácia jurídica*” (p. 1257).

considerar mais útil para o interesse público a remoção dos efeitos do acto do que encetar uma batalha judicial com vista ao cumprimento da cláusula modal (à semelhança, aliás, do que ocorre no âmbito da execução de prestações contratuais – cfr. o artigo 187º do CPA). O que não significa que, caso tenha havido danos decorrentes da recusa do particular em acatar a imposição, a Administração não tenha legitimidade para lhe exigir o ressarcimento, a título de curadora do interesse colectivo ambiental – bem assim como pessoas, singulares ou colectivas, investidas em legitimidade popular, o poderão também fazer (cfr. o artigo 48º da LBA).

Dir-se-á que este raciocínio *branqueia* a conclusão de que a declaração de caducidade tem aqui exactamente os mesmos efeitos que a revogação e, estando perante “actos constitutivos de direitos”, o artigo 140º/1/b) do CPA se aplicaria por analogia – ou seja, se a Administração não pode revogar, também não pode declarar a caducidade, tenha ela efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*²¹³. Mas atente-se em que, por um lado, a caducidade não é um efeito extintivo banido ou absorvido pela revogação – o nº 2 do artigo 139º do CPA comprova esta afirmação –, desde logo porque consubstancia uma fonte autónoma de cessação de efeitos, alheia a uma manifestação constitutiva da vontade administrativa²¹⁴. Por outro lado, não faria sentido que, no âmbito de uma competência declarativa concedida por lei, confirmada pela função conformativa de interesses que a CRP reconhece à função administrativa (artigo 266º/1), e reforçada pelo papel concretizador de deveres de protecção ambiental em que a CRP a investe (artigo 66º/1, 2ª parte), a Administração pudesse ver-se impossibilitada de pôr cobro a uma situação de afrontamento ao interesse público, sobretudo num domínio estruturalmente tão sensível como o ambiente²¹⁵.

Claro que situações como esta ganhariam em clareza com uma modificação do regime da revogação de actos administrativos, não só mais conforme com a realidade, como mais coerente com hipóteses de exercício da competência administrativa previstas no próprio CPA. E o ordenamento jurídico ganharia em coerência, uma vez que exemplos como o do artigo 69º/4/a) e b) da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, tendem a multiplicar-se, fruto do impulso da legislação comunitária – evitar-se-iam, nessa medida, regimes de revogação a duas (ou mais...) velocidades. Na ausência de articulação entre aposição de modos e determinação das consequências do seu incumprimento, para além dos casos em que valha a pena obter uma condenação do particular na execução de prestação fungível – a qual poderá ainda redundar na prestação substitutiva por terceiro a cargo do faltoso, com as dificuldades inerentes ao local e duração do tipo de operações materiais em causa –, não deve a Administração ficar tolhida em face do não acatamento de uma imposição essencial para o

²¹³ Cfr. as reflexões de FILIPA URBANO CALVÃO, a propósito da conciliação entre a figura do acto precário e o regime do artigo 140º/1/b) do CPA (interrogando-se sobre se não estaremos perante um caso de “fraude à lei”) – *Os actos precários...*, *cit.*, p. 188. ²¹⁴ Vincando esta diferença, G. GONZALEZ, *La caducité...*, *cit.*, pp. 1708 segs.

²¹⁵ Acresce que, se a caducidade envolve um juízo meramente *certificativo* de ausência de acatamento de um comportamento que integra os pressupostos de facto de emanação do acto, a revogação (abrogatória, a ser possível) implica uma ponderação constitutiva das circunstâncias de interesse público subjacentes à emissão do acto. Como se lê num Acórdão do STA de 21 de Outubro de 1955, “enquanto que na revogação a Administração pratica um acto positivo atinente à destruição dos efeitos dum seu acto anterior, no caso dos autos [declaração de caducidade de uma licença por paralisação da actividade] limitou-se a declarar verificada uma situação de facto (...)” – *in Col. Ac. STA*, 1955, pp. 787 segs, 790.

equilíbrio interno do acto, na qual se concretizam deveres de protecção do ambiente que a lei não fixou especificadamente.

3.2. Imperativo de ponderação e valoração positiva do silêncio

A complexidade do procedimento autorizativo ambiental – formal e material – leva-nos a equacionar uma última questão, que releva, aparentemente, apenas de uma noção ampla de simplificação procedimental mas tem, na verdade, sobretudo a ver com o modelo de prevenção ambiental que se adopte, *rectius*, que se deva adoptar. De facto, a necessidade de emissão de um acto no qual se plasme a ponderação conformativa de interesses confluentes numa autorização ambiental pode desde logo ser posta em causa, em nome de uma supressão de fases procedimentais – *in limine*, do próprio procedimento autorizativo – tendente à agilização da acção administrativa, e à mais rápida satisfação dos interesses dos requerentes.

A técnica da valoração positiva do silêncio serve um objectivo de simplificação – mas não pode fazê-lo a qualquer preço. Repare-se que, se com base nas premissas liberais atribuir ao silêncio da Administração um sentido favorável à pretensão autorizativa do requerente não era mais do que confirmar o papel determinante da lei na concessão do direito (preexistente) ao particular²¹⁶, com a perda desta referência político-ideológica, o silêncio positivo torna-se numa perigosa forma de concessão (e perpetuação²¹⁷) de direitos, através da demissão da Administração do seu papel constitutivo²¹⁸. O “acto tácito positivo”, com o advento do Estado Social, enfrenta uma realidade dilacerante: se, por um lado, se perfila como uma técnica de agilização de uma máquina administrativa cada vez mais sobrecarregada, por outro lado, é susceptível de sancionar actuações pretensivas sem sobre elas fazer qualquer juízo ponderativo e, conseqüentemente, compositivo dos interesses em presença²¹⁹.

Como explica MARTÍN MATEO, o modelo da autorização constitui uma média via entre um sistema puramente repressivo e um sistema de comunicação prévia. Nenhuma destas técnicas é adequada aos casos em que a tutela do interesse público implica uma tomada de posição expressa sobre a compatibilização entre o exercício da actividade privada e as exigências decorrentes da salvaguarda de interesses públi-

²¹⁶ A. AMORTH, *Il silenzio dell'autorità amministrativa di fronte alla richiesta di un'autorizzazione*, in *FI*, Parte Prima, 1949, pp. 148 segs, *passim*; F. GARRIDO FALLA, *Los medios...*, *cit.*, p. 26, nota 33; R. MARTÍN MATEO, *Silencio...*, *cit.*, p. 208. Mais recentemente, J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ambito de las autorizaciones administrativas*, in *RAP*, nº 127, 1992, pp. 103 segs, *passim*.

²¹⁷ Cfr. V. AGUADO I CUDOLÀ, *Silencio...*, *cit.*, p. 58, chamando a atenção para a aliança entre o silêncio positivo, o reconhecimento de direitos preexistentes e o princípio da irrevogabilidade dos actos constitutivos de direitos – aliança gravemente lesiva para o interesse público.

²¹⁸ R. MARTÍN MATEO, *Silencio...*, *cit.*, p. 238. Desdramatizando os aspectos negativos do silêncio positivo em sede de autorizações, J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *Reivindicación...*, *cit.*, pp. 112, 113.

²¹⁹ Cfr. J. TIAGO SILVEIRA, *O deferimento tácito (Esboço do regime jurídico do acto tácito positivo na sequência de pedido do particular)*, Coimbra, 2004, pp. 274 segs. J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA (*Reivindicación...*, *cit.*, pp. 122 segs), defendendo embora a solução do silêncio positivo em sede autorizativa, acaba por reconhecer que ela só é conforme à Constituição nos casos de “autorizações” declarativas, devendo a Administração decidir de forma expressa sempre que a lei lhe conceda discricionariedade.

cos. A lógica do modelo autorizativo “determina inelutavelmente que a Administração conheça, valore e pondere as condições existentes, sem que se lhe possa reconhecer a opção de não proceder a essa análise, ou que na ausência desta o particular possa legítima e incontroladamente pôr em prática a actuação em causa”²²⁰.

Afirmou-se *supra* que, mais do que “afinar” o *nomen juris* da figura – autorização ou licença –, o que subjaz à refundação do conceito de autorização é a percepção dos diferentes graus de intervenção do Estado em face dos espaços de liberdade dos cidadãos nas várias áreas de actuação – social, cultural, económica. Ora, tal abordagem metodológica, aliada à intenção de aliviar a máquina administrativa, obriga a repensar a necessidade de adopção do modelo preventivo relativamente a um determinado conjunto de actuações, nomeadamente quando da norma habilitante se extrai uma redução ao mínimo – ou mesmo eliminação – da margem de livre decisão administrativa de conformação de uma dada situação jurídica.

O nosso legislador do procedimento administrativo deu um primeiro passo nesse sentido, enunciando um leque de hipóteses de aprovação e autorização tácita no nº 3 do artigo 108º do CPA. Para além de revelar um apego criticável à fórmula do “direito preexistente” no nº 1²²¹, esta disposição revela hoje dificuldades de articulação com o regime do licenciamento de obras particulares [nº 3, al. a)], nomeadamente nos casos em que o legislador entende ser aplicável a figura da licença [v. *supra*, 2.iv).], além de deverem considerar-se caducas, por força da entrada em vigor de legislação sectorial, a maior parte das suas alíneas²²². Está, por isso, em aberto uma revisão do(s) modelo(s) de simplificação na lei procedimental – sendo certo que, no que toca à valoração negativa do silêncio, ela foi definitivamente arredada por força da entrada em vigor da nova lei processual administrativa e da consagração da figura da acção administrativa especial para a condenação à prática de acto legalmente devido [cfr. os artigos 46º/a/b) e 66º segs, *max.* 67º/1/a) do CPTA]²²³.

Não é nossa intenção proceder aqui a essa indagação²²⁴. Basta-nos, para concretizar a nossa afirmação, invocar a solução italiana, introduzida em 1990, pela lei 241, de 7 de Agosto (com as alterações aditadas pela lei 493, de 4 de Dezembro de

²²⁰ R. MARTÍN MATEO, *Silêncio...*, *cit.*, p. 217.

²²¹ A qual, “naqueles casos em que as autorizações se confrontam com exigências irrenunciáveis de interesse geral”, inspira dúvidas quanto à sua constitucionalidade. Cfr. as reflexões de L. F. COLAÇO ANTUNES, *O procedimento...*, *cit.*, pp. 209, 210 (nota 502); *idem*, *Para um Direito Administrativo...*, *cit.*, pp. 63 segs.

²²² Remetemos a demonstração desta afirmação para J. TIAGO SILVEIRA, *O deferimento...*, *cit.*, pp. 129 segs

²²³ Neste sentido, M. AROSO DE ALMEIDA, *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, 4ª ed., Coimbra, 2005, pp. 207, 208; J. TIAGO SILVEIRA, *O deferimento...*, *cit.*, *max.* pp. 297, 298.

²²⁴ Para uma ponderação de alternativas, no ordenamento jurídico português, MARGARIDA CORTEZ, *A inactividade...*, *cit.*, pp. 410 segs; J. TIAGO SILVEIRA, *O deferimento...*, *cit.*, pp. 298 segs.

No que toca à solução do silêncio positivo, J. M. SÉRVULO CORREIA avançou recentemente a ideia – a que aderimos, pelo menos no plano das relações externas – de erradicar a figura da lei procedimental geral e de remeter para o legislador a consagração da sua valência em leis especiais, sobretudo por força da variável *complexidade*, nomeadamente no tocante aos prazos de formação do acto silente (*O incumprimento do dever de decidir*, in *CJA*, nº 54, 2005, pp. 6 segs.

1993²²⁵), nomeadamente nos artigos 19 e 20²²⁶. Este diploma procedeu a uma “liberalização” de certas actividades – ou, noutra perspectiva, a uma simplificação da actuação administrativa²²⁷ –, subtraindo-as, nuns casos, à necessidade de autorização administrativa e prescrevendo um regime de denúncia substitutiva de autorização (artigo 19) e, noutros casos, mantendo o modelo autorizatório mas *atenuando* o modo de finalização do procedimento, que resulta na autorização atribuída através de um acto silente (artigo 20)²²⁸. Para o que aqui directamente releva, cumpre sublinhar uma das excepções que o artigo 19 contempla, ao excluir expressamente da abertura “liberalizante” os actos de que possa resultar “prejuízo para a tutela dos valores histórico-artísticos e ambientais” (bem como a segurança do trabalhador no local de trabalho)²²⁹.

Este é um bom exemplo de uma abordagem selectiva da necessidade de ingerência administrativa na esfera de liberdade dos cidadãos, que permite otimizar os recursos cada vez mais escassos da Administração em face do afluxo de actividades teoricamente precisadas da sua intervenção conformadora. Ao restringir a competência modeladora da Administração ao controlo de actuações privadas que: 1) por força da imprescindibilidade da ponderação de interesses públicos que lhes subjaz; 2) em virtude da existência de regras de contingentação; ou 3) devido à complexidade técnica que o seu desenvolvimento seguro envolve, não consentem o seu alhe-

²²⁵ Sobre estas alterações, A. PAJNO, *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell’attività privata e silenzio della’amministrazione*, in *DPA*, 1994/1, pp. 22 segs, *passim*.

²²⁶ Sobre as modificações provocadas por este diploma no domínio da competência autorizatória administrativa, vejam-se F. FRACCHIA, *Autorizzazione...*, *cit.*, pp. 240 segs; V. CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *DAmM*, 1993/1, pp. 55 segs; V. AGUADO I CUDOLÀ, *Silencio...*, *cit.*, pp. 334 segs; J. TIAGO SILVEIRA, *O deferimento...*, *cit.*, pp. 63 segs.

²²⁷ V. CERULLI IRELLI, *Modelli...*, *cit.*, p. 59 (o Autor sublinha, com propriedade, face ao regime do artigo 19 – e por maioria de razão, do artigo 20 – que a liberalização é relativa, na medida em que a Administração tem sempre que ser informada e pode mesmo “avocar” o poder de autorização, em face do conteúdo das pretensões apresentadas – p. 65).

²²⁸ F. FRACCHIA entende que a lei 241/1990 aboliu, salvo casos especiais (que a própria lei indica), a figura da autorização (*Autorizzazione...*, *cit.*, p. 241). Já V. CERULLI IRELLI (*Modelli...*, *cit.*, p. 67) considera que o diploma não substituiu o modelo preventivo pelo modelo da comunicação prévia, na medida em que o acto silente traduz ainda um poder de intervenção da Administração, quer quando deixa intencionalmente passar o tempo necessário à consolidação de uma autorização pela via da valoração positiva do silêncio, quer quando obsta à formação do acto silente por entender que, naquele caso, não estão reunidos os pressupostos que permitem ao particular desenvolver a actividade sem a precedência de uma verificação técnica, ou de uma ponderação de interesses específica (esta última hipótese é também verificável no modelo de comunicação, sempre que a Administração pretenda introduzir determinados limites à actividade do particular).

Para A. PAJNO, no artigo 19 o silêncio da Administração constitui um simples facto legitimante da actividade pelo interessado, enquanto no artigo 20 assume uma natureza constitutiva da relação jurídica autorizativa (*Gli articoli...*, *cit.*, p. 49).

²²⁹ A estas excepções, previstas na lei, devem juntar os casos que a lei não regula – e que permanecem sob a égide do modelo autorizativo clássico. Como estes não são poucos (v.g., procedimentos autorizativos da competência das regiões e das autarquias locais; actos autorizativos necessariamente certificados por documento; actos autorizativos emitidos na sequência de vinculações internacionais), A. PAJNO julga que o novo regime de liberalização é, afinal, “excessivamente tímido” – *Gli articoli...*, *cit.*, pp. 57 segs (a citação é da pág. 59).

amento, o legislador liberta-a para o exercício de funções nucleares ao seu estatuto de poder executivo.

Escusado será alertar para a necessidade de estrita compatibilidade constitucional destas opções, quer no tocante à salvaguarda de garantias procedimentais nucleares (v.g., audiência do interessado; fundamentação), quer no que concerne à obrigação de ponderação de interesses com vista à produção de soluções equilibradas no âmbito de conflitos de direitos e valores. A Constituição desenha o poder administrativo como uma função de concertação de posições antagónicas ou convergentes, com vista à melhor forma de satisfação do interesse público limitando, na menor medida, a esfera de liberdade dos particulares. A extensão indiscriminada da opção de valorização positiva do silêncio (como aconteceu em Espanha, com a aprovação da nova lei do procedimento administrativo, em 1992)²³⁰, e a “liberalização” aleatória de actividades, podem ofender gravemente posições jurídicas jusfundamentais²³¹, quer se trate de direitos subjectivos, quer de interesses de fruição de bens colectivos²³².

Certo é que a opção de substituição do modelo de controlo preventivo por um modelo de controlo sucessivo²³³ manifestada pelo legislador italiano teve em atenção a especificidade da tutela de bens naturais, submetendo a protecção ambiental a um modelo preventivo e exigindo, no que tange às autorizações com incidência ambiental, uma ponderação efectiva e expressa (pelo menos no âmbito da decisão final) dos interesses em presença.

3.2.1. Tendencial inadequação da figura da autorização silente em face da necessidade de protecção do ambiente?

Uma tutela ambiental séria e eficaz é incompatível com a ausência de ponderação tendencialmente subjacente à decisão silente. Em primeiro lugar, em virtude da estrutura do bem, essencialmente frágil e permeável a danos irreversíveis, que o exercício incontrolado de actividades ecologicamente agressivas é susceptível de provocar; em segundo lugar, dada a natureza colectiva do bem *ambiente* e a necessidade de legitimação da decisão através da participação dos usuários dos bens ambientais naturais em jogo (anote-se que a lei 241/1990 reduz drasticamente as garantias dos direitos de terceiros, *maxime* de interesses difusos²³⁴); em terceiro lugar, e na sequência da referência à participação de terceiros, na medida em que

²³⁰ Criticando esta opção – que foi atenuada em 1999, no sentido de impedir a formação de decisão silente positiva sempre que lei especial ou norma comunitária a isso se oponham – do ponto de vista da sua conformidade constitucional, V. AGUADO I CUDOLÁ, *Silencio...*, *cit.*, pp. 352 segs (*max.* 377 segs, para o ambiente); J. I. MORILLO-VERDE PÉREZ, *El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades ineditas*, in *RAP*, nº 159, 2002, pp. 87 segs, 101 segs

²³¹ Cfr. R. GOMÉZ-FERRER MORANT, *El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional*, in *DocA*, nº 208, 1986, pp. 81 segs, 90 segs.

²³² Traçando as linhas mestras da equação necessidade de simplificação/imperativo de ponderação, V. AGUADO I CUDOLÁ, *Silencio...*, *cit.*, pp. 430 segs.

²³³ Cfr. A. PAJNO, *Gli articoli...*, *cit.*, p. 45.

²³⁴ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Modelli...*, *cit.*, p. 64 (ficam praticamente reduzidos à tutela contenciosa, podendo qualquer interessado requerer ao tribunal que obrigue a Administração a encetar um procedimento autorizativo no âmbito do qual possa ser ouvido).

a autorização ambiental normalmente se situa num cruzamento de interesses cuja composição equilibrada a Administração não pode desprezar – e que, quer o sistema de comunicação prévia, quer o regime do silêncio-consenso arredam; em quarto lugar, a prevenção do risco ambiental assenta, como sabemos, numa análise de pressupostos de facto que não descarta a avaliação técnica – impraticável fora do modelo preventivo clássico; em quinto lugar, só a autorização expressa permite a incorporação de cláusulas acessórias, fruto de ponderações técnico-valorativas concretas²³⁵; e, em sexto e último lugar, só a autorização expressa é susceptível de acolher a fundamentação formal do acto, inarredável elemento de exteriorização dos motivos que o sustentam e da concreta equação de interesses que dele se extrai²³⁶.

Estas considerações são perfeitamente transponíveis para o ordenamento português. Mais: elas traduzem imperativos constitucionais e comunitários que o Estado português não pode ignorar. Com efeito, o facto de a Constituição colocar o ambiente sob sua protecção significa que, em cada actuação, pública ou privada, que possa ter incidência relevante sobre bens naturais, a tutela ambiental deve constar da equação ponderativa de interesses realizada, quer no sentido de promover a qualidade ambiental, quer no sentido de evitar a produção de danos graves para o ecossistema. As circunstâncias de o ambiente ser uma matéria horizontal e verticalmente transversal [artigos 66º/2/f) da CRP; 3º/d), e) e f) da LBA], de a sua preservação se cruzar com outros objectivos constitucionalmente protegidos [cfr. o artigo 81º/l), m) e n) da CRP], de a sua tutela constituir simultaneamente uma tarefa estadual [artigo 9º/e) da CRP] e um dever de cada cidadão, mais ou menos intenso consoante as actividades ecologicamente lesivas que desenvolva no seu dia-a-dia (artigo 66º/1, 2ª parte da CRP), obrigam a uma ponderação *efectiva* da conjugação entre a prossecução desta tarefa partilhada e a afectação ou promoção de outros objectivos.

No Direito Comunitário, a tutela ambiental mereceu acolhimento expresso no Acto Único Europeu, ratificando assim a adopção da política de ambiente como objectivo nuclear da criação de um mercado único, assumido na Cimeira de Paris, de 1972 (cfr. *supra*, Parte I, Cap. I, 2.1.). Sendo o ambiente uma grandeza transfronteiriça, e mesmo que o princípio da lealdade comunitária a tal não obrigasse, é facilmente apreensível que a uniformidade de aplicação das medidas protectivas se torna essencial para a salvaguarda da qualidade dos componentes ambientais naturais no espaço europeu. Pode dizer-se que, não sendo forçosa a absoluta homogeneidade no plano legislativo – cfr. o artigo 176 do Tratado de Roma –, a acção conjunta dos Estados neste domínio se impõe desde logo pela natureza das coisas. E, quando esta não constitui argumento suficiente, o Tribunal de Justiça não tem cedido às tentativas de escamotear os objectivos de estabelecimento de níveis de protecção elevados, ressaltados os casos em que os Estados actuam ao abrigo de derrogações (temporárias)

²³⁵ Neste sentido, F. C. SAINZ DE ROBLES RODRIGUEZ, *El llamado «silencio administrativo»: un escándalo en el Estado de Derecho*, in *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor J. González Pérez*, I, Madrid, 1993, pp. 617 segs, 633.

²³⁶ No sentido de que o acto silente é, por natureza, insusceptível de incorporar uma fundamentação expressa, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever...*, *cit.*, pp. 156 segs, *max.* 173. Já J. M. SÉRVULO CORREIA entende que apenas o acto tácito positivo se afigura como infundamentável, pois seria uma “contradição insanável” que o legislador atribuísse ao particular um direito através de um acto ferido de vício de forma por falta de fundamentação – *Noções de Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1982, p. 396.

legítimas (cfr. o artigo 175/5 do Tratado de Roma).

A ponderação de interesses é um imperativo inarredável no domínio ambiental – assim o afirmou o Tribunal de Justiça, em decisão prolatada em 1991. Tratou-se de um caso que opunha a Comissão ao Estado italiano²³⁷, que alegadamente não transpusera de forma correcta uma directiva (80/68/CEE) sobre a protecção de águas subterrâneas contra a poluição por substâncias perigosas. No que aqui directamente releva, um dos problemas levantados pela Comissão teve a ver com o facto de a directiva impor um modelo preventivo, de autorizações de descarga concedidas após uma averiguação circunstanciada das bases da pretensão, que Itália teria transformado numa norma habilitante de concessão de autorização provisória tácita.

Depois de sublinhar que, “desde que há autorização tácita, não é seguro que o controlo tenha sido efectuado”, o Tribunal condenou o Estado italiano por incumprimento da directiva, por esta prever que “a recusa, a concessão ou a revogação das autorizações devem resultar de um acto expresso e segundo regras de processo precisas que respeitem um certo número de condições necessárias, condições que determinam os direitos e as obrigações dos particulares.

Por conseguinte, uma autorização tácita não poderá ser compatível com as exigências da directiva, tanto mais que, como a Comissão salientou, essa autorização não permite a realização de investigações prévias, nem de investigações *a posteriori*, nem de controlos” (consid. 30 e 31)²³⁸.

Os mais cépticos poderiam duvidar da extensão deste princípio de decisão expressa para além da directiva 80/68. Qualquer dúvida dissipar-se-ia, porém, com nova decisão do Tribunal de Justiça, dez anos mais tarde, também num processo por incumprimento, agora contra o Reino da Bélgica²³⁹, por indevida transposição de várias directivas com incidência ambiental: além da directiva 80/68/CEE, estavam também em jogo as directivas 75/442/CEE, 76/464/CEE, 84/360/CEE, todas relativas a fenómenos de poluição, e a directiva 85/337/CEE, sobre avaliação de impacto ambiental. O incumprimento do Estado belga traduzia-se, segundo a Comissão, na adopção da regra da valoração positiva do silêncio, no contexto do poder autorizativo das entidades competentes para exercer o controlo preventivo sobre as actividades geradoras de poluição nos domínios abrangidos pelas directivas.

A “novidade” deste processo prende-se, não só com o alargamento da necessidade de pronúncia administrativa expressa a várias outras autorizações, como e sobretudo, com a sua extensão a um acto prévio como a declaração de impacto ambiental. O Advogado-geral JEAN MISCHO, equacionando esta questão, afirma não ver qualquer razão para adoptar uma perspectiva reducionista, circunscrevendo a jurisprudência de 1991 à directiva 80/68. “Com efeito, todas elas [directivas] têm por objecto, entre outros, as autorizações a conceder a diversas entidades susceptíveis de afectar o ambiente. Além disso, todas elas têm em comum o facto de precisarem, por um lado, as condições detalhadas quanto aos dados que devem constar de tais autorizações e,

²³⁷ Acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, caso C-360/87, *in Col.* 1991, I-791 segs, 812 segs. Cfr. também o Acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, caso C-131/88, *in Col.* 1991, I-825 segs (pondo em causa a deficiente transposição da directiva 80/68/CEE, agora opondo a Comissão à Alemanha).

²³⁸ Sobre esta decisão, v. V. AGUADO I CUDOLÁ, *Silêncio...*, *cit.*, pp. 381 segs.

²³⁹ Acórdão de 14 de Junho de 2001, caso C-230/00, *in CEDOUA*, 2001/2, pp. 67 segs (com anotação de J. E. FIGUEIREDO DIAS).

por outro, as garantias de que se deve rodear a autoridade competente, que tem o dever de fixar, por meio de diversos estudos, um determinado número de elementos, antes de deferir a autorização pedida” (ponto 8).

O Tribunal de Justiça não se fez rogado e, aprofundando a jurisprudência fixada em 1991, reiterou a conclusão de que uma autorização tácita é incompatível com a manutenção de um nível adequado de prevenção de riscos ambientais, por força da ausência de ponderação que lhe é inerente. “As autoridades nacionais são, por conseguinte, obrigadas, nos termos de cada uma destas directivas, a examinar, caso a caso, todos os pedidos de autorização apresentados”, afirmou peremptoriamente o Tribunal do Luxemburgo (consid. 16).

Em face destas considerações, o afastamento da técnica da valoração positiva do silêncio no quadro da prevenção de riscos ambientais impõe-se, embora essa atitude, ao contrário do que sucede em Itália, não resulte directamente do quadro legislativo português²⁴⁰. Há mesmo um exemplo claramente atentatório do Direito Comunitário (à luz da decisão de 2001 *supra* citada) de valoração positiva do silêncio na nossa legislação ambiental: trata-se da solução adoptada no quadro do regime de avaliação de impacto ambiental, consagrada no artigo 19º/1 do RAlA (mas só para procedimentos relativos à avaliação de impactos intrafronteiriços..., por força da exclusão operada pelo nº 7, e apesar da “panaceia” de recurso ao estudo de impacto ambiental por parte da entidade licenciadora, de duvidosa operacionalidade, ínsita no nº 5, ambos do artigo 19º). A valoração positiva do silêncio (ministerial) conducente à formação de uma declaração de impacto ambiental favorável²⁴¹, muito criticável (e criticada²⁴²), foi (bem) abandonada pelo legislador no que toca à licença ambiental, cujo regime remete para a iniciativa do particular a propositura de uma acção de condenação da entidade faltosa à prática de acto legalmente devido junto dos tribunais administrativos, em caso de esgotamento do prazo de decisão (cfr. o artigo 21º/5 do RLA)²⁴³.

²⁴⁰ Conforme refere J. TIAGO SILVEIRA (*O deferimento...*, *cit.*, p. 274, nota 304), o Bloco de Esquerda apresentou, durante a VII legislatura, um projecto de lei (500/VII) com a intenção de aditar um nº 4 ao artigo 108º do CPA, o qual rezaria como segue: “Ficam excluídos do deferimento tácito os casos previstos nas alíneas a) e b) do nº 3, quando desse acto resulte a violação de normas destinadas a garantir a defesa do ambiente, dos patrimónios histórico e natural e do ordenamento do território, normas e regras resultantes de planos directores municipais, planos de urbanização ou planos de pormenor ou, ainda, disposições de protecção a terrenos classificados como de reserva natural, ecológica ou agrícola”. Este projecto, que não chegou a ser discutido, é claramente inspirado na excepção prevista na lei italiana.

²⁴¹ Ressalve-se a natureza não autorizativa da declaração de impacto ambiental, mas sublinhe-se a sua força vinculativa negativa no que respeita às fases procedimentais posteriores.

²⁴² Cfr., à luz do anterior regime (em que a declaração de impacto ambiental ainda era qualificada pela lei como um “parecer”), a contundente crítica de L. F. COLAÇO ANTUNES, *O procedimento...*, *cit.*, pp. 208-210, nota 502. Já sob a vigência do DL 69/2000, de 3 de Maio, vejã-se J. TIAGO SILVEIRA (*O deferimento...*, *cit.*, p. 277, e nota 306), V. PEREIRA DA SILVA, *Verde...*, *cit.*, p. 166 e, em especial, J. E. FIGUEIREDO DIAS, *O deferimento tácito da DIA - mais um repto à alteração do regime vigente*, em anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de Junho de 2001 (*loc. cit.*, pp. 72 segs).

²⁴³ Em Espanha, o regime catalão de concessão da licença ambiental envereda pela valoração positiva do silêncio, expondo-se à crítica da doutrina, que contesta a ausência de ponderação induzida pela autorização tácita – cfr. J. PONCE SOLÉ, *Prevención...*, *cit.*, p. 179. Para uma contextualização da simplificação procedimental em Espanha (onde só em diplomas sectoriais do âmbito do Direito Administrativo económico se encontram técnicas de concretização), J. TORNOS MAS, *La simplificación procedimental en el ordenamiento español*, in *RAP*, nº 151, 2000, pp. 39 segs, 60 segs.

O silêncio como forma de finalizar um procedimento autorizativo ambiental, dado o seu presumível automatismo, é tendencialmente atentatório dos princípios constitucionais da prossecução ponderada de interesses públicos e privados; da imparcialidade (incorporação no procedimento de todos os argumentos relevantes); da proporcionalidade (obrigação de sopesar o objectivo de antecipação de riscos ambientais em face das posições jurídicas subjectivas, de modo a não impor deveres demasiado intensos); da participação como forma de concretização da solidariedade na promoção e preservação da qualidade dos bens ambientais naturais; enfim, da prevenção de riscos ambientais na medida do tecnicamente possível (artigos 266º/1 e 2 e 66º/2 da CRP). A maneira de vencer a inércia administrativa quanto à emanção da decisão final de um procedimento autorizativo deve ser remetida para os tribunais (através da acção regulada nos artigos 66º segs do CPTA), salvo, porventura, nos casos em que a intervenção da autoridade administrativa esteja condicionada por pareceres técnicos vinculativos ou outras diligências, cujo efeito preclusivo anule os riscos da valoração positiva do silêncio. Passemos a explicar esta ressalva.

3.2.2. Uma solução ainda constitucionalmente admissível

Apesar de o acto silente positivo ter já sido considerado um “escândalo no Estado de Direito”²⁴⁴, de tendencialmente reduzir as garantias de participação de terceiros no procedimento, de eliminar deveres de diligência administrativa, *maxime* de eximir a Administração do cumprimento do dever de decisão (cfr. o artigo 9º do CPA), aliviando-a do seu poder-dever de autotutela declarativa, é manifesta a sua apetência para induzir aceleração procedimental²⁴⁵. Ora, esse objectivo, numa era de sobrecarga organizativa – quer por força da *explosão* da galáxia administrativa, quer em virtude da pressão provocada pela globalização do risco – tem o seu contraponto na tentativa de gerar eficácia dentro do sistema, procurando avaliar da *necessidade* de controlo de um certo número de actividades cuja simplicidade e tendencial inoquidade dispensam um filtro preventivo apurado (v.g., autorização de abertura de um quiosque de jornais; autorização de venda de fruta num mercado).

Com efeito, “a dinâmica do Estado Social – reflecte SANTAMARÍA PASTOR – não se traduz somente num incremento exponencial da actividade pública de prestação, mas também numa brutal ampliação das áreas de intervenção no plano privado. Numa sociedade anormalmente complexa, na qual a mentalidade sistemática tudo relaciona e onde o terror oculto à dor e à morte gera uma hipersensibilidade obsessiva perante qualquer possível «agressão» à saúde e ao ambiente, todas as actividades se convertem em potencialmente perigosas; intersectam com o chamado «interesse

²⁴⁴ F. C. SAINZ DE ROBLES RODRIGUEZ, *El llamado «silencio administrativo»: un escándalo en el Estado de Derecho*, *cit.*.

²⁴⁵ MARGARIDA CORTEZ (*A inactividade...*, *cit.*, p. 414) chama a atenção para a mais-valia da solução de valoração positiva do silêncio em face de outras (v.g., comunicação prévia), na medida em que permite a titularização (se bem que ficta) da posição jurídica do particular e garante a responsabilização da Administração pela inactividade. Parece-nos, salvo o devido respeito, que em ambas se salvaguardam as duas dimensões enunciadas pela Autora, pois ambas configuram, se bem que de forma diversa, possibilidades de intervenção da Administração em caso de perigo de lesão do interesse público através do desenvolvimento da actuação projectada.

público» e tornam-se credoras de intervenção administrativa, e especificamente de uma autorização prévia por parte da autoridade pública”²⁴⁶. É tempo de, selectivamente, o Estado começar a alijar esta carga.

Em face do princípio de eficácia que impende sobre a acção da máquina administrativa²⁴⁷, perfila-se o princípio da ponderação (cfr. os artigos 267º/2 e 266º/1, 18º/1 e 2 da CRP), este último agravado em sede ambiental, em razão da necessidade de concretizar os deveres de protecção do ambiente de forma equilibrada. Porém, e sem embargo de alinharmos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, defendendo a erradicação das decisões silentes em sede ambiental, julgamos que um princípio de necessidade deve nortear o legislador neste domínio. Ou seja, na impossibilidade de eliminar, de forma imediata e absoluta, a solução de valoração positiva do silêncio no âmbito do procedimento autorizativo ambiental, tal opção deve ser circunscrita ao mínimo e salvaguardando sempre as coordenadas fundamentais: participação dos interessados, avaliação do risco, impossibilidade de emitir uma decisão que implique risco minimamente comprovado – enfim, imperativo de ponderação de todos os interesses materialmente relevantes.

Colocada desta forma a questão, a missão aparenta ser impossível. Com efeito, como assegurar a convivência simultânea entre uma decisão silente e uma reserva de margem ponderativa da Administração? Como conciliar a participação dos interessados com uma decisão silente? A resposta é a seguinte: é necessário distinguir as situações de *inexistência de decisão* – inactividade formal decisória – das de *inexistência de procedimento decisório* – inactividade formal procedimental²⁴⁸. Os casos de término do procedimento por decisão silente não são todos iguais, mesmo porque a Administração pode *utilizar* o silêncio de forma consciente, quando deseja um determinado sentido da decisão que se identifica com o conteúdo da pretensão. E pode até ter havido prolação da decisão, faltando a notificação desta ao interessado²⁴⁹. Além disso, há situações em que o órgão com competência decisória se limita a seguir as indicações de entidades (públicas ou privadas²⁵⁰) com competência técnica na área da avaliação do risco e da concretização de medidas tendentes à sua gestão, restando-lhe somente um poder de *veto* expressivo da sua margem de livre decisão [essencial, aliás, à preservação do núcleo da competência decisória na entidade com legitimidade política, mesmo que remota, para a emitir – cfr. *supra*, Parte II, Cap. I, 2.1. ii.]. Hipótese paradigmática deveria ser, neste âmbito, a do relatório da comissão de avaliação de impacto ambiental em face da declaração de impacto ambiental, a emitir pelo Ministro do Ambiente, no contexto do RAlA (v. *supra*, 3.1.1.1. ii.), onde defendemos o efeito preclusivo deste relatório face à DIA].

²⁴⁶ J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada*, in *DocA*, nº 208, 1986, pp. 107 segs, 115.

²⁴⁷ Cfr. JOÃO LOUREIRO, *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (Algumas considerações)*, Coimbra, 1995, pp. 123 segs.

²⁴⁸ Fazendo um paralelo com as categorias propostas por A. NIETO, *La inactividad material de la Administración: veinticinco años después*, in *DocA*, nº 208, 1986, pp. 11 segs, 21 segs.

²⁴⁹ Alertando para estas hipóteses, V. AGUADO I CUDOLÀ, *Silencio...*, *cit.*, pp. 73 e 188 segs.

²⁵⁰ A complexidade e massividade das pretensões autorizatórias deixam pouca alternativa operativa ao apelo à colaboração de privados certificados e rigorosamente responsabilizáveis, fazendo da Administração um controlador de segundo grau. Neste sentido, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Silencio...*, *cit.*, pp. 117, 118.

O ponto onde queremos chegar com estas elocubrações é o seguinte: a solução da valoração positiva do silêncio perante uma pretensão autorizatória, enquanto for necessário que exista, deve ficar circunscrita aos casos de *inexistência de decisão final*, e somente quando esta decisão puder apoiar-se em elementos procedimentais – pareceres, relatórios, estudos –, que incorporem a avaliação do risco, as conclusões da participação do público interessado, e a indicação de medidas de gestão do risco, concluindo pela ausência de riscos relevantes e no sentido favorável (mesmo que condicionadamente) ao desenvolvimento do projecto/actividade pretendido²⁵¹, devendo este ser comunicado ao interessado²⁵². A recentíssima alteração do RAIA, que introduziu no n.º 5 do artigo 19.º (além do “remédio” que já continha, do recurso ao estudo de impacto por parte da entidade licenciadora – como se esta tivesse competência, jurídica e técnica para proceder à sua incorporação na decisão, e descontada a natural parcialidade que lhe subjaz) um segmento que vem de encontro a estas nossas reflexões, ao aludir aos elementos procedimentais eventualmente reunidos até ao momento da decisão. Faltou o passo seguinte: o da limitação da valoração positiva do silêncio aos casos em que o parecer da comissão de avaliação tem sentido favorável (ainda que condicionadamente) ao avanço do projecto.

À entidade decisora, caso decida de forma expressa, sempre ficará a possibilidade de, invocando razões ponderosas, ligadas à salvaguarda de objectivos de interesse público, recusar a emissão da autorização. Todavia, se se remeter ao silêncio (consciente ou inconscientemente), a lei transformará este numa autorização, incorporando as conclusões apuradas ao longo do *iter* procedimental²⁵³. A responsabilidade decorrente de eventuais danos provocados pela autorização (v.g., por défice de ponderação) será sempre, não obstante, em primeira linha, da entidade autorizante.

²⁵¹ Num sentido próximo, embora não distinguindo entre ausência de decisão e ausência de procedimento, J. TIAGO SILVEIRA, *O deferimento...*, cit., p. 277.

²⁵² Esta comunicação é essencial para a percepção das alternativas de finalização do procedimento: se ela não existir, o particular deve presumir que a fase de avaliação do risco e de consulta pública gerou uma convicção negativa quanto à viabilidade do projecto, que impedirá a entidade com competência decisória de emitir uma decisão favorável. Restar-lhe-á recorrer aos tribunais, ou através da acção administrativa especial para a prática de acto legalmente devido (caso a decisão final não surja), ou através da acção administrativa especial de impugnação da validade do acto autorizativo (forçosamente negativo, expresse), contestando as conclusões apuradas em fase de avaliação técnica do risco, num contraditório apoiado em perícias técnicas – e desde logo no estudo de impacto ambiental apresentado, se estivermos no âmbito do procedimento regulado no RAIA.

Já se a “pré-decisão” lhe for comunicada e o seu sentido for negativo, poderá o particular, desde logo, accionar judicialmente a entidade “consultiva” – apesar de esse não ser o acto final do procedimento –, uma vez que tem claro interesse na sua impugnação no mais breve prazo, tentando dessa forma inverter o sentido da decisão (cfr. o artigo 51.º/1 do CPTA).

²⁵³ Tratando-se de um procedimento de avaliação de impacto ambiental, os contra-interessados poderão sempre avaliar da utilidade e fundamento de um recurso aos tribunais para impugnar a declaração de impacto ambiental silente através da consulta do parecer da comissão de avaliação o qual, nos termos do artigo 23.º/1/c) do RAIA, deve ser publicitado (esta regra deve seguir-se, caso se adopte a solução por nós preconizada). Não estará em causa a violação do dever de decisão – houve decisão silente –, mas antes a observância do princípio da imparcialidade, na dimensão da submissão ao contraditório dos argumentos apurados pela entidade com competência técnica.

Em caso de recusa de autorização por motivos de discricionariedade pura, a contestação judicial só será admissível nos limites da razoabilidade, por força da proibição que sobre os tribunais impende de se substituírem à Administração na formulação de valorações próprias da função executiva.

Ficam assim salvaguardadas as dimensões procedimentais inarredáveis (participação - ponderação - fundamentação), bem como o objectivo de protecção ambiental, sendo mesmo possível promover, ainda que em situações muito delimitadas, a eficácia e a tutela da posição jurídica do pretendente da autorização. Por outras palavras: a solução da valoração positiva do silêncio é admissível *na estrita medida da necessidade*²⁵⁴, e apenas quando a sua adopção não implicar riscos prováveis para a tutela ambiental.

3.3. Risco, deveres de protecção do ambiente e estabilidade do acto autorizativo: a quadratura do círculo

A análise até aqui empreendida revela um enfraquecimento da função de estabilização tradicionalmente atribuída à autorização, por força da necessidade de adaptação dinâmica do conteúdo dos deveres de protecção do ambiente em face do risco. Como nota SACH²⁵⁵, o risco gera uma tensão permanente no seio da relação autorizativa, que se fractura entre a necessidade de proteger a confiança investida pelo seu titular e o imperativo de acompanhar as exigências de satisfação dos interesses públicos envolvidos²⁵⁶. O confronto flexibilidade/estabilidade instalou-se no âmago da autorização ambiental²⁵⁷.

Como se viu, os problemas que esta evolução adaptativa do conteúdo da autorização podem gerar, do ponto de vista da necessidade de sujeição à reserva de lei e ao princípio da proporcionalidade são, nos casos dos riscos já revelados e de maior impacto ambiental, resolvidos pelo legislador através de uma descrição detalhada – mais conteudística ou mais finalisticamente – dos poderes de conformação administrativa da relação autorizativa, bem como das competências de fiscalização material e jurídica do acatamento das prescrições do acto autorizativo. No entanto, ficam por resolver as situações de risco desconhecido e de risco menor, cuja avaliação e gestão não encontram na lei, ainda, regulação adequada.

Poder-se-á entender que o respeito pelo princípio da reserva de lei, por muito desgastado que se encontre, deve primar sobre a possibilidade de ingerência administrativa para além da extensão prevista na norma habilitante. Esta linha de raciocínio, ajudada pelo princípio de irrevogabilidade de actos constitutivos de direitos válidos, consagrado no artigo 140º/1/b) do CPA, faz prevalecer as posições jurídicas

²⁵⁴ Como afirma V. AGUADO I CUDOLÀ, *Silencio...*, cit., p. 52, a valoração do silêncio, não sendo a forma de decisão preferida pela Constituição, também não pode ser encarada, *in limine*, como inconstitucional, devendo ser adoptada como solução de *ultima ratio*, em nome de um objectivo de agilização da orgânica administrativa (cfr. também pp. 129 e 135 segs).

²⁵⁵ K. SACH, *Genehmigung...*, cit., pp. 49 segs.

²⁵⁶ Já assim também P. LIVET, *L'autorisation...*, cit., pp. 257 segs.

²⁵⁷ Na expressão de J. J. GOMES CANOTILHO (*Actos autorizativos...*, cit., p. 42), os actos autorizativos ambientais parecem ser palco de “duas lógicas quase contraditórias”: por um lado, são actos que investem o particular numa situação de vantagem, na medida em que lhe fixam os termos de desenvolvimento de uma actividade privada de acordo com vinculações jurídico-públicas; por outro lado, todavia, colocam o acto numa posição de contínua revisibilidade, ao sabor da evolução dos conhecimentos científicos. V. também J. E. FIGUEIREDO DIAS, *A estabilidade jurídica da autorização administrativa no Direito do Ambiente alemão*, texto escrito para integrar os *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, ainda inédito, gentilmente cedido pelo Autor, max. pontos 6 e 7.

individuais em face das necessidades de prevenção ambiental emergentes, induzidas pela multiplicação de riscos. E coloca a Administração num papel ingrato perante a população, na medida em que se vê tolhida na sua tarefa preventiva por ausência de lei suficientemente habilitante.

O legislador deverá actuar, nesta hipótese — é a resposta imediata e preferencial. Mas será a única possível? E revelar-se-á operativa? Não irá sendo tempo de abrir a competência revogatória administrativa de acordo com as solicitações da sociedade de risco, permitindo-lhe, nos limites da razoabilidade, reagir contra situações de irrupção de risco ambiental relevante, tantas vezes de efeitos irreversíveis? Sustentará o princípio da protecção da confiança tal afronta do interesse público e colectivo de salvaguarda dos valores ambientais?

É com estas interrogações que encerramos este capítulo e nos abalançamos a tentar encontrar um fundamento para o poder de adaptação e extinção dos actos autorizativos ambientais em face da superveniência de novas circunstâncias das quais resultem riscos relevantes para a qualidade dos bens ambientais naturais, bem assim como a delinear os limites desse poder.

4. Síntese

A autorização, em razão do seu posicionamento estratégico — prévia ao início de desenvolvimento de uma actividade — revela potencialidades importantes no domínio do Direito do Ambiente. Apesar de vir sofrendo a concorrência de outras técnicas e de ter, por força da necessidade de aliciar as empresas para a redução das emissões poluentes, cedido a um certo mercantilismo, tais “ataques” não chegam para lhe retirar protagonismo no âmbito da tutela ambiental.

O instituto, adequado a um sistema de proibição com reserva de repressão, característico de uma disciplina jurídica que envolve a protecção de bens jurídicos de agravada fragilidade, mereceu uma releitura doutrinal nos últimos anos — uma verdadeira refundação. Com efeito, tendo sido, no princípio do século XX, encarada como uma confirmação da supremacia da lei no tocante à garantia dos direitos dos particulares — exprimindo uma mera remoção de limites, pela Administração, ao exercício de um direito “preexistente” —, a autorização foi-se progressivamente desgastando, ao ritmo do crescendo intervencionista do Estado Social. Hoje é entendida, sobretudo, como uma forma de concretizar a tarefa ponderativa de interesses que a Administração enfrenta na conformação das relações (cada vez mais multilateralizadas) administrativas, numa dimensão dinâmica e dinamizadora da relação de colaboração que promove com os particulares, quer numa vertente de não agressão do interesse público, quer numa vertente de realização activa de deveres fundamentais.

A conclusão a que chegámos vai no sentido de que, mais do que a noção que se adopte, importante é relevar a faceta preventiva do controlo que a Administração exerce sobre as actuações privadas com incidência ambiental. E nesta tarefa de controlo interessou-nos realçar dois aspectos: por um lado, a complexidade gerada pela confluência procedimental de interesses de vária ordem; por outro lado, a precarização dos actos autorizativos em razão do risco.

A complexidade dos procedimentos autorizativos ambientais decorre da extrema diversidade de interesses em jogo e da necessidade de assegurar as ponderações

adequadas e suficientes à sua realização equilibrada. Nesta medida, a multiplicação de entidades com competência, prévia e definitiva, decisória e consultiva, no procedimento, mau grado o défice de eficiência que gera, constitui um mal necessário. O legislador pode tentar encontrar soluções de simplificação, mas sempre com respeito pelo mínimo insuprimível que garanta a imparcialidade e proporcionalidade da decisão.

Uma das medidas relevantes nesta sede prende-se com a inércia das entidades com competência consultiva, que a lei, num intuito acelerador, valora positivamente – ou seja, atribuindo um sentido favorável aos pareceres que estão obrigadas a produzir. Sempre que estes pareceres envolverem a salvaguarda de interesses principais no procedimento de autorização ambiental – ou seja, que respeitem à defesa e promoção da integridade e qualidade dos bens ambientais naturais –, somos de opinião que o legislador deve optar pela solução da valoração negativa.

Um outro ponto que importa sublinhar é o da participação pública nos procedimentos autorizativos ambientais. Nunca sendo demais alertar para a necessidade de uma participação esclarecida e tendencialmente objectiva, que coloque o interesse geral acima dos interesses particulares, grupais ou regionais. A participação surge, assim, como uma concretização do princípio do Estado de Direito Democrático e Ambiental, e constitui uma forma de legitimação e credibilização das decisões administrativas. Como tal, a inviabilização da consulta aos interessados constitui uma fonte de invalidade da decisão administrativa na forma mais radical: a nulidade.

No que tange à precarização da autorização, esta envolve a degradação do seu efeito estabilizador por força da necessidade de prevenção do risco na medida do tecnicamente possível. Os actos autorizativos ambientais são actos precários por essência, em razão da incerteza estrutural que lhes subjaz. O carácter precário da autorização, quando não resulte directamente da lei, pode ser expressão da ponderação administrativa através da fixação de termos, estabelecimento de condições (resolutivas) e aposição de modos, sempre, naturalmente, com respeito pelo princípio da proporcionalidade. A dessintonia entre os artigos 121º e 140º/1/b) do CPA – a que voltaremos no próximo Capítulo – constitui um obstáculo a esta precarização, ainda que não insuperável.

A multiplicidade de interesses confluentes numa autorização ambiental, a complexidade das ponderações envolvidas na decisão induzida pela incerteza, a necessidade de concretização dos deveres de protecção do ambiente a cargo do seu destinatário, arredam a técnica da valoração positiva do silêncio do leque das opções disponíveis pelo legislador. Quer a jurisprudência comunitária, quer o enquadramento constitucional da missão de tutela ambiental recomendam o “expurgo” da figura da autorização silente do Direito do Ambiente. Só um argumento de necessidade justifica a sua manutenção, e em termos claramente circunscritos.

Com a instabilidade radicada no procedimento autorizativo ambiental, ao legislador cabe a ingrata tarefa de “perseguir” o enquadramento normativo dos poderes administrativos de gestão do risco, numa tentativa de evitar a eclosão de danos em bens ambientais naturais. No entanto, como esta solução, ainda que preferencial, se revela impraticável, não resta senão remeter para a Administração a missão de minimização dos riscos que vão despontando, no limite da reserva de lei, no âmbito da função de prevenção de riscos. Resta saber como conciliar esta necessidade com o tradicional apego à estabilidade dos “direitos adquiridos”. Disso se tratará no Capítulo seguinte.

Capítulo II

Risco e modificação do acto autorizativo

0. Preliminares

O risco trouxe uma dimensão de instabilidade à relação jurídica autorizativa que a coloca para além de qualquer horizonte possível à luz da tese clássica da autorização como remoção de limites ao exercício de direitos preexistentes. Como nota DI FABIO, a prevenção de perigos, que era uma tarefa passiva, defensiva, transformou-se numa missão activa, ofensivamente conformativa das relações jurídicas¹. Tal rotação implica, naturalmente, alterações no quadro de relacionamento entre o titular da autorização e a entidade autorizativa, geradas pelas convulsões que o acto vai sofrendo ao longo da sua vida útil.

Duas mudanças de tomo prendem-se, por um lado, com a redução do índice de confiança que o acto proporciona ao seu destinatário e, por outro lado, com o aumento de responsabilidade administrativa pela actualização do conteúdo dos deveres ínsitos no acto, de acordo com a evolução dos padrões técnicos protectivos dos bens jurídicos sob tutela preventiva. O titular da autorização tem como que uma espada de Dâmocles pendente sobre os termos da sua actividade, a brandir pela Administração ao sabor do estado da ciência e da técnica, adaptando o acto às últimas novidades disponíveis no mercado, desde que economicamente não insuportáveis. A Administração, por seu turno, vê acrescida a sua função de fiscalização do comportamento ecologicamente determinado do titular da autorização, bem como, desde logo, a sua responsabilidade pela determinação de um quadro equilibrado e eficaz de medidas de gestão do risco, tendo em atenção os melhores conhecimentos disponíveis à data da emissão do acto.

O problema da instabilidade da relação autorizativa ambiental, por força do imperativo de adaptação dinâmica do conteúdo dos deveres de protecção do ambiente

¹ UDO DI FABIO, *Risikoentscheidungen...*, *cit.*, p. 447. Distinguindo mesmo três graus de prevenção (ofensiva; activa; passiva), N. DE SADELEER, *Les principes...*, *cit.*, pp. 119 segs.

às necessidades criadas pela infiltração da técnica ganha, no ordenamento jurídico português, contornos de especial complexidade em razão da resistência oferecida à revogação e adaptação dos actos autorizativos pela fórmula dos “actos constitutivos de direitos”, presente no artigo 140º/1/b) do CPA. Descartando as hipóteses de revogação e adaptação que leis especiais vão resolvendo – muito por força do *efeito mínimo* do Direito Comunitário –, as restantes situações enfrentam esse obstáculo de vulto, que de garante da segurança jurídica se agiganta, actualmente, em agressor da missão de prossecução dos interesses públicos que à Administração é constitucionalmente confiada.

Paradoxalmente – mas não sem respaldo histórico –, no domínio dos contratos administrativos, o quadro é bem diferente. O dealbar do século XX acarretou, para a Administração e para a jurisprudência, a necessidade de fazer face a mutações drásticas das condições de prossecução de tarefas de interesse público, entregues em concessão a privados e que, subitamente, se viram profundamente abaladas pelo progresso técnico. Apesar do apego à teoria da estabilidade do contrato, bem consolidada no Direito Civil, o Direito Administrativo encontrou formas de superar essa lógica, a bem da continuidade do serviço público. Foi a vez da teoria da imprevisão, que impulsionou o desenvolvimento da teoria da alteração das circunstâncias no Direito Civil e que revolucionou os quadros de pensamento da doutrina administrativista no que tange à modificabilidade dos contratos.

Ora, este confronto entre estabilidade do acto *versus* instabilidade do contrato convoca uma necessidade de harmonização especialmente presente após a entrada em vigor, *pela mão* do CPA, da norma que estabelece o princípio de equivalência funcional entre o acto e o contrato administrativos (cfr. o artigo 179º/1). Com efeito, faz pouco sentido que, sendo possível celebrar um contrato em vez de praticar um acto, o contrato revele uma vocação de flexibilidade superior à do acto (modal). A dimensão pactícia do acto autorizativo, que concretiza um modelo de prevenção agravado pela densificação de deveres de protecção do ambiente, mais reforça o imperativo de uniformização dos poderes de modificação administrativa do conteúdo de actos autorizativos emitidos em cenários de incerteza, sob pena de criação de sistemas de prevenção a duas velocidades (ou mesmo a três, se pensarmos na admissibilidade de modificação disseminada por leis especiais...).

Esta possibilidade, a admitir-se em nome da dinamização da actuação preventiva, haverá de conhecer os limites que os princípios da proporcionalidade e da protecção da confiança impuserem. Tais limites constituirão linhas de orientação para um controlo jurisdicional adequado, o qual poderá oscilar entre o decretamento de providências cautelares e a efectivação de responsabilidade administrativa pela acção ou omissão de medidas de actualização dos deveres de protecção do ambiente em função do risco.

1. Um princípio de estabilidade do acto administrativo...:

A ideia de estabilidade do acto administrativo é fortemente tributária da concepção liberal, com raízes na lição de MAYER, da decisão administrativa assimilada à sentença judicial e revestindo, por conseguinte, força de “caso decidido”². Este efeito vinculante contribuía para induzir segurança jurídica num sistema em que a lei constituía factor determinante na conformação das situações jurídicas, as quais a Administração, na esmagadora maioria, se limitava a certificar. Se à lógica do caso decidido associarmos a tese da autorização como acto declarativo de remoção de limites ao exercício de direitos preexistentes, rapidamente percebemos que a noção de estabilidade do acto administrativo se traduz, na realidade, numa forma de *blindar* as situações jurídicas constituídas *ope lege*, com mediação formal do acto administrativo, das tentativas revisionistas da Administração.

O princípio da estabilidade bloqueava, assim, a competência revogatória da Administração, só livremente reconhecida no que toca aos actos precários, às autorizações policiais ou licenças, cujo conteúdo não resulta directamente da lei. Neste domínio – quantitativamente restrito, no Estado liberal –, a polícia administrativa ficava investida na responsabilidade de prevenção de perigos, sendo-lhe atribuídos os instrumentos legais necessários à cessação de efeitos de actos que produzissem efeitos lesivos da saúde e ordem públicas, revogação incluída. Enquanto as autorizações consolidavam direitos na esfera jurídica do particular, as licenças policiais geravam direitos a prazo, sob condição resolutiva, direitos enfraquecidos ou nem sequer direitos, por ausência da vocação de regulação duradoura da situação jurídica.

A crise do conceito de autorização, que o alargamento das tarefas confiadas ao Estado Social gerou, introduziu um factor de perturbação no entendimento linear da teoria da aquisição de direitos e sua conservação. Por um lado, a autorização perdeu o referente do direito preexistente, misturou-se com a licença até à erosão conceptual, deixou de ser uma figura meramente defensiva para passar a conter determinações que fazem do titular um colaborador activo na realização de interesses públicos; enfim, refundou-se. Por outro lado, a Administração viu-se progressivamente reconhecido o estatuto de maestro da condução das políticas públicas, em face da impotência do legislador perante a torrente de novos interesses a gerir, em contínua mutação e com crescente complexidade. À estabilidade, no Estado liberal, sucede-se o dinamismo, no Estado Social.

Estas mudanças não podiam deixar de influir na compreensão de noções como “direitos adquiridos” e “actos constitutivos de direitos”, até aí generosamente alimentadas pela jurisprudência. Tracemos, brevemente, as linhas de evolução destas figuras, no *berço* do Direito Administrativo (a jurisprudência do *Conseil d'État* francês) e no Direito Administrativo português, a fim de melhor discernirmos as causas do seu presente arcaísmo.

² O. MAYER, *Derecho Administrativo alemán* (tradução de *Le Droit Administratif allemand*, Paris, 1904), I, 2ª ed., Buenos Aires, 1982, pp. 125 segs. Sobre as consequências desta assimilação para o regime da revogação do acto administrativo, ROGÉRIO SOARES, *Interesse público...*, *cit.*, pp. 448 segs.

1.1. A figura dos actos constitutivos de direitos

Já lhe chamaram os “*beati possidentes*” do Direito Administrativo³, em virtude da sua capacidade de manutenção de um estatuto jurídico de vantagem resistente a qualquer alteração. As autorizações administrativas, entronizadas pela doutrina no período liberal, como formas perfeitas de consolidar o *status activus* do cidadão no Estado de Direito, começam a revelar-se uma ameaça à prossecução do interesse público por criarem uma fortaleza inexpugnável em torno das esferas jurídicas dos seus titulares.

Na jurisprudência francesa, a noção de “*droits acquis*” surge no âmbito do Direito da Função Pública, com o propósito de proteger o funcionário de alterações arbitrárias do seu estatuto em razão das necessidades do serviço. A lógica subjacente é a de salvaguarda do acervo de direitos conquistados; não, todavia, a de garantia de direitos futuros⁴. A sua extensão rápida a outros domínios dependeu mais da inclinação do julgador no sentido de proteger a estabilidade da posição jurídica do particular em face do ímpeto modificativo das medidas administrativas, do que de uma teorização dogmática. A doutrina apoda-a, por isso, de noção “funcional”⁵.

Como explica VLACHOS, o Conselho de Estado propôs a fórmula dos “*droits acquis*” como *barragem jurídica* ao poder de revogação da Administração, numa época em que o individualismo estava ainda muito presente na ideologia de organização social. “A técnica jurídica não deve descontextualizar-se; ela não constitui senão um meio de dar solução às necessidades sociais de um período histórico, num dado momento”⁶. Com a acentuação da intervenção administrativa, primeiro no plano económico, depois noutros domínios como o urbanismo, o ambiente, o consumo, o “direito adquirido” teria forçosamente que sofrer, não só uma compressão, como uma releitura.

Os “direitos adquiridos” nascem dos “actos criadores de direitos”, categoria trabalhada pelo *Conseil d’État* francês (*i.*), com tradição na legislação administrativa portuguesa e cujo paralelo se encontra actualmente na fórmula dos “actos constitutivos de direitos” (*ii.*). Aproximemo-nos um pouco destas noções para depois tentar inteligir as soluções adoptadas nos artigos 140º e 141º do CPA, em sede de revogação dos actos administrativos.

³ F. BATAILLER, Les «*beati possidentes*» du Droit Administratif (Les actes unilatéraux créateurs de privilèges), in *RDPSP*, 1965, pp. 1051 segs.

⁴ P. LOUIS-LUCAS, Le retrait des actes administratifs individuels, in *D.Ch.*, 1952, pp. 107 segs, 108.

⁵ F. BATAILLER, Les «*beati possidentes*»..., *cit.*, pp. 1072, 1073.

⁶ G. VLACHOS, Le retrait des actes administratifs, in *RA*, 1970, pp. 412 segs, 412.

i.) Falar de “actes créateurs de droits” significa recuar a 3 de Novembro de 1922, data do *arrêt Dame Cachet*, do *Conseil d’État*⁷. Aí se firmou a regra de que um acto criador de direitos não pode ser objecto de revogação (*retrait*) salvo por ilegalidade e até ao fim do prazo de interposição do recurso de anulação. Na opinião de LOUIS-LUCAS⁸, esta jurisprudência traduz um compromisso, que responde a duas preocupações opostas: por um lado, vedar à Administração interferir ilimitadamente nas situações jurídicas por si criadas; por outro lado, permitir-lhe “arrepender-se” da ilegalidade cometida e antecipar-se a uma anulação contenciosa. A ênfase da fórmula é, frise-se, nitidamente garantista, na medida em que, em nome da segurança jurídica, se admite a permanência de um acto no ordenamento, ainda que ilegal, caso a Administração não se dê conta da ilegalidade¹⁰.

Todavia, a percepção dos efeitos reflexos produzidos por alguns actos administrativos – sempre que estejamos em presença de relações multilaterais – fez com que o Conselho de Estado matizasse esta regra, desvirtuando assim, para alguns, a jurisprudência citada. Com efeito, em 1966, no *arrêt Ville des Bagneux*, o Tribunal admitiu que, quando o acto administrativo ilegal crie situações de desvantagem para terceiros e não tenha sido sujeito a publicação, possa ser revogado a todo o tempo, por iniciativa dos lesados ou da própria Administração¹¹. Esta excepção, igualmente garantista mas inversamente legalista, vem fazer perigar, não só a desejada estabili-

⁷ Sobre esta jurisprudência e suas consequências para o regime da revogação de actos administrativos, vejam-se M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ e B. GENEVOIS, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11^a ed., Paris, 1996, pp. 225 segs; C. YANNAKOPOULOS, *La notion de droits acquis en Droit Administratif français*, Paris, 1997, pp. 83 segs.

Sublinhe-se que, antes de 1912, o Conselho de Estado nem sequer concebia a possibilidade de anulação administrativa de um acto ilegal, tendo a partir dessa data começado a equacioná-la, até que, em 1919, a sancionou (*arrêt Fighiera*), deixando em aberto a questão do prazo. Uma síntese da jurisprudência anterior a 1922 pode ver-se em L. DELBEZ, *La révocation des actes administratifs. Contribution à la théorie générale de l’annulation par la voie administrative*, in *RDPSP*, 1928, pp. 463 segs, *passim* (o *arrêt Dame Cachet* é analisado a págs. 490 segs), e em G. VLACHOS, *Le retrait...*, *cit.*, p. 414.

⁸ P. LOUIS-LUCAS, *Le retrait...*, *cit.*, pp. 107, 108.

⁹ A expressão é de J. COPPER-ROYER, *Les conditions du retrait d’un acte administratif individuel*, in *AJDA*, 1954, pp. 141 segs, 142.

¹⁰ O que levava L. DELBEZ (*La révocation...*, *cit.*, p. 499) a qualificar de “moins bien conçu” o regime de irrevogabilidade dos actos inválidos uma vez passado o prazo de interposição de recurso em face do princípio da legalidade. Louvando-se em Duguit, o Autor propugnava a admissibilidade de anulação a todo o tempo, reconhecendo o direito do particular a ser indemnizado, caso sofresse danos. P. LOUIS-LUCAS – *Le retrait...*, *cit.*, p. 110 –, acompanhando esta crítica, introduz-lhe uma *nuance*: a competência anulatória administrativa estaria sujeita a prazo no caso de actos de efeitos instantâneos, mas não na hipótese de actos de efeitos duradouros, cuja ilegalidade se renova dia a dia e pela qual a Administração não pode ficar eximida de se responsabilizar.

¹¹ Recentemente, porém, o *Conseil d’État* veio restringir esta jurisprudência aos actos que possam efectivamente causar prejuízos a terceiros, no *arrêt Madame de Laubier* (1997). Conforme explica C. SANTULLI (*Les droits acquis*, in *RFDA*, 2001/1, pp. 87 segs, 90), de acordo com este aresto, a jurisprudência *Ville des Bagneux* “ne saurait autoriser l’Administration à remettre en cause un acte au-delà du délai de deux mois au motif que sa notification, effectué par elle, ne comporterait pas des informations de procédure exigées au seul profit du destinataire à qui l’écoulement des délais devient inopposable”.

dade do acto criador de direitos, como a segurança jurídica, na medida em que deixa demasiado em aberto a possibilidade de anulação administrativa¹².

Esta revogação anulatória tem efeitos retroactivos, ao contrário da revogação por mérito (*abrogation; révocation*), que só pode ter efeitos *ex nunc* e implica a prática de um “acto contrário”, cuja competência e fim devem ser expressamente previstos na lei¹³. Os actos criadores de direitos válidos só podem ser revogados com efeito retroactivo para além do prazo de interposição do recurso de anulação em circunstâncias excepcionais, que a jurisprudência identifica com duas situações: a superveniência de lei que o admita; e a pedido do interessado (caso não fira interesses de terceiros)¹⁴.

Já os actos não criadores de direitos (actos “de favor”; autorizações de polícia; nomeações para cargos de confiança política; actos obtidos através de fraude; actos precários) são livremente revogáveis, por ilegalidade ou por mérito, a todo o tempo, com ou sem eficácia retroactiva — é a regra. Todavia, a jurisprudência cedo abriu espaço a uma importante excepção: os actos não criadores de direitos (para o destinatário) válidos, quando tenham gerado direitos reflexos, a favor de terceiros, são insusceptíveis de “retrait”, e a abrogação só é admitida nas hipóteses de previsão legal da competência para a prática de um acto contrário¹⁵. Esta derrogação, tal como a que decorre da jurisprudência *Ville des Bagneux*, é bem demonstrativa da fractura paradoxal entre actos criadores e não criadores que, embora não admitida, subjaz às correcções progressivamente operadas pelo *Conseil d’État*. A fractura prende-se, já se adivinha, com a multilateralidade de direitos e faculdades criados por um mesmo acto, que torna impossível qualificá-lo unidimensionalmente.

O princípio da irrevogabilidade dos actos criadores de direitos inválidos para além do decurso do prazo de recurso (salvo havendo terceiros lesados não informados) fica consideravelmente reforçado se pensarmos que a invalidade-regra é a anulabilidade. Com efeito, os actos nulos, não produzindo quaisquer efeitos, não são susceptíveis de revogação — a Administração serve-se aí da declaração de nulidade, que pode ser realizada a todo o tempo (ressalvadas, eventualmente, situações de facto consolidadas pelo decurso do tempo, do titular ou de terceiros). Por seu turno, a cessação de efeitos de actos válidos *ad futurum* só em casos especiais é admitida, e sempre e só apoiada em norma habilitativa específica. Assim, a intangibilidade dos “direitos adquiridos” nasce da associação entre a figura dos actos criadores de

¹² Cfr. a crítica de E. GUILLON e P. BRINGUIER, *Le pouvoir de retrait des actes administratifs*, in *AJDA*, 1978/6, pp. 300 segs, 309.

Segundo P. LOUIS-LUCAS (*Le retrait...*, *cit.*, pp. 108, 109), logo em 1932, com a decisão *Tettelin*, o Alto Tribunal francês teria demonstrado querer proteger terceiros lesados neste tipo de situações, uma vez que eles não são notificados do acto, não podendo, por conseguinte, cumprir o apertado prazo de recurso.

¹³ Sobre a figura do “acto contrário”, M. PÂQUES, *De l’acte unilatéral au contrat dans l’action administrative*, Bruxelas, 1991, pp. 234 segs.

¹⁴ Cfr. H. ARBOUSSET, *Retrait, abrogation et sécurité juridique (Analyse, depuis 1981, d’une relation souvent difficile)*, in *Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 2000/1, pp. 541 segs, 556 segs.

¹⁵ Cfr. o *arrêt Maunier*, de 4 de Maio de 1919, do Conselho de Estado, negando a possibilidade de abrogação administrativa de um acto que, não sendo constitutivo para o funcionário seu destinatário (tratava-se de uma sanção disciplinar), criou o direito ao lugar a favor do funcionário que o substituiu. Para mais referências jurisprudenciais, M. LONG *et alii*, *Les grands arrêts...*, *cit.*, p. 230.

direitos e da irretroactividade da revogação, a qual, por sua vez, é justificada pela necessidade de preservar a estabilidade do “direito adquirido”...

Esta conclusão circular parte desde logo da ausência de uma definição uniforme de “actes créateurs de droits” na jurisprudência *Dame Cachet* (e posterior)¹⁶. Segundo AUVRET, o *Conseil d’État* assimila direitos adquiridos aos actos que os criam, o que leva alguma doutrina a pretender que só existe direito adquirido na acepção de “direito à manutenção do acto”¹⁷. A fórmula do “direito adquirido” carrega consigo uma ideia de posse que sublinha as tendenciais intangibilidade, estabilidade e inviolabilidade, que não são, no entanto, características essenciais à noção de direito subjectivo¹⁸. Ainda que, na perspectiva do titular do acto autorizativo releve, não apenas a conformação do direito como, e sobretudo, a possibilidade do seu exercício¹⁹.

Uma outra objecção susceptível de ser assacada à noção de “direitos adquiridos” prende-se com a *miscigenação* actual dos actos favoráveis, fruto da intensificação da colaboração entre o particular e a Administração na prossecução de fins de interesse público através da realização de actividades de iniciativa privada. Os actos criadores de direitos são também, muitas vezes e por força da inserção de cláusulas modais, actos criadores de deveres, o que os transforma em actos de natureza mista, dificilmente enquadráveis, formal e materialmente, naquela típica categoria. Mas as debilidades dos “actos criadores de direitos adquiridos” não ficam por aqui.

¹⁶ “Cette construction [des actes créateurs de droits] est l’oeuvre de la jurisprudence prétorienne du Conseil d’État, qui n’ayant donné aucune définition de l’acte créateur de droits, se contente de constater souverainement l’existence de droits acquis à l’occasion de chaque cas d’espèce” – G. VLACHOS, *Le retrait...*, *cit.*, p. 413.

¹⁷ P. AUVRET, *La notion de droit acquis en Droit Administratif français*, in *RDPSP*, 1985/1, pp. 53 segs, 59. O Autor realça esta circularidade, funcionalmente centrada na invocação da estabilidade, afirmando que “le droit acquis est tout simplement le droit au maintien de l’acte. Le droit acquis, et même le droit définitivement acquis, est le droit au maintien de l’acte qui crée une situation juridique; ce qui revient à définir la conséquence par la cause” (p. 60). No mesmo sentido, C. SANTULLI, *Les droits...*, *cit.*, p. 88.

Adoptando claramente a perspectiva criticada por AUVRET, veja-se o estudo de E. GILLON e P. BRINGUIER (*Le pouvoir...*, *cit.*, *max.* pp. 304 segs), que fazem equivaler acto criador de direitos a acto não precário.

¹⁸ Neste sentido, J.-YVES VINCENT, *Le retrait des actes administratifs unilatéraux*, in *RTDE*, 1974/1, pp. 31 segs, 35.

¹⁹ Assim, talvez convenha atenuar a afirmação de J. COPPER-ROYER (*Les conditions...*, *cit.*, p. 143), no sentido de que “un droit conditionnel ou futur est un droit comme un autre: l’individu que en bénéficie acquiert la jouissance du droit dès qu’intervient l’acte; il importe peu que son exercice soit subordonné ou à une condition ou à un terme”. Ora, pelo menos em termos práticos, um direito sujeito a condição suspensiva que nunca se verifique não pode aspirar a ser “um direito como os outros”... porque o seu exercício se revela impossível (assim considerou, de resto, o Conselho de Estado no *arrêt Ville de Nimes*, de 1953).

E nem se afirme que o acto alberga direitos em gestação, sendo insusceptível de revogação por força desse facto (neste sentido, J.-RENÉ DELATTE, *Le retrait des actes administratifs individuels*, in *AFDL*, 1965, pp. 93 segs, 111, 112), porque o que se passa nessa hipótese é que o acto não pode ser revogado devido à não produção de efeitos. Nesta linha, veja-se o Acórdão do STA de 6 de Junho de 2002 (proc. 46.577), onde se exige a “eficácia actual do acto e não apenas potencial como condição da qualificação de um acto como constitutivo de direitos” (ponto 3.2.).

Para além de conter no seu âmago uma bidimensionalidade fracturante (no caso de actos multilaterais, em que os “direitos” se multiplicam pelos vértices da relação jurídica), a teoria dos “direitos adquiridos” assume, de acordo com AUVRET, uma amplitude que se presta a distorções, porque se extrai dela mais do que é devido: repare-se que, salvo na hipótese de um acto cujo efeito autorizativo se esgote instantaneamente (v.g., autorização de ocupação de via pública por um dia; de realização de um espectáculo num recinto camarário numa noite), adquirir um direito e conservá-lo são duas realidades distintas, por força da diversa dimensão temporal que as envolve²⁰. “Um direito não nasce adquirido; ele «torna-se» adquirido”²¹. Ou, noutra perspectiva, um direito não deixa de se ter constituído se, em dado momento da sua “vida” sobrevier um facto que faça cessar os seus efeitos com eficácia *ex nunc*²², podendo esse facto traduzir uma vontade funcional da Administração motivada por razões de “aggiornamento” do interesse público²³.

Ora, desfeita a ilusão de óptica, o resultado é que também a noção de acto não criador de direitos fica afectada. Se criar direitos não é igual a conservá-los, uma parte dos actos tidos por não criadores de direitos passa a integrar o lote de actos criadores de direitos²⁴... Nomeadamente, todos os actos precários, isto é, com a eficácia sujeita à verificação de uma condição resolutiva ou de um termo resolutivo²⁵, bem como os actos fruto de poderes predominantemente discricionários. Já os actos emitidos com erro sobre os pressupostos ou adoptados sem respeito por normas procedimentais ou de fundo só geram direitos adquiridos após ultrapassarem o limiar do prazo de interposição de recurso de anulação (salvo se fulminados de nulidade), como se de uma condição suspensiva se tratasse. O caso de obtenção do acto através de fraude poderá ser encarado diferentemente, dado que aí não há confiança a proteger — pelo menos do destinatário do acto —; logo, não há sequer constituição do direito²⁶. Enfim, os actos inexistentes, os actos contrários ao caso julgado, os actos desprovidos de base legal, tão-pouco constituem direitos, em virtude da contrariedade radical que revelam em face do ordenamento jurídico²⁷.

Esta releitura tem consequências, à primeira vista, algo inquietantes. Note-se que alargar o leque de actos “criadores de direitos” a uma panóplia de situações antes tidas por não criadoras é contribuir ainda mais para a impermeabilidade da situação jurídica administrativa às novas circunstâncias de interesse público que podem

²⁰ Conforme realça C. YANNAKOPOULOS, “L’intangibilité de certains actes juridiques n’est donc pas toujours la conséquence de leur force intrinsèque, mais constitue plutôt l’effet secondaire de l’intangibilité des situations concrètes formées dans le temps” — *La notion...*, *cit.*, p. 27 (v. também pp. 163 segs).

²¹ C. YANNAKOPOULOS, *La notion...*, *cit.*, p. 171.

²² Assim, P. AUVRET, *La notion...*, *cit.*, p. 91.

²³ Neste sentido, P. LEWALLE, *L’abrogation des actes administratifs*, in *AFDL*, 1971, pp. 63 segs, 67 (v. também pp. 101 segs).

²⁴ Cfr. P. AUVRET, *La notion...*, *cit.*, pp. 62 segs.

²⁵ A jurisprudência utiliza hesitantemente os termos “retrait” e “supression” para qualificar o acto que constata a cessação de efeitos deste tipo de actos — E. GUILLON e P. BRINGUIER, *Le pouvoir...*, *cit.*, p. 302.

²⁶ Parece ser esta a conclusão a retirar da jurisprudência *Sarrovitch*, de 12 de Abril de 1935, do Conselho de Estado — cfr. P. LOUIS-LUCAS, *Le retrait...*, *cit.*, p. 109.

²⁷ Cfr. G. VLACHOS, *Le retrait...*, *cit.*, p. 418.

justificar a sua alteração. Numa segunda leitura, contudo, esta impressão desfaz-se, uma vez que ressurge o argumento que activou a desmontagem da figura do acto criador de direitos: a estabilidade prende-se com o respeito pelos efeitos produzidos, não pelos efeitos a constituir. Ora, sobretudo no que toca a situações precárias, a susceptibilidade de abrogação é-lhes co-essencial. Mas apenas quando a causa de cessação de efeitos corresponda à condição de precariedade, não em termos gerais.

Assim, há um desdobramento apenas aparente da categoria de actos criadores de direitos (alargada) quanto à possibilidade de abrogação: os actos não precários só podem ser abrogados por “actes contraires”; os actos precários podem ser abrogados uma vez verificada a causa de precariedade, mas *tão só* nos limites desta²⁸. O que confirma, ainda assim, e mesmo apesar das contradições internas da noção de “acto criador de direitos”, a impossibilidade genérica – i. é, por motivos de interesse público não explicitamente referenciados na norma habilitante ou nas cláusulas acessórias que a Administração tenha, nos termos daquela, aposto ao acto – de abrogação de um acto administrativo, emitido com respeito pelo bloco regulador aplicável, que constitui o particular numa situação de vantagem. Melhor: numa situação de privilégio²⁹.

Esta resistência da jurisprudência a admitir a revogação por motivos de oportunidade e por alteração das circunstâncias de facto³⁰ – contemplando eventualmente um dever de indemnização do lesado – destoa da evolução das competências administrativas de conformação do interesse público, quer no plano estritamente económico, quer no plano da gestão de riscos, sanitários e ambientais. Ela não só revela desarticulação com o movimento de actualização das situações jurídicas gerado no Direito Comunitário – pense-se, por exemplo, nos poderes reconhecidos pelas directivas OGMs (directiva do Parlamento europeu e do Conselho 2001/18/CE, de 12 de Março) e do controlo integrado da poluição (directiva do Conselho 96/61/CE, de 24 de Setembro) –, como é contrariada no terreno interno e no seio do próprio *Conseil d'État*, pelas decisões *Despujol*, primeiro, e *Alitalia*, mais recentemente, sobre a livre revogabilidade de regulamentos³¹.

Em ambas, o Tribunal reconheceu a relevância da alteração das circunstâncias com vista à modificação do conteúdo do acto. Na primeira³², de 1930, o Conselho de

²⁸ Neste sentido, P. AUVRET, *La notion...*, *cit.*, p. 75.

²⁹ F. BATAILLER, *Les «beati possidentes»...*, *cit.*, pp. 1070 segs.

³⁰ O *Conseil d'État* apenas admitiu a revogação de actos criadores de direitos por alteração das circunstâncias de facto em duas ocasiões: os *arrêts Union pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales des Alpes-Maritimes*, de 8 de Janeiro de 1971, e *Conseil Régional de l'Île-de-France de l'ordre des pharmaciens*, de 21 de Maio de 1982 – cfr. Y. PETIT, *Les circonstances nouvelles dans le contentieux de la légalité des actes administratifs unilatéraux*, in *RDPSP*, 1993/5, pp. 1293 segs, 1308, 1309.

³¹ Além de se distanciar da regra da mutabilidade dos contratos administrativos, por força da aplicação da teoria da imprevisão (v. *infra*, 2.2.). Chamando a atenção para esta contradição, J.-MARIE AUBY, *L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux*, in *RDPSP*, 1959, pp. 431 segs, 433 e 460. Mais recentemente, C. YANNAKOPOULOS, *La notion...*, *cit.*, pp. 62 segs.

³² Cfr. M. LONG *et alii*, *Les grands arrêts...*, *cit.*, pp. 256 segs; E. SOTO KLOSS, *El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el Derecho francés*, in *RAP*, nº 64, 1971, pp. 53 segs, 91 segs.

Estado fixou duas regras: por um lado, sobrevindo alteração das circunstâncias de facto que motivaram a emissão do regulamento, qualquer interessado pode, a todo o tempo, requerer a sua modificação ou abrogação à entidade competente; por outro lado, em caso de entrada em vigor de uma nova lei contrária àquela que constitui fundamento de adopção do regulamento, qualquer interessado pode requerer judicialmente, num prazo de dois meses posterior ao início de vigência da lei, a anulação do regulamento (com efeitos *ex nunc*³³).

Na segunda³⁴, de 1989, o Alto Tribunal francês foi confrontado com uma alteração de circunstâncias de direito derivada da expiração do prazo de transposição de uma directiva com cujo conteúdo um determinado regulamento se mostrava incompatível. O avanço relativamente à jurisprudência *Despujol* traduz-se em que, certamente pressionado pela necessidade de aplicação uniforme do Direito Comunitário³⁵, o Conselho de Estado decretou a obrigatoriedade, para a Administração, de proceder à anulação de regulamentos ilegais *ab initio* ou supervenientemente ilegais³⁶ – neste último caso, apenas a requerimento de um interessado³⁷.

Esta “abertura” do Conselho de Estado à alteração das circunstâncias não deve, no entanto, ser enfatizada – leia-se: não deve entender-se como uma cedência à possibilidade de a Administração, por necessidades que se prendem com uma reavaliação das prioridades relacionadas com a gestão dos interesses públicos, proceder à revogação de actos criadores de direitos por motivos de pura oportunidade, nem tão pouco como um reconhecimento do dever de actualização do conteúdo do acto

³³ Esta ressalva consta, não do *arrêt Despujol* (que admitia a anulação retroactiva), mas do *arrêt Syndicat national des cadres des bibliothèques*, de 1964. Neste aresto estabeleceu-se ainda uma “simetria mais lógica” relativamente ao problema do requerimento de anulação do regulamento supervenientemente ilegal, que se traduziu na preferência pela via administrativa e só perante a omissão (ou recusa) desta se desencadearia o recurso de anulação – E. SOTO KLOSS, *El cambio...*, *cit.*, p. 98.

³⁴ Cfr. M. LONG *et alii*, *Les grands arrêts...*, *cit.*, pp. 732 segs.

³⁵ Sobre a questão do dever de revogação/compatibilização de regulamentos com normas de Direito Comunitário (bem como com princípios de Direito Internacional geral), Y. PETIT, *Les circonstances...*, *cit.*, pp. 1312 segs. O Autor denuncia a impossibilidade de invocação de uma directiva para fundamentar a invalidade de um acto (criador ou não de direitos), em contraponto à possibilidade aberta pela jurisprudência *Despujol* e *Alitalia* relativamente a regulamentos (pp. 1322 segs).

³⁶ Sublinhe-se que o Decreto de 28 de Novembro de 1983 já impunha a obrigatoriedade de abrogação de regulamentos originariamente ilegais, mesmo após a expiração do prazo de recurso, a requerimento de qualquer interessado. Com a jurisprudência *Alitalia*, o problema da revogação de regulamentos não só sofreu uma evolução em face da jurisprudência *Despujol* (que apenas contemplava a hipótese de revogação a pedido e dentro do prazo do recurso de anulação), como desenvolveu o preceituado no Decreto de 1983, na medida em que consagrou o dever de abrogação de regulamentos supervenientemente ilegais (embora apenas por solicitação externa).

³⁷ Esta minimização dos princípios da legalidade e da não proliferação de regulamentos ilegais é uma das deficiências apontadas a esta jurisprudência por H. ARBOUSSET, *Retrait...*, *cit.*, p. 550 – uma vez que, na falta de iniciativa externa, a Administração não se vê constrangida a proceder à supressão do regulamento ilegal.

Por outro lado, todavia, aderir à regra da caducidade automática poderia criar um clima de grande insegurança – G. GONZALEZ, *La caducité...*, *cit.*, p. 1722. A melhor solução seria, parece-nos, instituir um dever de declaração de caducidade dos regulamentos cujos pressupostos de direito e de facto fossem oficiosamente comprovados pela Administração, posteriormente a uma audiência do interessado e com rigorosa fundamentação.

autorizativo em face de alterações no plano da técnica³⁸. A abrogação continua a ser proibida, salvo se o “acte contraire” encontrar na lei um fundamento habilitante — esta proibição vale mesmo para os actos “não criadores”, sempre que façam nascer situações de vantagem a terceiros.

E se é verdade que a alteração de circunstâncias *de facto* pode servir de fundamento à abrogação do acto, tal há-de ser propulsionado pelos interessados, não *ex officio*. De onde se depreende que as “circunstâncias de facto” são objectivas³⁹, não subjectivas. Ou seja, apesar da aparência, o Conselho de Estado não abre a porta à abrogação por motivos de oportunidade. O que não retira, todavia, interesse a esta jurisprudência, nomeadamente no que tange à iluminação de uma figura intermédia, entre a anulação administrativa e a abrogação: a da revisão/modificação do acto administrativo (sempre com efeitos *ex nunc*) por alteração das circunstâncias de facto⁴⁰.

Depois desta breve síntese sobre o modo como nasceu e se desenvolveu a teoria dos *actos criadores de direitos adquiridos* em França, vejamos de que forma ela se afirmou em Portugal e conduziu à fórmula dos “actos constitutivos de direitos”.

ii.) A figura do “acto constitutivo de direitos” tem antecedentes nas locuções “direitos adquiridos”, decisões que não constituam “ofensa de direitos de terceiro”, e “actos declaratórios de direitos” presentes na legislação administrativa portuguesa do século XIX e inícios do século XX. Conforme nos dá notícia MARCELLO CAETANO, os actos administrativos inválidos que tenham criado direitos na esfera jurídica dos destinatários só pelos tribunais podem ser anulados, no âmbito do recurso contencioso de anulação. Fora desta “reserva” encontram-se os actos não criadores de direitos, os actos nulos e inexistentes e “os actos que a administração tenha *necessidade* de praticar, ou que a lei impõe que pratique dentro de certos termos e condições”⁴¹. É naquelas fórmulas que o Código Administrativo de 1936-40, no artigo 83º, respeitante ao regime da revogação dos actos administrativos dos órgãos da Administração local⁴², encontra mais directa inspiração.

MARCELLO CAETANO, o autor material do Código, explica, logo na 1ª edição do

³⁸ Cfr. a crítica a esta “resistência” do *Conseil d’État*, bem patente no *arrêt Viguet-Carrin*, de 1959, em E. SOTO KLOSS, *El cambio...*, *cit.*, p. 103.

³⁹ Sublinhe-se que, nos termos da jurisprudência *Simonnet* (1964), caso se trate de um regulamento em matéria económica, o interessado deverá invocar uma alteração imprevisível, “un bouleversement tel qu’il ne pouvait entrer dans les prévisions de l’auteur de la mesure et qu’il a eu pour effet de retirer à celle-ci son fondement juridique” — H. ARBOUSSET, *Retrait...*, *cit.*, p. 548; G. DUPUIS e M.-JOSÉ GUÉDON, *Droit Administratif*, 4ª ed., Paris, 1993, pp. 412, 413; Y. PETIT, *Les circonstances...*, *cit.*, p. 1302 (qualificando tais condições, claramente inspiradas na teoria de imprevisão, de “draconianas”; em contrapartida, J. M. PONTIER, *L’imprévisibilité...*, *cit.*, p. 16, justifica tal exigência no facto de as circunstâncias económicas se alterarem tão frequentemente que, na ausência de “imprevisão qualificada”, os pedidos de modificação podem *afogar* a Administração).

⁴⁰ Admitindo a modificação do acto por desaparecimento do “facto aquisitivo” ou por superveniência de novas circunstâncias de facto, C. YANNAKOPOULOS, *La notion...*, *cit.*, p. 341.

⁴¹ MARCELLO CAETANO, *Formas...*, *cit.*, pp. 68 segs (a citação é da pág. 70)

⁴² O artigo 357º, Súnico, do Código Administrativo, frequentemente citado a propósito deste tema, dizia respeito à competência dos órgãos da Administração local para declarar a nulidade e a inexistência dos actos por si praticados — ou seja, como limite negativo à competência revogatória. Cfr. o Acórdão do STA de 8 de Março de 1963, *in Col. Ac. STA*, 1963, pp. 311 segs.

seu *Manual de Direito Administrativo*, que “os actos a que o Código Administrativo hoje chama *constitutivos* [que criam direitos ou interesses legítimos] são os mesmos a que nos Códigos anteriores, e ainda na Reforma Administrativa Ultramarina, se chamava *declaratórios*. A terminologia actual é muito mais correcta, pois exprime, com superior clareza, o carácter dos actos a que se refere”⁴³. Mais adiante, no ponto dedicado à revogação, o Autor afirma que os actos não constitutivos de direitos podem ser revogados, sem reservas, uma vez que a Administração se encontra “em face apenas das suas conveniências, de interesses sociais ou, quando muito, de meros interesses morais ou pecuniários dos indivíduos”⁴⁴. Já quanto aos actos constitutivos, “esta liberdade não existe” (...) Estes direitos ou interesses ficariam desprovidos de garantia se a sua existência estivesse à mercê da administração”⁴⁵.

Aperfeiçoando a sua síntese, MARCELLO CAETANO regressa ao tema na 2ª edição do *Manual de Direito Administrativo*⁴⁶, num passo que consideramos ter interesse para esclarecer o pensamento do Autor:

“São revogáveis a todo o tempo e com qualquer fundamento (salvo sempre preceito legal em contrário) os actos não constitutivos e, portanto, também os actos precários que seguem o mesmo regime jurídico.

Quanto aos actos constitutivos existe um regime jurídico no Código Administrativo diferente no adoptado nas outras leis.

Pomos de parte, claro está, aqueles actos dessa natureza que a lei especialmente considere revogáveis em termos e condições determinadas.

Segundo o Código Administrativo os actos constitutivos são em geral revogáveis só quando ilegais, mas nesta hipótese a revogação tem de fazer-se dentro do prazo fixado na lei para o recurso contencioso ou até à sua interposição (art. 83º).

Resulta daqui que um acto ferido de nulidade radical será revogável a todo o tempo, ao passo que enfermado de simples nulidade só o pode ser no restrito prazo fixado por lei para a interposição do recurso. De resto, a afectação ao tribunal da questão contenciosa tolhe a competência revocatória, o que se compreende para evitar dualidade de jurisdições, e até o conflito.

Os actos constitutivos nunca são revogáveis por simples conveniência da Administração.

Vejam agora o regime jurídico dos actos constitutivos praticados por autoridades não reguladas pelo Código Administrativo. Quanto a esses, tem-se entendido que são sempre irrevogáveis, mesmo quando ilegais. Se um ministro pratica um acto de cuja ilegalidade se apercebe depois, resta-lhe a possibilidade de recorrer dele, dentro do prazo de um ano, para o Supremo Tribunal Administrativo.

Se não se tratar de um Ministro, mas de outra autoridade com poder de praticar actos definitivos e executórios, terá ela que utilizar o Ministério Público para, por meio de acção pública, introduzir o recurso no prazo normal de impugnação desses actos.

⁴³ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 1ª ed, Lisboa, 1937, p. 480.

⁴⁴ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 1ª ed, *cit.*, p. 521 (na pág. 480, o Autor definia actos não constitutivos de direitos como “os que nada inovam na ordem jurídica e simplesmente se destinam a fazer valer, realizar, conservar ou tutelar um direito pre-existente, ou a verificar se existe, ou não, uma situação de direito ou de facto”).

⁴⁵ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 1ª ed, *cit.*, p. 521.

⁴⁶ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 2ª ed., Lisboa, 1947, pp. 478, 479.

O acto constitutivo poderá ser revogado, porém, quando a Administração se disponha a atribuir ao titular dos direitos que a revogação atinja o equivalente económico desses direitos (indenização, em sentido genérico)”.

A este regime está subjacente a figura do *acto constitutivo*, que o Autor define como “o acto definitivo e executório de que resulta a aquisição, modificação, transferência ou extinção de um poder jurídico”⁴⁷. Em contrapartida, os actos não constitutivos correspondem aos actos precários, que “criam situações jurídicas a todo o tempo modificáveis pela Administração. Enquanto o acto subsiste, o destinatário tem poderes jurídicos: mas esses poderes existem unicamente por tolerância do órgão administrativo competente para extingui-los. Por isso, como os actos precários são constitutivos de poderes também precários, na prática tudo se passa como se a Administração não tivesse de considerar nenhuns poderes estranhos ao realizar os seus interesses, isto é, como se esses actos não fossem constitutivos”⁴⁸.

MARCELLO CAETANO perpetua, assim, a solução tradicional de irrevogabilidade administrativa de actos criadores de direitos, presente, quer no Direito português, quer no Direito francês – tanto no que concerne à irrevogabilidade dos actos constitutivos válidos para além do prazo de recurso de anulação (que, aliás, agrava com a *deferência* especial aos actos praticados no seio da Administração central⁴⁹), como no que respeita à identificação entre actos não constitutivos e actos cuja subsistência é essencialmente precária⁵⁰ –, embora a honestidade intelectual o force a admitir, textualmente, que tais actos “são constitutivos de poderes”... Ressalva, todavia, a revogabilidade de actos constitutivos desde que arbitrada a justa indenização ao seu titular. Mais tarde viria a precisar, pensando nos casos de expropriação e requisição, que a extinção de um direito faz nascer outro, ao equivalente pecuniário⁵¹ – daí que a regra fique formalmente salva, afinal, com esta substituição.

Já contando com a colaboração de FREITAS DO AMARAL, MARCELLO CAETANO refina a definição de *acto constitutivo* – “é o acto administrativo que cria ou modifica um poder jurídico ou extingue restrições ao seu exercício” –, na qual descobre um desdobramento, correspondente ao *acto constitutivo de deveres* (“é o acto administrativo que impõe a alguém a obrigação de prestar coisas ou serviços ou de cessar actividades”)⁵². Este aprimoramento atrai indiscutivelmente as autorizações para a categoria de actos constitutivos – note-se a referência às “restrições ao exercício” –, mas levanta o problema da conciliação entre actos que criam vantagens e

⁴⁷ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 2ª ed., Lisboa, 1947, p. 445.

⁴⁸ MARCELLO CAETANO, *Manual...*, 2ª ed., *cit.*, p. 446.

⁴⁹ Observe-se, no entanto, que o Autor começou por considerar, *de jure constituendo*, que a solução de revogabilidade apenas expressamente prevista para os actos dos órgãos da Administração local deveria aplicar-se também aos actos do Governo – MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 1ª ed., *cit.*, p. 522.

Confirmando a tese da irrevogabilidade destes actos, cfr. o Acórdão do STA de 17 de Abril de 1953, *Col. Ac. STA*, 1953, pp. 254 segs.

⁵⁰ Neste sentido, Acórdão do STA de 27 de Julho de 1956, *in Col. Ac. STA*, 1956, pp. 664 segs (sobre livre revogabilidade de licença municipal de ocupação de via pública com tabuleta publicitária).

⁵¹ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10ª ed., Lisboa, 1973, p. 454.

⁵² MARCELLO CAETANO, *Manual...*, I, 10ª ed., *cit.*, p. 454.

obrigações, em simultâneo, como as autorizações condicionadas. Esta questão seria contornada pelo Autor, em sede de revogação, admitindo apenas a livre revogação de actos não constitutivos criadores de deveres quando fruto de poderes discricionários⁵³; quanto aos actos constitutivos de direitos, a sua faceta activa deveria ser sempre considerada como dominante, obstando à revogação (salvo ilegalidade e nos termos já descritos)⁵⁴.

Esta orientação foi alvo de revisão por ROBIN DE ANDRADE⁵⁵. Este Autor mostrou-se especialmente sensível ao *sentido* da construção do acto constitutivo de direitos – o acto é constitutivo porque é irrevogável –, que deveria ser invertido – o acto é irrevogável porque é constitutivo. Essa é, com efeito, a sua liminar prevenção argumentativa: o carácter constitutivo de direitos é causa e não consequência da irrevogabilidade do acto⁵⁶.

Visando contrariar a tendência excessivamente restritiva do regime da revogação, ROBIN DE ANDRADE ataca-a no seu ponto nevralgico: a figura do acto constitutivo. Se é este que determina a competência revogatória, então a solução será reduzir o seu âmbito de atracção, *emagrecendo* o corpo de actos constitutivos e *engordando* o dos actos não constitutivos. Assume especial importância a desafecção da autorização do lote dos actos constitutivos, uma vez que, segundo o Autor, a figura prende-se a “puras possibilidades de exercício de direitos”, porque “não é determinada por razões ligadas à tutela dos bens jurídicos pessoais em que os direitos se consubstanciam, mas por simples motivos de interesse público e de polícia administrativa completamente estranhos à essência dos direitos e dos bens jurídicos em causa”⁵⁷. A autorização, refundada com o Estado Social, sofre uma degradação inversamente proporcional ao aumento dos poderes de “condicionamento administrativo das iniciativas individuais”, o qual ganha “uma importância primacial no sistema jurídico-administrativo”⁵⁸.

A tentativa de circunscrever os actos constitutivos aos actos que criam situações de vantagem (não abrangendo, portanto, actos que removem limites ao exercício de direitos preexistentes)⁵⁹, alargando assim as possibilidades de revogação – ou seja, subtraindo um conjunto de casos de actos tradicionalmente tidos por irrevogáveis, salvo por ilegalidade, a esse filtro – não era, contudo, acompanhada da defesa de

⁵³ Cfr. o caso decidido pelo STA em 18 de Maio de 1962 (*in Col. Ac. STA*, 1962, pp. 303 segs), a propósito da revogação de uma licença de ocupação de via pública com bombas abastecedoras de gasolina, que o Tribunal considerou inválida porque, apesar de se tratar de um acto de concessão discricionária, essencialmente precário e, por conseguinte, não constitutivo de direitos, teria sido praticado com desvio de poder. O STA afirma lapidarmente que “revogação discricionária não é o mesmo que revogação arbitrária” (p. 307).

⁵⁴ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, I, 10ª ed., *cit.*, pp. 539, 540. Em apoio desta tese, podem ver-se os Acórdãos do STA: de 24 de Maio de 1957, *in Col. Ac. STA*, 1957, pp. 315 segs; de 16 de Outubro de 1964, *in Col. Ac. STA*, 1964, pp. 805 segs.

⁵⁵ J. ROBIN DE ANDRADE, *A revogação...*, *cit.*, *passim*.

⁵⁶ J. ROBIN DE ANDRADE, *A revogação...*, *cit.*, pp. 93 segs.

⁵⁷ J. ROBIN DE ANDRADE, *A revogação...*, *cit.*, p. 109.

⁵⁸ J. ROBIN DE ANDRADE, *A revogação...*, *cit.*, p. 104.

⁵⁹ Na definição de J. ROBIN DE ANDRADE (*A revogação...*, *cit.*, p. 149), acto constitutivo de direitos é “o acto administrativo, juridicamente eficaz, que directamente atribui a terceiros poderes jurídicos destinados a garantir interesses particulares, certos e determinados”.

um regime genérico de abrogação de tais actos. Nas palavras do Autor, “o princípio da legalidade administrativa, consequência necessária de um sistema de Estado de Direito, impede, portanto a aceitação de uma tal regra geral e ilimitada de revogabilidade dos actos administrativos, fundada em imperioso interesse público. Os casos de revogação por imperioso interesse público de actos constitutivos de direitos ou qualidades jurídicas devem, por consequência, considerar-se excepcionais, autênticas expropriações (*latu sensu*), cuja admissibilidade deve resultar de consagração legal expressa, e o sacrifício dos direitos ou qualidades dos particulares deve originar e constituir, na esfera destes, o direito a exigir à Administração o pagamento de uma indemnização justa”⁶⁰.

A tese de ROBIN DE ANDRADE foi duramente criticada por FREITAS DO AMARAL, muito por força da adesão do segundo à tese da autorização como remoção de limites. FREITAS DO AMARAL condena a opção de ROBIN DE ANDRADE por considerar que restringir os actos constitutivos de direitos aos actos estritamente criativos significa conceder a actos puramente recognitivos — como, na sua perspectiva, é a autorização — uma protecção menor quando, afinal, o facto de se limitarem a revelar o direito imporia um reforço da sua força reactiva à revogação⁶¹. A par dessa conclusão, FREITAS DO AMARAL adita um outro argumento, que esvaziaria a tese de ROBIN DE ANDRADE: o facto de o CPA, actualmente, abranger no seio da categoria dos actos constitutivos, quer direitos, quer interesses legalmente protegidos — ou seja, ter expressamente enveredado pela noção ampla de acto constitutivo, na esteira de MARCELLO CAETANO.

Os termos desta controvérsia demonstram que, apesar dos equívocos gerados pela noção de “actos criadores de direitos”, a doutrina (e o legislador português) não conseguiu dela desprender-se, nomeadamente no sentido de discernir a fundamental diferença entre a questão da constituição do direito e o direito à intangibilidade da situação de vantagem criada pela Administração. Ou tentando demonstrar a precariedade de actos tradicionalmente vistos como constitutivos, como a autorização (ROBIN DE ANDRADE), ou afirmando a integração dos actos precários na categoria de actos constitutivos mas prevendo a submissão ao regime dos actos não constitutivos para efeito de (livre) revogação (SÉRVULO CORREIA)⁶², ou ainda negando, pura e simplesmente, a natureza constitutiva aos actos precários (FILIPA URBANO CALVÃO)⁶³, a via escolhida passa pela negação da capacidade constitutiva de actos que iniludivelmente investem o destinatário numa situação de vantagem — ainda que muitas vezes acompanhada de deveres.

Ora, o próprio MARCELLO CAETANO integrava nos actos irrevogáveis aqueles que surtem efeitos instantâneos ou, por outras palavras, aqueles cuja emissão esgota os poderes administrativos de conformação da situação jurídica. Nesta hipótese, a

⁶⁰ J. ROBIN DE ANDRADE, *A revogação...*, *cit.*, p. 188 (sobre os pressupostos da constituição de um dever de indemnização por parte da Administração Pública, v. pp. 377 segs).

⁶¹ D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, II, *cit.*, p. 444. Repudiando a tese de ROBIN DE ANDRADE por atentatória da segurança jurídica e da protecção dos direitos e interesses dos particulares, cfr. o Acórdão do STA de 9 de Março de 1989, *in ApDR* de 14 de Novembro de 1994, pp. 1945 segs, *max.* 1955.

⁶² J. M. SÉRVULO CORREIA, *Noções...*, *cit.*, p. 501 (o Autor limitava-se a seguir MARCELLO CAETANO que, como vimos, também reconhecia o carácter constitutivo dos actos precários).

⁶³ FILIPA URBANO CALVÃO, *Os actos precários...*, *cit.*, pp. 189 segs.

aquisição do direito funde-se com a sua criação; a situação jurídica consolida-se de imediato, só podendo ser suprimida em troca de uma indemnização, caso a lesão o justifique. Mas nas restantes situações, de actos sujeitos a reserva de revogação, a reserva de modo, a condição e termo resolutivos, a alteração superveniente dos pressupostos de facto e de direito, há constituição do direito; não há — ou pode é não haver — subsistência perpétua deste⁶⁴.

A jurisprudência é fértil nestas desfocagens, que conferem ao acto constitutivo de direitos uma garantia vitalícia contra qualquer manobra adaptativa da Administração. Leia-se, por exemplo, o seguinte passo do Acórdão do STA de 17 de Novembro de 1977⁶⁵: “A irrevogabilidade da definição administrativa favorável ao interessado, nos termos regulados pelo artigo 18º, nº 2, da Lei Orgânica [do Supremo Tribunal Administrativo], tem exactamente por fim garantir-lhe a estabilidade e defesa dos seus direitos e interesses protegidos por lei, se se adoptar este último conceito, reconhecido na legislação vigente para efeitos de garantias próximas, como a da legitimidade para os recursos contenciosos”.

Não menos elucidativo é também o Acórdão do STA de 19 de Junho de 1980⁶⁶: “(...) em obediência ao valor segurança, os actos constitutivos de direitos [são] em princípio, irrevogáveis; só assim a tutela de um direito reconhecido pela Administração pode encetar relações válidas, sem perigo de as ver abaladas por uma qualquer mudança de critério da Administração.

Realmente, caso fosse de outro modo, o comércio das relações estaria gravemente comprometido, como é evidente”.

A acrescer a esta percepção distorcida — bem identificada por um sector da doutrina francesa —, deve ainda considerar-se o segundo factor de perturbação que, em nossa opinião, constitui, no actual contexto da dogmática administrativa, o argumento que deita por terra a figura do acto constitutivo de direitos e tudo o que ele simboliza. Estamos a referir-nos à realidade da multilateralização da relação jurídica administrativa e ao feixe de interesses que ela congrega, o qual torna inoperativa a noção unidimensional de criação/constituição de direitos.

Ao reiterar a adopção da figura do acto constitutivo de direitos no CPA, o legislador procedimental elegeu um regime arcaico, nem sequer actualizado pelas evoluções jurisprudenciais francesas posteriores à decisão *Dame Cachet*⁶⁷ — a qual deveria ter considerado, dado o paralelismo (de partida) das soluções legais. Reiterando a confiança na *teoria mítica*⁶⁸ do acto constitutivo de direitos e no regime de revogação que lhe está acoplado, ignorou quase por completo as ressalvas feitas em sede de protecção de terceiros e de salvaguarda do princípio da confiança. Desconheceu também os matizes da ponderação de interesses, questão incontornavelmente presente em tema de revogação, equacionando a segurança jurídica com o investimento de confiança, sopesando a salvaguarda de uma “reserva” de releitura do interesse

⁶⁴ Neste sentido, E. DESDENTADO DAROCA, *El precario...*, cit., pp. 95 segs.

⁶⁵ Acórdão do STA de 17 de Novembro de 1977, in *ApDR* de 11 de Dezembro de 1980, pp. 1979 segs, 1985.

⁶⁶ Acórdão do STA de 19 de Junho de 1980, in *ApDR* de 22 de Agosto de 1984, pp. 2640 segs, 2645.

⁶⁷ Realçando a similitude de soluções francesa, alemã e comunitária sobre a revogação, C. YANNAKOPOULOS, *La notion...*, cit., pp. 436 segs.

⁶⁸ R. MARTÍN MATEO, *Silencio...*, cit., p. 233.

público e a necessidade de preservar direitos consolidados — de fácil apreensão, na lei procedimental alemã de 1976 (artigos 48 e 49). Revelou, enfim, uma olímpica indiferença pelas solicitações de uma Administração constitutiva e gestora da incerteza, ao dispensar a regulação de uma figura que permitisse actualizar o conteúdo dos deveres que os actos autorizativos carregam, na sua dupla dimensão privada e pública.

Tomemos, então, o pulso ao artigo 140º do CPA, atestando o princípio fundamental que dele se desprende: o princípio da irrevogabilidade dos actos constitutivos de direitos válidos.

1.2. A impossibilidade de revogação unilateral de actos constitutivos de direitos válidos

A regra da irrevogabilidade unilateral dos actos constitutivos de direitos válidos retira-se, hoje, do artigo 140º/1/b) do CPA, denotando a permanência de uma tradição importada do Código Administrativo. Esta norma, conjugada com o artigo 145º/1 e 3 do CPA, consagra a intangibilidade dos efeitos produzidos, quer por actos constitutivos, quer por actos não constitutivos, salvo se a retroactividade for favorável ao interessado [nº 3, al. a)] ou se os interessados (presume-se: directos e reflexos) tiverem dado a sua concordância, caso se trate de direitos disponíveis — nº 3, al. b)⁶⁹. As situações jurídicas só poderão ser postas em causa *in futurum* — e nunca se forem constitutivas.

Para além da colagem (*not updated*) à matriz francesa, entrevê-se no regime traçado no CPA um modelo de acto constitutivo claramente inspirado na figura da autorização, tal como ela é encarada na perspectiva tradicional — a crítica de FREITAS DO AMARAL, o principal responsável pelas soluções do CPA, à tese de ROBIN DE ANDRADE não deixa margem para dúvidas. O acto constitutivo por excelência é o acto que se cinge a remover limites ao exercício de direitos preexistentes — o que tolhe os movimentos da Administração, que não pode rever ou extinguir aquilo que a lei criou e ela sancionou, num momento que eterniza (salvo indicação legal em contrário) a situação jurídica conformada pela autorização. A refundação do conceito de autorização, não só retira força ao principal argumento que FREITAS DO AMARAL brande relativamente à tese sustentada por ROBIN DE ANDRADE, como põe em causa toda a construção do acto constitutivo (desde logo, expressão pouco feliz em face da teoria da mera “declaração” de direitos preexistentes⁷⁰...).

As deficiências deste regime já foram recenseadas por VIEIRA DE ANDRADE, num estudo a que deu o título “A «revisão» dos actos administrativos no direito

⁶⁹ Chamando a atenção para a necessária articulação entre o nº 3 do artigo 145º e o nº 2 do artigo 128º, ambos do CPA, M. ESTEVES DE OLIVEIRA, P. COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código...*, *cit.*, p. 693.

⁷⁰ Cfr. a crítica de G. VLACHOS (*Le retrait...*, *cit.*, p. 417), chamando a atenção para que, se a autorização for vista como um acto meramente declarativo, dificilmente pode ser entendida como constitutiva para efeitos de impossibilidade de revogação.

português”⁷¹, pelo que a nossa tarefa se encontra consideravelmente facilitada. Cumprirá proceder aqui, tão somente, a uma síntese dos aspectos que mais desajustados se nos afiguram, tendo em vista a reconsideração que a figura dos actos constitutivos de direitos (a que o legislador do CPA aditou, enigmaticamente, a de “actos constitutivos de interesses legalmente protegidos”⁷²) vem sofrendo no seu ordenamento de origem, bem assim como alguns dados do Direito comparado, nomeadamente do direito procedimental administrativo alemão e austríaco [*Verwaltungsverfahrensgesetz*, de 1976, com as alterações introduzidas em 2003 (=VwVG)⁷³, e *Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz*, de 1925 (=AVG), respectivamente].

Assim, as falhas que temos a apontar ao regime da revogação dos actos administrativos presentemente vertido na Secção IV do Capítulo II da Parte IV do CPA são as seguintes:

i.) Indistinção entre as noções de anulação, abrogação e revisão/modificação administrativas;

ii.) Prevalência desproporcionada da dimensão da segurança jurídica: - em detrimento da necessidade de protecção de terceiros de boa-fé que tenham confiado na validade do acto ilegal; - em face de quem deu azo, fraudulentamente, à prática do acto ilegal;

iii.) Prevalência desproporcionada da “segurança jurídica” relativamente à necessidade de actualização do acto por razões ligadas à reconsideração de prioridades de interesse público;

iv.) Desconsideração do princípio da proporcionalidade como factor de balanceamento dos efeitos a atribuir à anulação do acto;

v.) Desarticulação entre a operação de *blindagem* do acto para efeitos de revogação e a abertura à conformação administrativa, em sede de competências predominantemente discricionárias, através de cláusulas acessórias tendencialmente limitativas dos efeitos do acto.

Passemos à sua consideração mais atenta.

i.) O CPA ignorou a necessidade de distinguir quatro situações: a anulação administrativa, que consiste na detecção, *ab initio* (isto é, até um ano após a emissão do acto) ou supervenientemente (se tiver havido erro e passado mais de um ano), de um vício menor (anulabilidade) no acto praticado, e que gera a obrigação legal da erra-

⁷¹ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, A «revisão» dos actos administrativos no direito português, in *CCL*, nºs 9/10 - *Estudos sobre o Código do Procedimento Administrativo*, 1994, pp. 185 segs. Este estudo vem na sequência de uma reflexão anterior, realizada num Seminário sobre o novo Código do Procedimento Administrativo promovido pela Faculdade de Direito da Universidade Católica, no dia 18 de Maio de 1992: *Revogação do acto administrativo*, in *D&J*, 1992, pp. 53 segs. Veja-se ainda, do mesmo autor, a recente *Anotação ao Acórdão do STA de 20 de Outubro de 2004*, in *RLJ*, 2005, nº 3934, pp. 58 segs (sobre revogação anulatória de um acto atributivo de subsídios comunitários passado o prazo de um ano).

⁷² Sobre as dúvidas provocadas por este aditamento, M. ESTEVES DE OLIVEIRA, P. COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código...*, *cit.*, p. 678; PEDRO GONÇALVES, *Revogação...*, *cit.*, p. 315.

⁷³ Sobre o regime dos artigos 48 (*Rücknahme* - anulação) e 49 (*Widerruf* - abrogação) da VwVG, vejam-se H. WOLFF, O. BACHOF e R. STÖBER, *Verwaltungsrecht*, I, 10ª ed., München, 1995, pp. 724 segs; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10ª ed., München, 1995, pp. 259 segs (há tradução francesa, de M. Fromont: *Droit Administratif allemand*, Paris, 1994, pp. 308 segs); H. FABER, *Verwaltungsrecht*, 4ª ed., Tübingen, 1995, pp. 272 segs.

dicação daquele vício⁷⁴, com efeitos retroactivos, do ordenamento jurídico (hipótese parcialmente contemplada no artigo 141º do CPA); a **abrogação**, que se traduz, em regra, na cessação de efeitos do acto por motivos de oportunidade, com efeitos *ex nunc*, filiada na reponderação de circunstâncias de interesse público contextuais à decisão (com assento no nº 1 do artigo 145º do CPA)⁷⁵ e, para alguns, a substituição do conteúdo regulatório por um novo quadro determinativo da actuação do particular⁷⁶; a “**revisão**”⁷⁷, que implica, em nossa opinião e apelando a um paralelo com o mecanismo de alteração das providências cautelares por superveniência de factos novos [artigos 388º/1/b) e 2 do Código do Processo Civil, e 124º/1 do CPTA], e com o artigo 49/2, §§3º e 4º da VwVG, a modificação ou extinção do acto por força da alteração dos pressupostos de facto (ou da valoração técnica que sobre eles incidiu)⁷⁸, e de direito; e ainda a **reforma**, figura que associamos ao recurso de revisão do processo

⁷⁴ Note-se que D. FREITAS DO AMARAL não considerava, até momento recente, a hipótese de revogação de actos inválidos como um dever, mas como uma mera faculdade – *Curso...*, II, *cit.*, pp. 463 segs –, tendo-se rendido aos argumentos de PAULO OTERO (**O poder de substituição...**, II, *cit.*, pp. 580 segs), no sentido de que a “Administração está adstrita a uma obrigação *de facere* perante todos os actos ilegais: agir de forma a fazer cessar a respectiva legalidade, repondo a plena subordinação à juridicidade”, que tanto se pode traduzir em revogação, como em reforma, ratificação ou sanção (p. 583).

⁷⁵ Diferentemente, para PEDRO GONÇALVES (**Revogação...**, *cit.*, pp. 303 segs), para quem a revogação é uma figura essencialmente diversa da anulação, porquanto reflecte sempre uma competência de administração activa e tem invariavelmente por fundamento a permanente adequação da regulação contida no acto administrativo “à concepção que a Administração, enquanto poder que codetermina o interesse público (...) tenha sobre o modo de o satisfazer” (p. 306). Desta feita, a revogação consumiria a abrogação (que, para o Autor, não existe), e caracteriza-se, não pela sua faceta de acto secundário, mas antes por traduzir uma interferência num quadro regulativo anterior.

⁷⁶ Chamando a atenção para estas hipóteses, PEDRO GONÇALVES, **Revogação...**, *cit.*, p. 305. O Autor frisa, no entanto, a conveniência em distinguir as figuras “por dever considerar-se que a revogação *stricto sensu* é um acto com efeitos essencialmente abrogatórios, pelo qual uma autoridade deixa de disciplinar uma relação”.

Repare-se que esta reformulação do acto – aditiva ou substitutiva (cfr. a distinção de A. SANDULLI, **Manuale di Diritto Amministrativo**, I, XV ed., Nápoles, 1989, p. 732, entre *reforma aggiuntiva* e *riforma sostitutiva*) – pressupõe a recognoscibilidade mínima do conteúdo regulatório anterior, sob pena de se tratar, não de um acto revogatório, mas de um novo acto.

⁷⁷ Cumpre observar que a “revisão” a que se reporta J. C. VIEIRA DE ANDRADE, utilizando-a como *macro-conceito* aglutinador (à semelhança, aliás, do *Oberbegriff* alemão: *Aufhebung*), é susceptível de desdobramento nestas três situações, embora o Autor se fixe apenas em duas: a anulação e a abrogação – **A “revisão”...**, *cit.*, pp. 190 segs.

Reportando-se à revisão como procedimento de segundo grau tendente à actualização dos efeitos de um acto primário de acordo com alterações, de facto ou de direito, M. S. GIANNINI, **Diritto...**, II, *cit.*, pp. 594, 595 segs.

⁷⁸ Aceitando a diferença entre alteração de pressupostos de facto (objectiva) e alteração da ponderação realizada sobre tais pressupostos (subjectiva), FILIPA URBANO CALVÃO, **Os actos precários...**, *cit.*, pp. 91, 92. No fundo, a questão prende-se com a caracterização da competência anulatória como uma *função de controlo*, apresentando-se a competência abrogatória como uma expressão de poderes de *administração activa*, de reponderação dos motivos que conduziram à prática do acto – cfr. ROGÉRIO SOARES, **Interesse público...**, *cit.*, *max.* pp. 438 segs (embora não acompanhemos o Autor na aplicação da figura da anulação aos “vícios de mérito”, na medida em que, perante um problema relacionado com a *reponderação* dos motivos que levaram à prática do acto, só podemos conceber a sua abrogação. Caso se verifique a ausência do motivo de interesse público, ou há erro sobre os pressupostos, ou há desvio de poder, ambos conducentes, em princípio, à cessação dos efeitos do acto com eficácia retroactiva com fundamento em ilegalidade).

civil [cfr. o artigo 771º/c) do Código do Processo Civil], ou à revisão do procedimento a que aludem os artigos 69 e 70 da AVG, e o artigo 51 da VwVG, e que consiste na reabertura do procedimento e prolação de nova decisão em atenção à descoberta de dados (ou à possibilidade de fazer prova deles) contemporâneos à primeira pronúncia administrativa⁷⁹, mas insusceptíveis de consideração à luz de critérios de diligência normal⁸⁰.

As diferenças entre as figuras da anulação e da abrogação já estão devidamente identificadas por VIEIRA DE ANDRADE⁸¹: a anulação traduz uma função de controlo; tem por fundamento a ilegalidade do acto; é praticada por qualquer órgão com competência de fiscalização administrativa da legalidade do acto (autor; entidades com competência de supervisão); tem, em regra, efeitos retroactivos; incide sobre quaisquer actos (de eficácia instantânea e duradoura⁸²). Já a abrogação, por seu turno, reflecte uma função de administração activa; tem por fundamento a inconveniência da manutenção do acto para o interesse público; só pode ser praticada pelo autor do acto ou por quem partilhe com ele a competência dispositiva sobre a matéria em causa; tem, em regra, efeitos apenas para futuro; e incide apenas (e logicamente) sobre os actos duradouros. Nós acrescentaríamos que, enquanto a anulação é vinculada, a abrogação é discricionária.

Caracterizadas anulação e abrogação, qual a vantagem de mais duas noções? Expliquemo-nos: o instituto da revisão assume uma mais valia fundamental em sede de prolação de decisões em quadros de incerteza, na medida em que permite, não só dar resposta à necessidade de actualização do conteúdo de deveres de protecção do ambiente de acordo com a alteração da técnica, como explicar a isenção de responsabilidade administrativa relativamente aos danos provocados pela eclosão de um risco imprevisível e, em contrapartida, fundamentar a emergência de um vínculo indemnizatório após o conhecimento da circunstância de risco, em caso de dano, sempre que tenha omitido a exigência de medidas de minimização razoavelmente exigíveis.

A Administração pode concluir que a regulação contida no acto revogando se tornou inadequada em função de circunstâncias de verificação/ocorrência posterior à sua emanação⁸³. Nas palavras de PEDRO GONÇALVES, tal conclusão pode resultar

⁷⁹ Sublinhe-se a diferença entre esta situação e aquela a que alude A. HUERGO LORA (*La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo*, in *RAP*, nº 145, 1998, pp. 89 segs), e que consiste na inserção de novos motivos de invalidade – ou de esclarecimento de motivos inicialmente enunciados de forma obscura ou insuficiente – na fundamentação de um acto administrativo. Estes motivos prendem-se a factos coevos à emissão do acto e nada lhe acrescentam do ponto de vista material.

⁸⁰ Repare-se que nos valem aqui de uma figura definida por D. FREITAS DO AMARAL, *rectius*, do nome de um mecanismo que este Autor indica como adequado para as hipóteses em que a Administração pretende, em face de uma anulação, salvar uma parte do acto que não apresenta qualquer vício – *Curso...*, II, *cit.*, p. 475. Apesar de reconhecermos o melindre de utilizar uma figura já adstrita a outra “função”, pensamos que o termo “redução” (por analogia com a redução do negócio jurídico, prevista no artigo 292º do Código Civil) casa melhor com a finalidade da figura descrita por FREITAS DO AMARAL (de resto, o Autor usa o termo “redução” na explicação da figura).

⁸¹ J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Revogação...*, *cit.*, pp. 54, 55; *idem*, *A «revisão»...*, *cit.*, pp. 190, 191.

⁸² Cfr. PEDRO GONÇALVES, *Revogação...*, *cit.*, p. 311.

⁸³ A não confundir com a figura da invalidade superveniente, como realça PEDRO GONÇALVES, *Revogação...*, *cit.*, p. 308.

da verificação da “existência de alterações na situação de facto sobre que o acto incide (*superveniência objectiva*) ou, pura e simplesmente, porque alterou as suas próprias concepções sobre o modo de prosseguir o interesse público (*superveniência subjectiva*)”⁸⁴. Qualquer das situações é susceptível de acarretar uma modificação do acto, mas é na segunda que se manifestam, de modo mais incisivo, “valorações próprias” da função administrativa.

Assim, a alteração das circunstâncias de facto ou da valoração objectiva destas é de constatação predominantemente vinculada — à luz dos dados, empíricos ou científicos, disponíveis —, sob pena de constituir a Administração em responsabilidade por facto ilícito; o acto que a ateste e com base nela proceda à actualização do acto autorizativo gera efeitos (modificativos e extintivos) apenas para futuro. A figura da revisão partilha com a anulação a natureza tendencialmente vinculada do seu exercício; da abrogação, aproxima-se em virtude dos efeitos *ex nunc* que provoca.

A reforma, por seu turno, é especialmente adequada para lidar com as hipóteses de impossibilidade de conhecer toda a informação relevante para a emissão de uma decisão materialmente justa, expressão da ponderação dos interesses reais em jogo. Sublinhe-se, todavia, a diferença fundamental relativamente ao problema da decisão baseada em erro sobre os pressupostos: aqui tratar-se-á de uma compreensão viciada, distorcida dos dados conhecidos (imputável à Administração ou ao particular), geradora de uma anulação com eficácia *ex tunc*; ali estaremos em presença da necessidade de emitir uma decisão substitutiva, por conhecimento superveniente (não por facto superveniente) de factos já existentes à data da primeira pronúncia, que acarreta a caducidade desta. Assim, a reforma distingue-se da anulação, por não envolver, em rigor, a prática de uma decisão formalmente ilegal; é diversa da abrogação em razão da sua estrita objectividade; destaca-se da revisão na medida em que, ao contrário desta, lida com factos contemporâneos à decisão inicial, não dependendo de nenhuma alteração subsequente do quadro fáctico.

Destas figuras se distanciam as declarações de nulidade e de caducidade [cfr., aliás, o artigo 139º/1/a) e 2 do CPA], que têm em comum o facto de assentarem, em princípio, em verificações declarativas; em contrapartida, afasta-as uma da outra o facto de a primeira implicar, tendencialmente, a cessação de efeitos *ab initio*, enquanto a segunda consiste no desaparecimento de pressupostos do acto, de facto ou de direito, que o afectam na sua sustentação futura, mas que não implica, em princípio, a invalidação dos efeitos já produzidos (cfr., no entanto, o artigo 139º/2 do CPA)⁸⁵. A declaração de nulidade é regulada no artigo 134º do CPA e, apesar de, como acabámos de afirmar, traduzir uma verificação declarativa pode, em alguns casos, ter natureza constitutiva, nos termos do nº 3 da disposição citada — nomeadamente, quando o “simples decurso do tempo” gerar a possibilidade de conferir cobertura ju-

⁸⁴ PEDRO GONÇALVES, *Revogação...*, cit., pp. 306, 307. Distinguindo também entre motivos de oportunidade e de validade supervenientes (no âmbito do poder revogatório), T. CANO CAMPOS, *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Madrid, 2004, pp. 132 segs.

⁸⁵ Repare-se que, no caso da reforma (cujo prazo de “prescrição” deve ser fixado pela lei — cfr. o artigo 69/2 da AVG, que fixa o limite em três anos), os efeitos produzidos até à sua prática ficam sem base de sustentação (é uma espécie de relação administrativa de facto), ancorando-se, em última análise, no princípio da segurança jurídica.

rídica a situações de facto que se foram consolidando⁸⁶. A caducidade não é objecto de regulação.

Sem querer entrar em grandes desenvolvimentos, não deixaremos de fazer duas observações nesta sede: em primeiro lugar, parece-nos que, e à semelhança do que sucede com o regime da revogação, falta no artigo 134º uma referência ao investimento de confiança dos particulares afectados/beneficiados pelo acto objecto da declaração de nulidade⁸⁷. Não se compreende que o mero decurso do tempo possa investir um particular que conhecia a grave invalidade de que padecia o acto – *maxime*, se para ela contribuiu – e seja premiado por isso, com sacrifício da legalidade objectiva. Como se não concebe que o “simples decurso do tempo” possa justificar o reconhecimento de situações de vantagem que não foram aproveitadas pelos interessados potenciais – é ganhar a lotaria sem comprar cautela...

Em segundo lugar, a indefinição do prazo de decretamento da nulidade – que resulta do nº 2 do artigo 134º – é excessiva e prejudicial para a segurança jurídica⁸⁸. Parece-nos que o legislador deveria ter fixado um prazo limite (de três a cinco anos) para arguição e declaração de nulidade, pelo menos sempre que esta se manifestar no momento da prática do acto. Diversa é a solução na Alemanha, onde qualquer irregularidade do acto pode ser arguida a todo o tempo, com a limitação de que, após levada ao conhecimento da Administração, tem esta um ano para promover a cessação dos efeitos do acto (artigo 48/4 da VwVG), nunca esquecendo o efeito corrector desempenhado pelo princípio da protecção da confiança.

Naturalmente que estes “acertos” se reflectem na questão da invalidade do acto administrativo, que tenderá a transformar-se, em regra, em nulidade – indo, aliás, ao encontro da abertura propiciada pelo artigo 133º/1 do CPA⁸⁹ –, matizada pelos princípios da proporcionalidade e da protecção da confiança. Uma abordagem séria do assunto não cabe, todavia, neste trabalho;

⁸⁶ Por este facto, FILIPA URBANO CALVÃO considera ser de repensar a impossibilidade de revogação de actos nulos, nomeadamente no sentido de os sujeitar à abrogação, caso o investimento de confiança sedimentado pelo decurso do tempo o justifique – **Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código do Procedimento Administrativo**, in *CJA*, nº 54, 2005, pp. 33 segs.

⁸⁷ Neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, A «revisão»..., *cit.*, p. 188.

⁸⁸ Neste sentido, apelando à fórmula de “prazo razoável”, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, **Validade (do acto administrativo)**, in *DJAP*, VII, Lisboa, 1996, pp. 581 segs, 591 (e ajuntando que tal distensão mais intolerável se torna “quando o vício é inteiramente imputável ao órgão administrativo (...), quando a nulidade não é evidente”, sendo mesmo, em princípio, impossível, “se a nulidade resulta da aplicação de lei inconstitucional”).

⁸⁹ Chamando a atenção para este aspecto (embora mantenha que a invalidade-regra é a anulabilidade), M. REBELO DE SOUSA, **Regime jurídico do acto administrativo**, in *CCL*, nºs 9/10 - *Estudos sobre o Código do Procedimento Administrativo*, 1994, pp.165 segs, 178, 179.

ii.) O dever de anulação do acto (constitutivo ou não constitutivo⁹⁰) dentro do prazo de um ano, correspondente ao prazo máximo de impugnação contenciosa [hoje, nos termos do artigo 58º/2/a) e 4 do CPTA], “ou até à resposta da entidade recorrida”, tem como principal objectivo a salvaguarda da segurança jurídica. Descarta, no entanto, a protecção de interesses de terceiros eventualmente afectados pelo acto algum tempo após a sua emissão, *maxime* passado mais de um ano⁹¹. Em França, recorde-se, a jurisprudência *Ville des Baigneaux* estabeleceu uma excepção para estas situações que, na prática, veio esvaziar sensivelmente a regra extraída da decisão *Dame Cachet*: os interessados não notificados podem requerer o *retrait* junto da autoridade competente a todo o tempo (*rectius*: a partir do momento em que a decisão lhes “fasse grief”) e, perante uma recusa, arguir a ilegalidade desta dentro do prazo de recurso de anulação. E na Alemanha, o artigo 48/4 da VwVG estabelece o prazo máximo de um ano para a anulação, contado desde que a Administração teve conhecimento do vício do acto (salvo em caso de fraude), salvaguardando o direito ao contraditório por parte de terceiros interessados (artigo 50 da VwVG)⁹².

Antes de optar por ou sugerir uma solução diversa da regra do artigo 141º/1 do CPA, há que atentar em três aspectos:

- em primeiro lugar, deve recordar-se que o acto anulável se torna inatacável, quer através da acção administrativa especial, quer pela via da acção administrativa comum – artigo 38º/2 do CPTA. Mas tal inimpugnabilidade directa não veda a possibilidade de o lesado invocar, a título incidental, a ilegalidade do acto para efeitos de efectivação da responsabilidade civil extracontratual da Administração (artigo 38º/1 do CPTA);

- em segundo lugar, o artigo 64º do CPTA introduziu um elemento perturbador no regime da anulação, uma vez que parece admitir (embora não a considere válida) a revogação de um acto durante a pendência de um processo destinado à sua impugnação, mesmo após a recepção da contestação da autoridade administrativa, com efeitos retroactivos (campo de eleição da anulação) – ou seja, teria operado a

⁹⁰ Como realçam os Autores do CPA, o artigo 141º/1 restringiu o campo de aplicação da anulação administrativa, na medida em que, não distinguindo entre actos constitutivos e não constitutivos [como os artigos 18, §2º da Lei Orgânica do STA, e 77º/b) do DL 100/84, de 29 de Março, que indiscriminadamente previam a impugnação “a todo o tempo”], passou a considerar que ambas as categorias se submetem ao limite temporal de um ano respeitante à impugnação da sua invalidade – D. FREITAS DO AMARAL, J. CAUPERS, J. MARTINS CLARO, J. RAPOSO, MARIA DA GLÓRIA GARCIA, P. SIZA VIEIRA e V. PEREIRA DA SILVA, *Código do Procedimento Administrativo, Anotado*, 3ª ed., Coimbra, 1997, p. 254. No sentido da interpretação correctiva da lei anteriormente aplicável já se manifestara J. RAPOSO, *Da revogação dos actos administrativos*, in *Contencioso Administrativo*, Braga, 1986, pp. 167 segs, 179.

⁹¹ Admitindo a impugnação do acto por terceiros que só passado um ano tenham dele tomado conhecimento, M. ESTEVES DE OLIVEIRA, P. COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código...*, *cit.*, p. 684.

⁹² Não se olvidando, tão-pouco, as regras sobre prazos de revogação de actos ilegais decorrentes de legislação comunitária, que podem levar à desaplicação do CPA em nome da uniformidade do Direito Comunitário – pelo menos quando estejam em causa interesses comunitários primaciais, como a salvaguarda das condições de leal concorrência entre empresas (caso da revogação de actos que atribuam auxílios de Estado). Cfr. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Anotação...*, *cit.*, p. 59.

revogação implícita da parte final do artigo 141º/1 do CPA⁹³. O que significaria que o prazo de um ano se distende – até à prolação da decisão judicial – pelo tempo de pendência do processo (permanecendo em um ano desde a notificação do acto para os actos não impugnados);

- em terceiro lugar, o decurso do prazo de um ano tão-pouco veda a abrogação do acto não constitutivo inválido (nos termos do artigo 145º/1 do CPA), na medida em que, conforme nota PAULO OTERO, não se pode conceber que tais actos gozem de um regime (de insusceptibilidade de erradicação) mais favorável do que os actos não constitutivos originariamente válidos⁹⁴. FILIPA URBANO CALVÃO vai mesmo mais longe, afirmando não concorrerem, nesta hipótese, nenhuma das causas (legalidade; segurança jurídica; protecção da confiança) que reclamariam a actuação da proibição ínsita no preceito, donde resulta o poder (dever?) de anulação⁹⁵.

O problema, portanto, reside estritamente na proposta, de *iure condendo*, de abertura do regime da revogação anulatória de actos inválidos para além do prazo de um ano, caso a protecção de interesses de terceiros a isso obrigue, especialmente justificada após a alteração colateral induzida pela entrada em vigor do CPTA, e concretamente da hipótese admitida no artigo 64º. Sublinhe-se mesmo, *a latere*, que num outro local, o CPA mostrou bem mais consideração pelos interesses de terceiros em caso de detecção de invalidade de um acto administrativo. Temos em mente a previsão do artigo 133º/2/h) do CPA, que obriga à ponderação daqueles interesses aquando da eventual declaração de nulidade de actos consequentes de um acto nulo.

Ora, parece-nos que, se em hipóteses de nulidade, objectivamente mais graves do que aquelas com que deparamos em sede de competência revogatória, o legislador abriu a porta à consolidação de efeitos de facto em virtude do “simples decurso do tempo” (nem parecendo exigir, conforme sublinhámos, qualquer investimento de confiança), supomos que a protecção de interesses de terceiros também deveria merecer, no âmbito do regime da revogação, uma salvaguarda idêntica. Caso estejam de boa-fé – isto é, se tenham apercebido tardiamente dos efeitos lesivos do acto por facto desculpável, ou por facto ligado à produção evolutiva de efeitos daquele –, e sempre que o pedido indemnizatório não assegure uma tutela plena dos seus interesses, os terceiros deveriam poder exigir da Administração a anulação do acto ilegal, num prazo nunca superior àquele que a lei fixasse como limite da declaração de nulidade.

⁹³ Neste sentido, muito antes da entrada em vigor do CPTA, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A «revisão»...*, *cit.*, p. 195. Por altura da discussão do Projecto, manifestaram-se também favoráveis a esta solução, J. ROBIN DE ANDRADE, *Revogação administrativa e a revisão do Código do Procedimento Administrativo*, *in CJA*, nº 28, 2001, pp. 37 segs, 48; PAULO OTERO, *Impugnações administrativas*, *in CJA*, nº 28, 2001, pp. 50 segs, 53; M. AROSO DE ALMEIDA, *Implicações de Direito substantivo da reforma do contencioso administrativo*, *in CJA*, nº 34, 2002, pp. 69 segs, 76, 77 – sublinhe-se, no entanto, que o Autor não considera que o artigo 64º do CPTA tenha revogado o segmento final do artigo 141º/1 do CPA, conforme esclarece na nota 24.

⁹⁴ PAULO OTERO, *Acto administrativo*, §4º da voz *Procedimento Administrativo*, *in DJAP*, VI, Lisboa, 1994, pp. 490 segs, 499. Aderindo a esta conclusão, D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, II., *cit.*, pp. 451, 452.

Já J. C. VIEIRA DE ANDRADE (*Revogação...*, *cit.*, p. 57; *A «revisão»...*, *cit.*, p. 193) chamava a atenção para que o facto de o acto ser inválido (e de ter “ultrapassado” a linha mortal do prazo de impugnação) não implica a insusceptibilidade de abrogação com fundamento em inconveniência.

⁹⁵ FILIPA URBANO CALVÃO, *Revogação...*, *cit.*.

Quanto ao segundo problema que apontámos, relativo à protecção desmesurada da estabilidade e da segurança jurídicas nos casos em que o destinatário do acto tenha induzido a Administração em erro, fraudulentamente, a fim de poder vir a beneficiar de uma decisão que o investe em determinadas vantagens, parece-nos absolutamente de acatar a solução prevista nos artigos 48/2, §1º da VwVG (conjugado com o nº 4 do artigo 48), e 69/1/a) e 3 da AVG, que conferem à Administração competência revogatória a todo o tempo⁹⁶. Permitir a manutenção do acto, ilegal, para além do prazo de impugnação contenciosa, após o conhecimento da fraude perpetrada pelo seu destinatário, seria premiar o infractor em nome de uma estabilidade imerecida e de uma segurança erigida sob falsas premissas⁹⁷. Reversamente, o investimento de confiança de um destinatário de um acto favorável – *maxime*, se atributivo de prestações pecuniárias divisíveis (cfr. o artigos 48/2 e 49a, *a contrario*, da VwVG) – também deveria ser tido em consideração como forma de limitar a competência administrativa de reposição da legalidade⁹⁸;

iii.) A impossibilidade de revogação do acto constitutivo válido, ainda que sujeita ao pagamento de uma indemnização por danos provocados ao particular – a que se contrapõe, aparentemente, a revogabilidade plena do acto não constitutivo válido, sem qualquer ressarcimento de eventuais danos – é outro dos aspectos menos felizes do regime da revogação.

A nossa discordância relativamente a esta (ausência de) previsão prende-se com a constatação da necessidade de prossecução dinâmica de interesses públicos, de reponderação de prioridades, de alteração da motivação administrativa subjacente à prática de actos que investem o seu destinatário em direitos e em deveres, em simultâneo. A Administração constitutiva, conformadora de relações jurídicas activamente concretizadoras de objectivos de ordem pública com a colaboração dos particulares, não pode ficar desarmada perante alterações conjunturais do equilíbrio de interesses inicialmente desenhado no acto autorizativo (é nesta sede que o problema mais se faz sentir). Ao omitir a hipótese de abrogação destes actos, o legislador do

⁹⁶ Mostrando-se sensível à invocação da má-fé do destinatário como cláusula de exclusão da aplicação do artigo 141º/1 do CPA, e recorrendo à fórmula *tu quoque*, veja-se o Acórdão do STA de 9 de Junho de 1993, *in ApDR* de 19 de Agosto de 1996, pp. 3382 segs, 3390.

A jurisprudência mais antiga, todavia, não aceitava que a má-fé pudesse constituir fundamento autónomo de revogação, uma vez que, ou se trataria de um acto vinculado – e a má-fé nada relevaria –, ou se trataria de um acto discricionário praticado com erro de facto, gerador de violação de lei e de causa invalidante, nos termos da lei. Cfr. o Acórdão do STA de 22 de Novembro de 1973, *in ApDG* de 2 de Abril de 1975, pp. 1506 segs, 1519.

⁹⁷ Neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Revogação...*, *cit.*, p. 59. Aderindo a esta solução, D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, II, *cit.*, p. 448. Não é de descartar, inclusive, como alerta J. C. VIEIRA DE ANDRADE, que a desconformidade entre os pressupostos de facto estabelecidos na norma habilitante e os pressupostos reais seja tão flagrante (por o requerente ter falseado informações) que o acto seja nulo por inexistência de elementos essenciais ou por envolver a prática de um crime – *Anotação...*, *cit.*, p. 61.

⁹⁸ Neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A «revisão»...*, *cit.*, p. 195; *idem*, *Anotação...*, *cit.*, p. 61. M. ESTEVES DE OLIVEIRA, P. COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM (*Código...*, *cit.*, p. 682) mostram-se algo reticentes quanto à invocação da boa-fé como causa de exclusão da competência anulatória, remetendo para sede indemnizatória o ressarcimento de eventuais prejuízos provocados pelo acto inválido.

CPA manifesta uma incompreensível indiferença relativamente ao papel conformador da Administração hodierna, sobretudo quando, em sede especial, a solução da erradicação do acto com eficácia *ex nunc* já vai despontando⁹⁹.

Certo, admitir a revogabilidade plena seria conferir à Administração um poder ilimitado e mesmo arbitrário. Mas recorde-se que já MARCELLO CAETANO admitia a hipótese, a título excepcional, desde que acompanhada da justa indemnização, quando o dano o justificasse¹⁰⁰. E o artigo 180º/c) do CPA consagra a hipótese de rescisão unilateral do contrato administrativo, sujeita a ressarcimento do co-contratante. Nem se venha, pois, invocar a segurança e a estabilidade da situação de vantagem conferida ao particular, uma vez que a abrogação, a consentir-se, deverá ter efeitos apenas para futuro – como, aliás, decorre do artigo 145º/1 do CPA –, facto que minimizará os danos¹⁰¹. Ao ser receptor de um acto que lhe confere um conjunto de faculdades e o vincula, eventualmente, a um conjunto de obrigações – sobretudo se o acto se situar num domínio de especial susceptibilidade dos interesses públicos em jogo a reequilíbrios conjunturais –, o destinatário deverá ter consciência de que o acto pode não ser vitalício.

Dúvidas quanto à ressarcibilidade de prejuízos podem-se colocar, todavia, nos casos de actos tradicionalmente encarados como precários (*maxime*, sujeitos a condição resolutiva ou reserva de revogação, nos ordenamentos em que esta é admissível). Aqui, segundo FILIPA URBANO CALVÃO, não haveria qualquer confiança a proteger, “porque a Administração quando confere determinadas vantagens, chama a atenção dos destinatários para a sua precariedade, subordinando-as totalmente ao interesse público¹⁰²”. Para além da nossa discordância relativamente à opção da Autora em colocar estes actos de fora da esfera dos “actos constitutivos”, sempre ressaltaremos – como, aliás, FILIPA URBANO CALVÃO também faz – o facto de destes actos poderem advir prejuízos intoleráveis à luz do princípio da justa repartição dos encargos públicos, que a Administração não pode deixar de compensar, nos termos da responsabilidade civil extracontratual por acto lícito¹⁰³ (ou por facto ilícito, caso

⁹⁹ Conforme sublinha J. C. VIEIRA DE ANDRADE, em matéria de segurança social, a lei prevê a possibilidade de abrogação de actos inválidos que atribuam prestações continuadas – *Anotação...*, *cit.*, p. 60 e nota 6.

¹⁰⁰ Neste sentido, PEDRO GONÇALVES, *Revogação...*, *cit.*, p. 316. Cedendo à possibilidade de abrogação de actos constitutivos de direitos a coberto de uma indemnização, D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, II, *cit.*, p. 449 – embora vinque o carácter excepcional de tal hipótese.

¹⁰¹ Neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Revogação...*, *cit.*, p. 61; *idem*, *A «revisão»...*, *cit.*, pp. 196, 197; PEDRO GONÇALVES, *Revogação...*, *cit.*, pp. 318, 319 (vincando a necessidade de fundamentar, de forma suficiente e adequada, os actos de revogação abrogatória, no sentido de demonstrar que “o interesse público exige a eliminação da posição jurídica vantajosa que o acto a revogar constitui”).

Concordamos, todavia, com a proposta de limitar a abrogação de actos favoráveis feita por J. ROBIN DE ANDRADE (*Revogação administrativa...*, *cit.*, p. 43) a actos discricionários, dela excluindo, quer os actos em que a Administração actua como mero tabelião, reconhecendo um direito criado por lei, quer os actos estritamente vinculados (caso não sobrevenham, acrescentamos nós, alterações legais que modifiquem os pressupostos da sua concessão, facto que poderá justificar uma revisão).

¹⁰² FILIPA URBANO CALVÃO, *Os actos precários...*, *cit.*, p. 197.

¹⁰³ Cfr. as considerações expendidas por FILIPA URBANO CALVÃO, *Os actos precários...*, *cit.*, pp. 328 segs, *max.* 335 segs.

a abrogação resulte de um lapso de previsão imputável à autoridade pública¹⁰⁴).

Ponderadas as dúvidas levantadas pelo cenário legislativo do CPA, parece-nos que bem andou o legislador alemão ao prever, no artigo 49/6 da VwVG (em articulação com os §§3º, 4º e 5º do nº 2) a possibilidade de abrogação de actos em caso de alteração de circunstâncias, de mudança no quadro legislativo (desde que o beneficiário não tenha ainda começado a usufruir das vantagens conferidas pelo acto), ou com o objectivo de prevenir ou eliminar riscos graves para a comunidade, eventualmente sujeita a uma contrapartida indemnizatória (cfr. também, embora em termos mais restritivos, o artigo 68/3 da AVG). No fundo, estamos a colocar uma hipótese com um resultado materialmente idêntico à expropriação¹⁰⁵ – figura de aplicação bem delimitada, em homenagem à protecção constitucional da propriedade, mas admissível, por razões de interesse geral –, cuja consequência seria a constituição da Administração na obrigação de indemnizar, por acto lícito, na medida da intolerabilidade do prejuízo sofrido¹⁰⁶.

Fechar o regime da revogação a situações deste tipo “sugere uma capitulação do interesse público perante os interesses privados cristalizados num dado momento num acto administrativo”, afirma PEDRO GONÇALVES¹⁰⁷. Nós acrescentaríamos que tal quadro normativo implica a transformação de direitos adquiridos em direitos eternos e de situações de vantagem em privilégios, realidades pouco compatíveis com o Estado Social de Direito em que vivemos;

iv.) A associação entre anulação e efeito retroactivo – que o CPA inequivocamente faz no nº 2 do artigo 145º – deveria ser matizada por recurso ao princípio da proporcionalidade. Da mesma forma que, no plano do contencioso constitucional, o Tribunal Constitucional pode modelar os efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral por razões de equidade e de interesse público de excepcional relevo (artigo 282º/4 da CRP)¹⁰⁸ e que, no âmbito do contencioso dos regulamentos, o tribunal administrativo tem idêntica faculdade (cfr. o artigo 76º/2 do CPTA)¹⁰⁹, também a anulação de um acto administrativo pode, em circunstâncias especiais e

¹⁰⁴ Veja-se o caso decidido pelo STA em 26 de Outubro de 1962 (*in Col. Ac. STA*, 1962, pp. 791 segs) no qual se avaliava a responsabilidade de uma Câmara Municipal pela abrogação de uma licença de obras para construção de um depósito de combustíveis passados apenas 5 meses da sua emissão, tendo a titular investido uma quantia considerável, quer na instalação em si, quer no arranjo urbanístico do local, que a Câmara impusera a título de cláusula modal. O Tribunal considerou que, não tendo havido alteração de circunstâncias, nem culpa da parte da autorizada, a Câmara é responsável pelo prejuízo ilicitamente provocado por não ter agido com “a previsão possível” (p. 798).

¹⁰⁵ Neste sentido, PAULO OTERO, *Legalidade...*, *cit.*, p. 953, nota 635.

¹⁰⁶ Contornando idêntica dificuldade por esta via, no ordenamento italiano, A. MANTERO, *Le situazioni favorevoli del privato del rapporto amministrativo*, Pádua, 1979, pp. 71, 72 (apelando à garantia constitucional da propriedade privada ínsita no artigo 42 da *Costituzione*).

¹⁰⁷ PEDRO GONÇALVES, *Revogação...*, *cit.*, p. 316.

¹⁰⁸ Cfr. RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, 1999, pp. 673 segs. V. também VITALINO CANAS, *O Tribunal Constitucional: órgão de garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo*, *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra, 2004, pp. 107 segs, *max.* 120 segs.

¹⁰⁹ Cfr. PEDRO ALVES (*O novo regime de impugnação de normas*, *in Novas e velhas andanças do Contencioso Administrativo. Estudos sobre a reforma do contencioso administrativo*, coord. de V. Pereira da Silva, Lisboa, 2005, pp. 31 segs, 93, 94, eo nosso *Dúvidas não metódicas sobre o novo processo de impugnação de normas do CPTA*, *in CJA*, nº 60, 2006, pp. 3 segs, 10 segs.

devidamente fundamentadas, convocar uma limitação de efeitos, atendendo não só ao interesse do particular, como ao interesse público.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias há muito chamou a atenção para uma situação deste tipo, na jurisprudência *SNUPAT*¹¹⁰. Tratou-se da anulação de um acto de isenção de contribuição para um mecanismo de perequação concedida a uma empresa do sector do aço que, vendo-se privada do benefício e por razões ligadas à concorrência, requereu ao Tribunal que ordenasse a anulação de todos os actos similares emitidos a favor de outras empresas do sector. O Tribunal de Justiça acolheu tal pretensão, condenando a Alta Autoridade (da C.E.C.A.) a anular as decisões de isenção ilegalmente emitidas, chamando a atenção para a necessidade de proceder à ponderação de interesses relativamente aos efeitos do acto anulatório (ou seja, admitindo a possibilidade de este ter efeitos *ex nunc*)¹¹¹.

É certo, dir-se-á, que o facto de o acto ilegal poder ser anulado no prazo de um ano, não deixará grande margem de investimento de confiança (aos hipotéticos lesados) justificativa da introdução do parâmetro de proporcionalidade no seio da competência anulatória – mas atente-se em que, até à prolação da decisão judicial, a Administração deveria sempre poder anular o acto, que permanece inválido¹¹². A solução ganharia sentido em ordenamentos como o francês (que dilata o prazo de anulação em atenção à protecção de interesses de terceiros), e tem inegável relevância no ordenamento alemão (cfr. o artigo 48/1 e 4 da *VwVG*), o qual, como vimos, admite a anulação, em regra, até um ano após o conhecimento do vício – momento que pode não corresponder à data da emissão do acto ou próxima. A nossa sugestão reveste maior importância na antevisão de uma possível alteração do regime da revogação, nomeadamente, no que aqui importa, da opção plasmada no n.º 1 do artigo 141.º do CPA¹¹³, conforme expusemos *supra* (ii.);

v.) A desarticulação entre o regime da revogação, concretamente o princípio de irrevogabilidade de actos constitutivos de direitos válidos, e a possibilidade de oposição de cláusulas acessórias, prevista no artigo 121.º do CPA, não abona a favor da coerência do legislador¹¹⁴. Com efeito, se tivermos em consideração as hipóteses de introdução de tais cláusulas em actos constitutivos de direitos, *maxime* na au-

¹¹⁰ Acórdão de 22 de Março de 1961, Casos 42 e 49-59/61, *Rec.* 1961, pp. 107 segs.

¹¹¹ Sublinhe-se que a importância desta jurisprudência reside sobretudo na equação da possibilidade de atribuir efeitos *ex nunc* a uma decisão de anulação de um acto ilegal, e não tanto no resultado concreto das diligências processuais que se seguiram ao Acórdão *SNUPAT* – cfr. o Acórdão *Hoogovens*, de 12 de Julho de 1962, Caso 14/61, *in Rec.* 1962, pp. 489 segs (no qual o Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso de uma empresa concorrente, que sustentava que a anulação do acto pela Alta Autoridade deveria ter efeitos *ex nunc*, em virtude da necessidade de proteger a confiança de terceiros de boa-fé).

¹¹² Neste sentido, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Revogação...*, *cit.*, p. 60, acrescentando que, numa situação deste tipo, o particular deveria ser dispensado do pagamento de custas e eventualmente constituir-se como credor de indemnização por danos, caso o relevo destes o justificasse.

¹¹³ Admitindo, no entanto, a ponderação de interesses no quadro actual desenhado pelo CPA, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Revogação...*, *cit.*, p. 59; *idem*, *A «revisão»...*, *cit.*, pp. 195, 196.

¹¹⁴ Para um enquadramento da temática das cláusulas acessórias anteriormente à entrada em vigor do CPA, v. ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, *cit.*, pp. 284 segs.

torização — o paradigma, para FREITAS DO AMARAL¹¹⁵ — apercebemo-nos de que tal operação é impossível ou quase: na verdade, se o acto constitutivo de direitos válido é irrevogável, nos termos do artigo 140º/1/b) do CPA e ressalvadas as hipóteses previstas nas alíneas a) e b) do nº 2 da mesma disposição, não é concebível investir a Administração na capacidade de subverter o sentido da garantia concedida pelo regime da irrevogabilidade.

Expliquêmo-nos um pouco melhor. Se pensarmos em condições e termos *suspensivos*, o problema, naturalmente, não se colocará, uma vez que estes condicionam o início de produção de efeitos do acto, não a sua cessação. Mas considerando as condições e termos *resolutivos*, já somos levados a concluir que, caso a aposição destes fosse possível, em “actos constitutivos de direitos”, a garantia conferida pelo artigo 140º/1/b) do CPA esfumar-se-ia — salvo nos casos em que os interessados houvessem dado a sua concordância. Esta última hipótese não é, todavia, de afastar liminarmente, sobretudo nas situações em que a Administração, perante a suspeita de risco (incerteza quanto ao *an*), deve praticar o acto com a ressalva da sua precariedade.

Passando agora à cláusula modal (e às suas actualizações — reserva de modo), o problema desloca-se para a questão da resolução dos casos de incumprimento, que o CPA não previu — ao contrário da VwVG, cujo §2º do nº 2 do artigo 49 abre a porta à abrogação (logicamente, sem direito a indemnização — cfr. o nº 6 do mesmo preceito). No Capítulo anterior (v. *supra*, 3.1.2.3.), pronunciámo-nos no sentido de salvaguardar a competência de controlo do cumprimento através da figura da caducidade, sempre que a cessação dos efeitos do acto se revele imperiosa do ponto de vista da defesa do interesse público (esgotadas ou inviabilizadas as soluções contenciosas). Mas reconhecemos a fragilidade da opção, na medida em que, materialmente, o resultado é idêntico ao que seria produzido por uma revogação, anulatória ou abrogatória.

Dispensamo-nos de referir a figura da reserva de revogação, pois ela não nos parece admissível, nem em face do artigo 121º, nem em face do artigo 140º/1/b) do CPA¹¹⁶. Não cabe no artigo 121º, pois este não a identifica, não parecendo curial subsumi-la num conceito amplo de condição resolutiva¹¹⁷ — com efeito, se a Administração salvaguarda a alteração da sua leitura do interesse público terá decerto em mente uma circunstância justificativa da reponderação, pouco coadunável com a essência da condição (futura e incerta)¹¹⁸. Recorde-se que, constituindo as cláusulas acessórias condições de limitação da validade e da eficácia dos actos administrati-

¹¹⁵ Curiosamente, D. FREITAS DO AMARAL elegeu a autorização como paradigma do acto constitutivo de direitos em sede de revogação, mas tinha claramente em mente a licença ao conceber o artigo 121º do CPA. Como só a primeira é tida como acto constitutivo, naturalmente que não as pode conter, salvo se o interessado nisso consentir.

¹¹⁶ Inclinando-se, embora com hesitações, para a recusa da figura, M. ESTEVES DE OLIVEIRA, P. COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código...*, *cit.*, p. 680. Contra, admitindo a figura, através da subsunção na condição resolutiva e com base num argumento de que “quem pode o mais (recusar a produção de um certo efeito) pode o menos (permitir a produção provisória daquele efeito)”, PEDRO GONÇALVES, *Revogação...*, *cit.*, p. 314, nota 28. Parecendo também admitir a reserva de revogação, nos limites estabelecidos no artigo 121º do CPA, D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, II, *cit.*, p. 361.

¹¹⁷ Note-se que a VwVG distingue claramente as figuras do termo, condição e reserva de revogação, no artigo 36/2.

¹¹⁸ Conforme realça ROGÉRIO SOARES, “se o acto concede uma vantagem, o particular deve poder calcular as circunstâncias em que pode ser privado dela: o que reclama uma pormenorização” — *Direito Administrativo*, *cit.*, p. 294.

vos, o princípio da reserva de lei impõe a sua enunciação expressa, em lei formal, bem como um princípio de interpretação restritiva das normas que as consagrem.

É, em contrapartida, incompatível com o regime da revogação de actos constitutivos, com ou sem efeitos retroactivos, porque o artigo 140º/1/b) teria que a enunciar claramente, sob pena de a inviabilizar em nome do princípio da irrevogabilidade dos actos válidos¹¹⁹.

Em suma: o regime da revogação necessita de uma reponderação urgente na próxima revisão — já por demais adiada — do CPA.

1.3. Ultraprotecção dos particulares ou protecção equilibrada do interesse público com respeito pela confiança investida pelo particular?

A análise, ainda que cirúrgica, do regime da irrevogabilidade dos actos constitutivos de direitos no CPA revela-nos um quadro ultraprotectivo dos interesses privados em oposição a um défice de competência administrativa no que tange à prossecução dinâmica dos interesses públicos. Em casos como o ambiente ou a saúde pública, esta indiferença do CPA — felizmente, muito colmatada pela existência de leis especiais induzidas por directivas comunitárias — pode revelar-se extremamente nociva, por transformar direitos em privilégios, vantagens individuais em prejuízos colectivos.

A alteração deste quadro — cujas linhas sugerimos, na senda, aliás, de posições já veiculadas por outros Autores — passa certamente pela admissão da revogação de decisões que investem os particulares em situações de vantagem, com direito a indemnização (se o volume de prejuízo o exigir), motivada por razões de interesse público¹²⁰; pela correcção do parâmetro da segurança jurídica através da introdução do princípio da protecção da confiança; eventualmente, pela alusão à necessidade de ponderação de interesses no que respeita à atribuição ou não de eficácia retroactiva aos actos revogatórios; enfim, pela consideração da autonomização, para além das figuras da anulação e da abrogação, de um regime destinado a resolver as questões relacionadas com as alterações das circunstâncias de facto, especialmente sentidas nos domínios em que a evolução da técnica simultaneamente induz e retrai o risco.

¹¹⁹ Admitindo, antes da entrada em vigor do CPA, a aposição de uma reserva de revogação (traduzida na expressão “a título provisório e enquanto se aguarda a coordenação com a esperada Reforma Administrativa”) a um acto atributivo de uma gratificação, mas circunscrevendo a invocação da ilegalidade da revogação exclusivamente à alegação de desvio de poder (que o Tribunal estaria impedido de avaliar, por reçar “invadir a esfera da Administração”), veja-se o Acórdão do STA de 18 de Maio de 1972, *in* *ApDG* de 29 de Setembro de 1973, pp. 627 segs, 633.

¹²⁰ Cfr. um exemplo de uma decisão deste tipo no ordenamento belga — onde o problema da intangibilidade do acto se rege pelos padrões franceses —, prolatada pelo Conselho de Estado em 1980 (*arrêt Deuragas*). O Tribunal considerou lícita a decisão de abrogação de uma autorização industrial antes do término do prazo de validade da mesma, sujeita a compensação do prejuízo excepcional do empresário pelo encerramento abrupto da fábrica, na sequência de uma “reavaliação” da equação de interesses públicos em jogo: do industrial, dos trabalhadores, da população vizinha, das autoridades públicas — M. PÂQUES, *De l’acte...*, *cit.*, pp. 246, 247.

Estas mudanças são tanto mais desejáveis por força de um imperativo de coerência entre o regime de (in)alteração do acto e o regime de alteração do contrato administrativos¹²¹.

2. ...e um princípio de instabilidade do contrato administrativo:

A imutabilidade do acto administrativo torna-se especialmente difícil de aceitar quando confrontada com um princípio geral de modificabilidade do contrato administrativo, hoje expressamente reconhecido no artigo 180º/a) do CPA, sob a denominação de “poder de modificação unilateral”. A necessidade de adaptar o conteúdo do contrato em função do princípio da continuidade do serviço público exigiu da jurisprudência um esforço no sentido da ultrapassagem do dogma da imodificabilidade do contrato, que pontificava no princípio do século XX. Conquistado o domínio contratual, é um paradoxo que no capítulo do acto unilateral – cuja vontade do particular é formalmente irrelevante como elemento constitutivo de validade – a impossibilidade de alteração se mantenha irredutível¹²².

O paradoxo é tanto maior se pensarmos na progressiva publicização de interesses privados a que se assistiu com o advento do Estado Social – ainda que actualmente se verifique uma retracção desta tendência, por razões diversas àquelas que justificavam o liberalismo reinante no século XIX¹²³. A intervenção do Estado na economia e em determinados domínios que se foram descobrindo como revestindo interesse público inarredável levaram à refundação do conceito de autorização (cfr. supra, Cap. 1, 2.), e à transformação dos particulares em colaboradores da Administração na prossecução de interesses públicos conexos as suas actividades do foro privado. Quer através da lei, quer por devolução de poderes à Administração que através de cláusulas acessórias – maxime, de modos – conforma a autorização, esta figura foi abarcando cada vez mais determinações, compelindo o titular a realizar (também) o interesse público através das suas iniciativas económicas privadas.

Vinculando o particular à promoção de interesses públicos através de autorizações de conteúdo crescentemente contratualizado (do ponto de vista material), torna-se clara a necessidade de as tornar permeáveis às mudanças de concepção sobre a melhor forma de prosseguir tais interesses por parte da entidade que exerce tal “tutela”, preventiva e sucessiva: a Administração. A lógica da adaptabilidade do serviço público é transponível para o domínio das autorizações, sempre que estas importarem na satisfação reflexa do interesse público e, sobretudo, quando elas incorporarem deveres de protecção de bens colectivos. Esta conclusão é tão mais defensável quando consideramos a equivalência funcional entre acto e contrato, plasmada no artigo 179º/1 do CPA¹²⁴.

¹²¹ Já assim, PEDRO GONÇALVES, *Revogação*, cit., p. 316, nota 35; J. ROBIN DE ANDRADE, *Revogação administrativa...*, cit., pp. 39 segs.

¹²² Reflexão idêntica faz J. ROBIN DE ANDRADE, *Revogação administrativa...*, cit., p. 40.

¹²³ Pode dizer-se que, se a *privatização/apublicização* de interesses vivida sob a égide do Estado Liberal corresponde a uma profissão de fé nas virtudes do individualismo, a liberalização/despublicização a que hoje se assiste traduz uma confissão de impotência do Estado Social.

¹²⁴ Sobre o sentido e os limites desta “alternatividade”, B. DINIZ DE AYALA, *Considérations sur l’interchangeabilité entre acte administratif et contrat administratif dans le Droit portugais*, in *REDP*, 1998/2, pp. 423 segs.

Há que distinguir, contudo, as hipóteses de modificação por razões subjectivas – ligadas ao poder de modificação unilateral – e aquelas que se prendem a razões objectivas – relacionadas com a teoria da imprevisão¹²⁵. Apesar de esta ter estado (pela negativa) na origem da teoria do “fait du Prince”, é possível traçar uma linha delimitativa de uma e outra teorias, consoante estejamos perante alterações relacionadas com a alteração da concepção sobre a melhor forma de prosseguir o interesse público concretamente subjacente à actuação administrativa, ou em face de mutações relacionadas com a verificação de novas circunstâncias que serviram de base à emissão do acto (em sentido amplo) em questão, imprevisíveis no momento da sua formação.

Uma visita breve ao berço jurisprudencial da teoria do poder de modificação unilateral vai ajudar-nos a compreender melhor em que medida ela se aproxima e afasta da teoria da imprevisão, e quais os âmbitos de aplicação de cada uma delas.

2.1. O abandono do dogma da imutabilidade do contrato: a emergência do poder de modificação unilateral no domínio dos contratos administrativos

No dealbar do século XX, a imutabilidade do contrato era um princípio inquebrantável. Conforme explica MENEZES CORDEIRO, o ostracismo a que foi gradualmente votada a cláusula *rebus sic stantibus* – acarinhada pelos canonistas e ignorada pelo *Code Napoléon* – é fruto do pensamento jusracionalista dos Autores da segunda sistemática, que viam no contrato uma âncora essencial das relações sociais. “Isso porque, firmado o contrato como factor central do sistema – o contrato como instituto integrado no conjunto sistemático e não como mera realidade isolada, fruto da bontade das partes a qual, por oposição à lei geral do comportamento, poderia tragar a *clausula* – a alteração das circunstâncias surge como algo de disfuncional”¹²⁶.

Tal “deferência mística”¹²⁷ viria mesmo a resistir às solicitações da prática. Apesar de algumas decisões jurisdicionais isoladas tentarem vergar a teoria da imutabilidade, esta mereceria, ao longo do século XIX, uma incondicional adesão por parte dos tribunais superiores franceses, que culminaria no *arrêt Canal de Craponne* (1876), da *Cour de Cassation*. Em recurso de uma decisão de primeira instância que fora sensível aos argumentos do construtor do canal no sentido da necessidade de actualização do preço das contraprestações de rega, intocadas desde o século XVI (!), na qual se obtemperava que a manutenção da justiça de um contrato duradouro implicava uma abertura à sua alteração pelo tribunal, a *Cour de Cassation*, invocando o artigo 1134 do *Code Napoléon*, estabeleceu inapelavelmente “(...) que em caso algum compete aos tribunais, por muito équa que lhe possa parecer a sua decisão,

¹²⁵ Já MARCELLO CAETANO (*Manual...*, 2ª ed., cit., pp. 513 segs) distinguia entre as alterações ao contrato administrativo por vontade das partes ou por facto do Poder (*fait du Prince*) e as alterações independentes da vontade dos contraentes, baseadas na teoria da imprevisão (caso imprevisto e força maior).

¹²⁶ A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé no Direito Civil*, II, Coimbra, 1984, p. 946.

¹²⁷ M. SINKONDO, *La notion de contrat administratif: acte unilateral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration?*, in *RTDC*, 1993/2, pp. 239 segs, 261.

tomar em consideração o tempo e as circunstâncias para modificar as convenções das partes e substituir por novas cláusulas que foram livremente aceites pelos contratantes (...)”¹²⁸. Já entrado o século XX, nem as guerras, nem as crises económicas que se lhes seguiram constituíram razões suficientes para alterar o curso desta jurisprudência¹²⁹, no plano do Direito Civil.

Foi no Contencioso Administrativo que a pressão do interesse público se avolumou de forma a vencer a resistência ao dogma da imutabilidade postulado no Direito Civil. Uma certa marginalidade do Direito Administrativo não terá sido alheia a esta abertura aliada, decerto, à consideração do desequilíbrio material de interesses em jogo nos contratos em que entidades públicas apelam à colaboração de particulares na satisfação de missões de interesse geral.

Tal não significa, contudo, que, pelo menos num primeiro momento, a possibilidade de alteração do contrato não tenha passado pelo exame da vontade das partes e pela avaliação da possibilidade de previsão do factor superveniente motivador da mudança. Só a impossibilidade de aplicar a embrionária lógica da imprevisão (que ressuscitava, assim, a velha *clausula rebus sic stantibus* admitida no Direito Romano) levou o Conselho de Estado francês a forjar a teoria do *fait du Prince (i.)*¹³⁰, que se viria depois a impor, por razões autónomas e independentes de uma lógica genérica de alteração de circunstâncias objectivas: a reformulação das concepções sobre a melhor forma de prossecução do interesse público através da modificação do conteúdo regulatório do contrato (*ii.*). A doutrina e jurisprudência portuguesas não foram alheias a esta evolução (*iii.*).

i.) Em França, a jurisprudência administrativa aderiu, em regra, ao princípio da imutabilidade do contrato até à viragem do século. O paradigma desta adesão é o *arrêt Compagnie des chemins de fer économiques du Nord*, no qual o *Conseil d’État* confirmou a inalterabilidade do número de viagens estabelecido no caderno de encargos da concessão de serviço público de transporte em face da pretensão da Administração de fazer circular um carro suplementar por dia¹³¹. Todavia, esta profissão de fé na intangibilidade da força vinculante do contrato seria pontualmente posta em causa, em nome da reposição do equilíbrio do contrato, perturbado por circunstâncias imprevistas¹³².

¹²⁸ *Apud* A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, *cit.*, p. 956.

¹²⁹ Cfr. A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, *cit.*, p. 957 segs; D. PAIVA BRANDÃO, *Considerações sobre a teoria da imprevisão*, in *BFDUC*, Suplemento ao volume XVII (1944), pp. 173 segs, 197, 198.

¹³⁰ Sobre as manifestações desta teoria nos direitos italiano e espanhol, L. VILHENA DE FREITAS, *O poder de modificação unilateral do contrato administrativo pela Administração e as garantias contenciosas do seu co-contratante perante esse exercício*, *Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas*, em dois volumes, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2002, inédita, I-pp. 83 segs.

¹³¹ Cfr. AUGUSTO DE ATHAYDE, *Poderes unilaterais da Administração sobre o contrato administrativo*, Rio de Janeiro, 1980, pp. 21, 22.

¹³² Segundo J. PÉQUIGNOT, “il est même remarquable d’observer que ce droit de modification est parfois affirmé par des arrêts très anciens rendus par la jurisprudence administrative à une époque où, après des tribunaux judiciaires, la force obligatoire du contrat apparaissait comme un principe sacro-saint” – *Contenu et effets spéciaux des contrats administratifs*, in *Juris-Classeur Administratif*, 1953, fasc. 511, p. 9.

A teoria do “fait du Prince” tem as suas origens estreitamente ligadas ao contencioso que, no princípio do século XX, opôs municípios e empresas de distribuição de gás¹³³. O sistema de iluminação pública fora-lhes concessionado em exclusivo e, quando do aparecimento da energia eléctrica, viram-se na iminência de perder o monopólio. Num primeiro momento, às licenças de instalação de cabos de condução de electricidade no subsolo e por via área, as empresas de gás reagiram recorrendo ao Conselho de Estado, que lhes reconheceu o monopólio e condenou os municípios a ressarcir-las dos prejuízos sofridos. Num segundo momento, porém, o Alto Tribunal francês compreendeu que lhe não era possível constituir-se como “força de bloqueio” do progresso, tendo decidido fazer recair sobre o concessionário o ónus da adaptação à nova forma de iluminação.

A viragem deu-se com o *arrêt Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, de 1902. Tratava-se de uma concessão de exploração de serviço público de iluminação, inicialmente firmada em 1847 e prorrogada em 1887 – quando, sublinhe-se, já existia a possibilidade de iluminação eléctrica. O *Conseil d’État* recorreu a uma solução de equidade, na medida em que as partes, podendo ter previsto tal alteração, o não fizeram. Tal omissão valeu-lhes uma alternativa jurisdicionalmente decretada, em vez de pacticiamente firmada: a *Compagnie du gaz* continuaria a deter o monopólio da distribuição nas zonas em que tal fonte de energia já estava implantada; quanto às novas, deveria adaptar o serviço à nova fonte de iluminação, sob pena de o município se considerar livre para contratar novas concessões com empresas do sector eléctrico.

Realce-se que a solução adoptada no aresto surge quase acidentalmente, como uma “fuga” à impossibilidade de aplicar a lógica da imprevisão – uma vez que a alteração era previsível à data da prorrogação da concessão. A modificação das circunstâncias de facto, se imprevista, poderia dar lugar à renegociação do contrato ou mesmo à sua rescisão (v. *infra*, 2.2.); porém, tendo sido antevizível por ambas as partes, tolhia os movimentos da Administração com base nesse raciocínio. Foi preciso ir além da imprevisão. E o *Conseil d’État* chegaria bem mais longe, apenas oito anos depois.

ii.) É no segmento que admite a possibilidade de impor à concessionária uma alteração unilateral do modo de prestação do serviço que reside o embrião da teoria do poder de modificação unilateral, que viria a ser definitivamente consagrada no *arrêt Compagnie générale française des tramways de Marseille*, de 1910. Prendia-se este caso com o aumento da população da cidade de Marselha, que obrigava a colocar mais veículos de transporte em circulação. Ora, de acordo com um Decreto governamental, ao *Préfet* caberia a determinação do “horário de serviço”, sob proposta do concessionário. A *Compagnie* escudou-se numa interpretação deste decreto no sentido de que dele se extraía uma limitação quanto ao número de veículos em circulação. O *Conseil d’État*, no entanto, foi favorável à interpretação do *Préfet*, que entendia estabelecer o contrato um número mínimo de veículos, o qual podia ser aumentado tendo em consideração o interesse público do funcionamento regular do serviço.

¹³³ Seguimos de perto a exposição de M. LONG *et alii*, *Les grands arrêts...*, *cit.*, pp. 53 segs.

Neste aresto, o *Conseil d'État* inovou relativamente à decisão de 1902. Isto porquanto, por um lado, deixou bem claro que a modificação unilateral é totalmente independente da vontade das partes, presumida ou expressa¹³⁴. Ou seja, tratando-se ou não de uma alteração antevizível – que as partes não regularam, de forma intencional ou por negligência –, o Tribunal reserva à Administração a possibilidade de, por razões exclusivamente ligadas à sua missão de garantia da correcta prossecução do interesse público pela mão do concessionário, introduzir modificações no contrato. Por outro lado, na medida em que esclareceu que este poder sofre limites, como realçou o Comissário de Governo Léon Blum: relacionados com o modo de gestão do serviço, o seu objecto, em suma, com a essência do contrato. Alterando-se esta, há que proceder à rescisão unilateral. Enfim, e este é o terceiro “avanço” da jurisprudência *Tramways de Marseille*, perante um desequilíbrio financeiro do contrato¹³⁵, provocado, quer pela modificação, quer pela rescisão, a Administração deve ressarcir o co-contratante pelo dano emergente e pelo lucro cessante¹³⁶.

O poder de modificação unilateral emerge desta jurisprudência como uma realidade filiada na teoria da continuidade do serviço público – que justifica, mesmo além dos casos em que se verifica a sua consagração contratual “exorbitante”¹³⁷, a alteração do conteúdo do contrato por força da percepção, por parte da Administração, da necessidade de assegurar o serviço em novos moldes. Nos termos do *arrêt Tramways de Marseille*, “a lei do serviço público impõe-se à vontade das partes. Se a noção de vontade constituísse o princípio fundamental, o juiz deveria ter em conta toda a vontade, mas nada mais que a vontade. Ora, não é isso que se passa, porque a lei do serviço público aplica-se *contra* a vontade das partes”¹³⁸.

Ainda que uma minoria doutrinária tenha duvidado da existência de um princípio geral de modificabilidade aplicável a qualquer contrato administrativo – ou circunscrevendo-o aos contratos que o prevejam expressamente (BARTHÉLEMY)¹³⁹, ou aplicando-o somente no âmbito dos contratos que envolvessem a prestação de

¹³⁴ Cfr. M. LONG *et alii*, *Les grands arrêts...*, *cit.*, p. 130. Para S. BADAUI (Le fait du Prince dans les contrats administratifs en Droit français et en Droit égyptien, Paris, 1955, p. 60), a solução deste aresto pode buscar-se directamente no decreto governamental, não havendo razão para a aplicação da teoria do *fait du Prince* (de cuja autonomia em face da alteração das circunstâncias discorda).

¹³⁵ Extensivamente sobre a relação entre mutabilidade e “equação financeira”, J. PÉQUIGNOT, *Contenu...*, *cit.*, pp. 7 segs.

¹³⁶ Cfr. J. PÉQUIGNOT, *Contenu...*, *cit.*, *loc. cit.*, pp. 27, 28 (sublinhe-se que a ressarcibilidade total do prejuízo do co-contratante, em caso de modificação unilateral, se opõe à ressarcibilidade parcial – circunscrita ao dano emergente – na hipótese de imprevisão).

¹³⁷ Cfr. J. CRETELLA JÚNIOR, *As cláusulas de «privilégio» nos contratos administrativos*, in *RIL*, nº 89, 1986, pp. 303 segs, 317.

¹³⁸ J.-MARIE RAINAUD, *Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public?*, in *RDPSP*, 1985/5, pp. 1183 segs, 1188.

¹³⁹ J. BARTHÉLEMY, *L'État et le contrat*, in *RDPSP*, 1911, pp. 146 segs. Em comentário ao *arrêt Tramways de Marseille*, BARTHÉLEMY nega a existência de um poder de modificação unilateral da Administração para além do expressamente estatuído no contrato (p. 151), embora admita que o Estado-legislador pode intervir no sentido da alteração de qualquer contrato que se tenha tornado “contraire à l'ordre public, aux bonnes moeurs, à l'interêt général, à l'équité” (p. 159).

serviços ao público (JÉZE)¹⁴⁰, ou mesmo recusando-o em toda a linha (HUILLIER)¹⁴¹ —, em França é hoje praticamente incontroversa a filiação do poder de modificação unilateral em “regras gerais aplicáveis aos contratos administrativos”¹⁴². Por outras palavras, reconhece-se actualmente ao *ius variandi* administrativo um fundamento extra-contratual, que radica no poder/dever, irrenunciável, de avaliação estratégica das prioridades de interesse público e da melhor forma de as promover pela Administração¹⁴³.

Com efeito, no *arrêt Union des transports publics urbains et régionaux*, de 2 de Fevereiro de 1983, o Conselho de Estado libertou a prerrogativa do princípio da continuidade do serviço, estendendo-a mesmo aos contratos em que não esteja em causa a prestação de um serviço geral e regular, embora sempre sujeita a indemnização em homenagem ao princípio da justa repartição dos encargos públicos¹⁴⁴. Nas palavras de CHAPUS, “o acórdão de 1983 deu à interpretação do seu venerável predecessor de 1910 a autoridade que lhe faltava”¹⁴⁵.

iii.) A teoria do poder de modificação unilateral não teve eco imediato em Portugal. Com efeito, em 1932, o Supremo Conselho da Administração Pública ainda considerava impossível a modificação unilateral de um contrato administrativo¹⁴⁶.

Curiosamente, o caso tinha também a ver com a distribuição de gás, embora se tratasse aqui de saber se a Câmara Municipal de Lisboa poderia rescindir unilateralmente uma cláusula do contrato de concessão que obrigava as companhias a reporem os pavimentos levantados para colocação de tubagem subterrânea, obrigação que não estariam a cumprir. Em face do incumprimento, segundo o Supremo Conselho da Administração Pública (=SCAP), a autarquia teria duas hipóteses: ou negava licença para os levantamentos; ou se substituíria às concessionárias, exe-

¹⁴⁰ G. JÉZE defendia, em 1931, o carácter inalienável do poder de modificação unilateral por força da necessidade de actualização das condições de prestação de serviços — *Théorie générale des contrats administratifs* (III), in *RDPSP*, 1931, pp. 70 segs, 77 segs. Viria mais tarde a tornar-se um crítico feroz desta teoria. Para uma síntese da evolução do pensamento deste Autor sobre a questão, veja-se AUGUSTO DE ATHAYDE, *Poderes...*, *cit.*, pp. 30 segs.

¹⁴¹ Para uma crítica destas teses minoritárias, A. DE LAUBADÈRE, *Le pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, in *RDPSP*, 1954, pp. 36 segs, 48 segs (embora este Autor busque o fundamento do poder de modificação unilateral no poder regulamentar, o que traduz uma visão demasiado restritiva — criticada, de resto, por AUGUSTO DE ATHAYDE, *Poderes...*, *cit.*, p. 47).

¹⁴² Uma síntese das principais posições em debate pode ver-se em M. PÂQUES, *De l'acte...*, *cit.*, pp. 324 segs.

¹⁴³ E. GARCIA DE ENTERRÍA, *La figura del contrato administrativo*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, II, Milão, 1965, pp. 637 segs, 666 e 669; C. HORGUÉ BAENA, *La modificación del contrato administrativo de obra. El ius variandi*, Madrid, 1997, pp. 29, 30.

¹⁴⁴ Tanto o *arrêt Ville de Saint-Malo* (1978), como o *arrêt Mme Rabat* (1979) prenunciavam a tomada de posição do *Conseil d'État*, vincando a necessidade de permitir à Administração adaptar o contrato à sua opção dinâmica de prossecução do interesse público. Cfr. A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE e P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, II, 2ª ed., Paris, 1984, p. 402-404.

¹⁴⁵ R. CHAPUS, *Droit Administratif général*, I, 9ª ed., Paris, 1995, p. 1065. Mais desenvolvidamente, J.-MARIE AUBY, *Anotação ao arrêt Union des transports publics urbains et régionaux*, de 2 de Fevereiro de 1983, in *RDPSP*, 1984/1, pp. 212 segs, 217 segs; M. PÂQUES, *De l'acte...*, *cit.*, pp. 328 segs.

¹⁴⁶ Acórdão do Supremo Conselho de Administração Pública de 6 de Julho de 1932, in *Colecção de Acórdãos do Supremo Conselho da Administração Pública*, 1932, vol. 3, pp. 513.

cutando o trabalho por conta delas, acrescido de 10% – opção contratualmente estabelecida. Não podia era, em caso algum, impor uma alteração contratual que não merecesse o assentimento das concessionárias¹⁴⁷.

“As relações da Câmara com a concessionária estão definidas num contrato – venceu o SCAP. Há direitos e obrigações recíprocas estabelecidas. Em troca das vantagens que recebe e das fiscalizações que exerce, a Câmara concedeu certas faculdades à concessionária. Não lhas pode retirar por seu alvedrio e à margem do contrato. E não pode tolher-lhe os direitos de produzir, distribuir e vender gás e de utilizar as vias públicas e solos, que só podem ter as limitações indicadas no contrato e justamente entendidas.

Aquelas relações poderão ser alteradas, mas não por aquele meio. A superioridade da administração não pode sobrepor-se às próprias cláusulas que essa superioridade já ditou. A audiência da outra parte impõe-se para qualquer modificação parcial”¹⁴⁸.

A doutrina começou por reconhecê-lo, ainda que de forma mitigada, em 1914 (MAGALHÃES COLLAÇO), vindo progressivamente a acolhê-lo, de forma ampla, em 1936 (MELO MACHADO). Para o primeiro Autor, bastante sensível ao princípio da modificabilidade do contrato, um dos limites ao poder de modificação unilateral do contrato administrativo consistia na aferição da natureza das cláusulas sobre as quais recairia a alteração. MAGALHÃES COLLAÇO entendia que só as cláusulas legais ou regulamentares poderiam sofrer tal intervenção, a qual só poderia ter por móbil o melhoramento do serviço em “benefício constante do administrado”¹⁴⁹. Quanto a MELO MACHADO, ouçâmo-lo em discurso directo: “O direito de modificação existe (...) em todos os contratos administrativos, independentemente de cláusula expressa do contrato – e prescreve-se, paralelamente, a indemnização pelas prestações excedentes (ou pelo prejuízo resultante da diminuição do seu volume) e, sempre que as alterações atinjam certo quantitativo, concede-se o direito de pedir a rescisão (...)”¹⁵⁰.

Mais cauteloso, MARCELLO CAETANO aceita a existência de tal poder desde que acolhido por regulamentos de concursos para celebração de contratos administrativos, bem como em cadernos de encargos (dos contratos de empreitada de obras públicas)¹⁵¹. Para o Mestre de Lisboa, o respeito pelo objecto do contrato era o único

¹⁴⁷ Leia-se, no entanto, o Voto de vencido do Conselheiro Pereira e Sousa, no sentido do reconhecimento do poder de modificação unilateral à Câmara, com base na jurisprudência francesa (pp. 521, 522).

¹⁴⁸ Acórdão do Supremo Conselho de Administração Pública de 6 de Julho de 1932, *cit.*, p. 521.

¹⁴⁹ J. M. TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões de serviços públicos. Sua natureza jurídica*, Coimbra, 1914, p. 93.

¹⁵⁰ J. MELO MACHADO, *Teoria jurídica do contrato administrativo*, Coimbra, 1936, p. 474.

¹⁵¹ MARCELLO CAETANO, *Manual...*, 2ª ed., *cit.*, p. 514, 515.

limite que se opunha ao poder de modificação unilateral¹⁵², o qual, para ser exercido licitamente, deveria ainda implicar o ressarcimento dos prejuízos que adviessem da perturbação do equilíbrio financeiro inicialmente fixado¹⁵³.

Assim, o poder de modificação unilateral traduz-se numa alteração da ordem contratual ditada exclusivamente por razões de interesse público, facto que desobriga a Administração de recorrer à invocação da imprevisibilidade como fundamento de transformação do substracto contratual inicialmente estabelecido. A jurisprudência foi sensível à teorização de MARCELLO CAETANO, invertendo a posição que manifestara em 1932.

Com efeito, em Acórdão de 2 de Junho de 1939, o Supremo Tribunal Administrativo reconheceu que “(...) se é verdade que nos contratos administrativos (...) a Administração pode, forçada por imperiosas exigências do interesse público, quando e na medida em que tal interesse o exija, alterar algumas condições da sua execução previstas no contrato, como a moderna teoria administrativa sustenta (...), também o é que, quando dessa alteração resulte uma sensível modifica-

¹⁵² “O objecto individualiza o contrato, de tal forma que a sua substituição corresponderia à extinção de uma relação contratual e à formação de outra.

Mas desde que se respeite o objecto do contrato é juridicamente possível modificar as prestações em que ele se resolve, nem sempre, de resto, especificadas desde início, visto poderem ser genericamente indicadas” — MARCELLO CAETANO, *Manual...*, 2ª ed., *cit.*, p. 514; *idem*, *Conceito de contrato administrativo*, in *O Direito*, ano 70º (1938), pp. 3 segs, *max.* 9 segs; *idem*, *Manual...*, I, 10ª ed., *cit.*, p. 618. Concretizando a ideia de intangibilidade do objecto do contrato por recurso à distinção entre modificações quantitativas e qualitativas, AUGUSTO DE ATHAYDE, *Poderes...*, *cit.*, pp. 75, 76 (o Autor sublinha que a modificação imposta pela Administração nunca pode fazer com que a actividade contratada “deixe de ser o que é”). Do mesmo Autor, v. também *Para a teoria do contrato administrativo. Limites e efeitos do exercício do poder de modificação unilateral pela Administração Pública*, in *Estudos em honra do Prof. Marcello Caetano*, Lisboa, 1973, pp. 73 segs, 81 segs.

J. M. SÉRVULO CORREIA, louvando-se numa opinião de MELO MACHADO (*Teoria jurídica...*, *cit.*, *Apêndice*, p. XXII) vem propor uma definição de “objecto do contrato” menos vaga, pelo menos sempre que as prestações forem precisamente determinadas. O Autor identifica objecto do contrato com “a actividade pessoal do devedor concreta e individualmente considerada. O direito à prestação e o dever de prestar não se reportam a uma forma abstracta mas a uma acção objectivada através de certa coisa ou certo serviço”. Conclui, destarte, que a Administração pode alterar o objecto do contrato; não pode é modificar a sua “causa-função”, que corresponde a uma determinada opção de satisfação do concreto interesse público que deu azo ao contrato — *Contrato administrativo*, in *DJAP*, III, Lisboa, 1990, pp. 54 segs, 82. Aderindo à concepção de MELO MACHADO e de SÉRVULO CORREIA, J. M. FERREIRA DE ALMEIDA, *Legalidade e estabilidade objectiva do contrato administrativo*, in *SI*, nºs 211/216, 1988, pp. 121 segs, 135 segs (sobre este ponto, v. ainda C. HORGUÉ BAENA, *La modificación...*, *cit.*, pp. 38 segs).

A fórmula do artigo 180º/a) do CPA esvaziou de interesse a discussão, optando pela primeira concepção, claramente mais garantista. Segundo FREITAS DO AMARAL, “a distinção deve ser a seguinte: o objecto do contrato designa os *principais tipos de prestações contratuais concretamente acordados entre as partes* ou, noutros termos, *as actividades através das quais o particular colabora na satisfação de certa necessidade pública*; por sua vez, o *conteúdo das prestações* corresponde aos *modos peculiares, técnicos e jurídicos, da execução dessas prestações*” — *Curso...*, II, *cit.*, pp. 621, 622. V. também M. ESTEVES DE OLIVEIRA, P. COSTA GONÇALVES e J. PACHECO DE AMORIM, *Código...*, *cit.*, p. 825.

¹⁵³ O respeito pelo equilíbrio do contrato constitui causa justificativa da invocação, por parte do contraente privado, da *exceptio non adimpleti contractus* — cfr. o Acórdão do STA de 15 de Março de 1963, in *Col. Ac. STA*, 1963, pp. 322 segs, 338 segs.

ção da situação financeira do particular, que contratou com a Administração, esta deve pagar-lhe uma justa indemnização pela alteração provocada”¹⁵⁴.

Foram questões político-financeiras, decerto, que levaram o STA a inverter esta lógica, no caso da quebra do exclusivo da Companhia Carris de Ferro do Porto¹⁵⁵. O Supremo, após um intrincado processo judicial, veio recusar à Companhia qualquer indemnização dos avultados danos gerados pelo consentimento (e mesmo incentivo) da Câmara Municipal do Porto na actividade de várias empresas de transporte de passageiros que se vinha desenvolvendo, à margem de controlo, passados alguns anos após a celebração do contrato de concessão de exploração desse serviço, em exclusivo. Errando ao afirmar que “o *fait du prince* assenta num elemento de imprevisão”, o STA encontra numa cláusula do contrato (cujo sentido é claramente diverso) a base de isenção de “todo e qualquer prejuízo” que da quebra do exclusivo pudesse advir (esvaziando-o por completo, de resto)¹⁵⁶.

Razão teve, pois, MARCELLO CAETANO, ao responsabilizar retoricamente este aresto pela morte do Direito Administrativo¹⁵⁷. Negar qualquer compensação ao concessionário numa situação em que este se limitou a cumprir fielmente o contrato no interesse da colectividade e ainda assim sofreu pesados prejuízos, é inadmissível à luz dos princípios de legalidade e igualdade na repartição dos encargos públicos a que o Estado deve obediência. Escreve o Autor, em nota ao Acórdão: “(...) é evidente que, como se diz no Acórdão, o concessionário tem o direito de pedir a revisão do contrato ou a rescisão. Esse direito nasce naturalmente do facto de se considerar que as circunstâncias económicas da exploração se tornaram mais onerosas, tendo mudado consideravelmente em relação ao momento do contrato. Ora, quer se entenda haver neste caso imprevisão quer acto do Poder, a solução consagrada para tais casos é a indemnização”¹⁵⁸. E, num desabafo final, conclui MARCELLO CAETANO: “Entendâmo-nos: havia um interêsse financeiro ou uma conveniência administrativa em não condenar a Câmara a pagar avultadíssima indemnização, porventura inoportuna para os seus cofres?

Reduzisse-se a indemnização a dez tostões simbólicos e pronto”¹⁵⁹.

Por seu turno, num estudo especialmente dedicado ao tema, AUGUSTO DE ATHAYDE encontrava o fundamento do *ius variandi* na *causa* do contrato administrativo, na apetência para a satisfação de interesses públicos que lhe subjaz. O poder de modificação unilateral radicaria, assim, na “própria essência ou natureza do contra-

¹⁵⁴ Acórdão do STA de 2 de Junho de 1939, *in OD*, 72º ano (1940), pp. 23 segs, 26, 27. Cumpre observar que, apesar de ter admitido a existência desta prerrogativa, o STA acabou por resolver o caso por recurso à teoria da imprevisão, facto que mereceu comentário desfavorável de MARCELLO CAETANO (**Anotação ao Acórdão do STA de 2 de Junho de 1939**, *in OD*, ano 72º (1940), p. 28). Na verdade, a razão estava com o Autor citado, uma vez que o próprio STA considera que a alteração introduzida ao contrato (de cobrança de impostos indirectos municipais) resulta “directa e proximamente, de um acto da própria Câmara” (p. 27), e não de qualquer evento imprevisível e independente da vontade de qualquer das partes. Criticando igualmente a má aplicação da teoria, D. PAIVA BRANDÃO, **Considerações...**, *cit.*, p. 240.

¹⁵⁵ Acórdão do STA de 6 de Junho de 1941, *in OD*, ano 73º (1941), pp. 263 segs.

¹⁵⁶ Acórdão do STA de 6 de Junho de 1941, *cit.*, p. 282.

¹⁵⁷ MARCELLO CAETANO, **Nota ao Acórdão do STA de 6 de Junho de 1941**, *cit.*, *loc. cit.*, pp. 287 segs.

¹⁵⁸ MARCELLO CAETANO, **Nota ao Acórdão do STA de 6 de Junho de 1941**, *cit.*, *loc. cit.*, p. 286.

¹⁵⁹ MARCELLO CAETANO, **Nota ao Acórdão do STA de 6 de Junho de 1941**, *cit.*, *loc. cit.*, p. 287.

to administrativo”¹⁶⁰. Na mesma linha, M. ESTEVES DE OLIVEIRA defende o poder de adaptação das prestações do co-contratante ao ritmo da dinâmica de mutação das prioridades de satisfação do interesse público, sem que tal constitua uma violação dos deveres contratuais. Sublinha, no entanto, a necessidade de estabelecer fronteiras rigorosas quanto aos limites deste “princípio geral comum a todos os contratos de subordinação”, sob pena de se incorrer numa “desnaturação do próprio conceito de contrato”¹⁶¹ (fronteiras essas que passavam, naturalmente, pela preservação da identidade *qualitativa* das prestações contratadas).

Anote-se ainda a diferenciação que PEDRO GONÇALVES propõe, a propósito da concessão de serviços públicos, entre poder de modificação unilateral e *fait du Prince*. O Autor entende que “embora possa provocar um quadro de efeitos semelhante ao que decorre do poder de modificação unilateral, deve dele distinguir-se aquilo que a doutrina designa por *fait du prince (factum principis)* – conceito que designa uma actuação exterior ao contrato da Administração concedente, de outra entidade administrativa ou até do legislador, a qual determina uma *perturbação significativa* na equação económico-financeira do contrato. Ao contrário do poder de modificação, estão aqui em causa *medidas gerais, que têm efeitos sobre o contrato, embora o não tenham por objecto*”¹⁶².

Julgamos ser, porventura, de acolher adaptativamente esta proposta¹⁶³, com

¹⁶⁰ AUGUSTO DE ATHAYDE, *Poderes...*, *cit.*, pp. 65 segs (a citação é da pág. 68).

¹⁶¹ M. ESTEVES DE OLIVEIRA, *Direito Administrativo*, I, Coimbra, 1984, p. 699.

¹⁶² PEDRO GONÇALVES, *A concessão...*, *cit.*, p. 260. Repare-se que, ao incluir no *fait du Prince* medidas gerais adoptadas por outras entidades e pelo legislador, o Autor (no parágrafo seguinte ao transcrito) vê-se forçado a abranger a imprevisão no *fait du Prince* – raciocínio que a jurisprudência e a doutrina desmentem. Parecendo também aceitar a diferenciação entre modificações que afectam o equilíbrio do contrato e modificações que o não afectam, M. SINKONDO, *La notion...*, *cit.*, p. 252.

Como explica C. HORGUÉ BAENA, *La modificación...*, *cit.*, pp. 33, 34, nota 25, a relativa imprecisão – decorrente da construção pretoriana do *Conseil d’État* – de caracterização dos pressupostos de ambas as teorias leva a que, na doutrina, haja autores a diluir a imprevisão no *fait du Prince*. Esta construção é, como realçam A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE e P. DELVOLLÉ (*Traité...*, *cit.*, p. 516), das mais confusas do Direito dos contratos administrativos.

¹⁶³ PEDRO GONÇALVES parece inspirar-se no enquadramento teórico proposto por A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE e P. DELVOLLÉ (*Traité...*, *cit.*, p. 517), que começam por identificar *fait du Prince* em sentido amplo (qualquer intervenção que recaia sobre o contrato, qualquer que seja a sua fonte) e *fait du Prince* em sentido estrito (alteração provocada pela entidade administrativa contratante). Neste último encontram ainda medidas de modificação unilateral (que têm por objecto *directo* as condições de execução do contrato) e medidas que *indirectamente* afectam o equilíbrio do contrato – *fait du Prince strictissimo sensu*. Os próprios Autores admitem, todavia, tratar-se de uma distinção artificial e sem consequências.

Ora, salvo melhor opinião, a inclusão de medidas gerais no conceito de *fait du Prince* não é inócua – antes atrai para a esfera da indemnizabilidade total (*v. infra*) um conjunto de hipóteses que mais justamente se enquadrariam na teoria da imprevisão. Deve, por isso, estabelecer-se uma distinção entre medidas gerais adoptadas pela Administração contratante, relativas a uma *categoria* de contratos – aqui estamos ainda dentro do *fait du Prince*/poder de modificação unilateral; e entre medidas gerais adoptadas pelo legislador, que se reflectem sobre os contratos administrativos – aí entraremos no domínio da imprevisão. É certo que o desdobramento funcional do Governo pode perturbar a clareza deste entendimento – o que poderá levar o juiz a conceder ao co-contratante a alternativa entre a “indemnização de imprevisão” e a indemnização por modificação unilateral. Frisando que o facto de a modificação unilateral operar através de uma medida geral não afasta a aplicação da teoria do *fait du Prince*, A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE e P. DELVOLLÉ, *Traité...*, *cit.*, p. 529.

base num argumento *a maiori ad minus* [de resto, suportado pela letra do artigo 180º/a) do CPA]: se a Administração pode introduzir alterações significativas (respeitando sempre “o objecto do contrato”), acompanhando a dinâmica de mutação dos processos de prossecução do interesse público, com vista à sua optimização, também poderá introduzir alterações que não bulam com o equilíbrio financeiro e que se comportem dentro dos riscos normais do contrato — sendo certo que a contestação judicial de tais alterações deve estar sempre aberta.

Formulação ambiciosa é a de SÉRVULO CORREIA, que vê no poder de modificação uma manifestação, não de um instrumento de actuação administrativa em especial, mas antes da *própria função administrativa* enquanto função constitucionalmente investida da missão de contínua optimização das formas de prossecução dos interesses públicos. “A «potestas variandi» que se entende implícita em qualquer contrato administrativo é — afirma o Autor — apenas uma manifestação de um mais lato poder de definir inovadoramente situações jurídicas entre a Administração e os particulares em prossecução dos interesses colectivos”¹⁶⁴. Trata-se, portanto, de um “verdadeiro princípio geral de Direito Administrativo” que, escreve PAULO OTERO, deixa a regra da estabilidade do contrato “na disponibilidade da Administração”¹⁶⁵: ele vale tão-só e apenas *enquanto* a concepção de actuação finalisticamente orientada para a melhor prossecução do interesse público não se alterar¹⁶⁶.

O CPA veio consagrar de forma iniludível a possibilidade de alteração unilateral do conteúdo das prestações acordadas num contrato administrativo no artigo 180º/a)¹⁶⁷. Já quanto à aplicação deste princípio noutros âmbitos da actuação administrativa — *maxime*, em sede de revogação de actos administrativos —, o Código, como sabemos, não foi tão generoso.

2.2. O despertar da noção de alteração das circunstâncias sob a veste da teoria da imprevisão

A erosão das situações jurídicas pelo tempo é um problema que “não é de hoje nem de ontem; sôbre ele se acumulou já a poeira dos séculos”, escreveu PAIVA BRANDÃO¹⁶⁸. Com efeito, a figura da alteração das circunstâncias, hoje expressamente re-

¹⁶⁴ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Contrato...., cit.*, p. 84.

¹⁶⁵ PAULO OTERO, *Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*, in *ROA*, 1996/III, pp. 913 segs, 925 e 928.

¹⁶⁶ Contra, negando a especificidade do poder de modificação unilateral enquanto prerrogativa da Administração no âmbito das suas relações contratuais de Direito Público (antes da entrada em vigor do CPA), MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, 1990, pp. 134, 135.

¹⁶⁷ Como realça PEDRO GONÇALVES, além de implicar limites materiais, negativos (a modificação deve ancorar-se numa real exigência do interesse público e não pode desfigurar o contrato) e positivos (a modificação, se alterar o equilíbrio financeiro, deve gerar uma indemnização a favor do co-contratante), o exercício deste poder tem ainda consequências procedimentais traduzidas na necessidade de promover a audiência do interessado, nos termos do artigo 100º do CPA (diligência expressamente consagrada na lei espanhola e aceite pelo *Conseil d'État*) — *A concessão...., cit.*, p. 257 e nota 294.

¹⁶⁸ D. PAIVA BRANDÃO, *Considerações...., cit.*, p. 175.

conhecida no artigo 437º do Código Civil, recupera um princípio aplicado pelo Direito Romano e desenvolvido pelos canonistas¹⁶⁹ o qual, curiosamente, encontra filiação directa na teoria da imprevisão, construída pela jurisprudência administrativa¹⁷⁰. Na verdade, e apesar de o Código Civil não utilizar o termo “imprevisão”, é nesta fonte que reside a inspiração para o regime de alteração das circunstâncias regulado na lei civil desde 1966, deixando assim, como afirma MARQUES GUEDES, “de se tratar de especificidade própria dos contratos administrativos”¹⁷¹.

A resistência à imprevisão, se tinha fundamentos jurídicos — o apego à intangibilidade do contrato —, era também tributária de argumentos de natureza política, compreensíveis no contexto excepcional do estado de guerra e de pós-guerra do princípio do século, como explica MENEZES CORDEIRO. Blindar os contratos contra tentativas de alteração provocadas por especuladores foi uma das razões invocadas pela doutrina (e aproveitada pela jurisprudência) para negar a possibilidade de introduzir mudanças em contratos cujo equilíbrio a guerra perturbou fortemente. “Nas situações paradigmáticas de alterações das circunstâncias, nos períodos de guerra, em que uma elevação dos preços das mercadorias prejudicava os fornecedores, receava-se que estes detivessem, ainda, reservas anteriores às hostilidades e que aproveitassem a alteração para realizar lucros suplementares; os tribunais recearam, pois, que ao introduzir-se uma possibilidade generalizada de revisão de contratos, se fosse premiar a má fé e dificultar, em períodos delicados, a vida económica do país”¹⁷².

A necessidade de salvaguardar a continuidade do serviço público, contudo, não se compaginava com tais resistências. Para fazer face às dificuldades criadas pela I Guerra às concessionárias (que se julgaram temporárias, mas que se viriam a revelar muito duradouras¹⁷³), o Conselho de Estado inaugurou o tratamento publicista da teoria da imprevisão em 1916 (i.) — embora, como vimos, a tenha tido em consideração no *arrêt Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, de 1902 —, vindo a aproximá-la da força maior em 1932 (ii.), tratamento que permite traçar uma linha de separação entre o âmbito de aplicação do *cas imprévu* e do *fait du Prince* (iii.). Em Portugal, a doutrina distingue claramente a teoria do poder de modificação unilateral da teoria da imprevisão (iv.).

¹⁶⁹ Cfr. A. FREIRE DE BARROS, *A teoria da imprevisão no Direito Privado*, in *ROA*, nºs 3/4, 1950, pp. 244 segs, 247 segs; A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, II, *cit.*, pp. 938 segs; *idem*, *Da alteração das circunstâncias*, *Separata dos Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1987, pp. 21 segs (especialmente sobre a recepção da figura no Direito português, que teria despontado com as Ordenações); ORLANDO DE CARVALHO, *Contrato administrativo e acto jurídico público (Contributo para uma teoria do contrato administrativo)*, in *Escritos. Páginas de Direito*, I, Coimbra, 1998, pp. 219 segs, 221, 222 (nota); L. CARVALHO FERNANDES, *A teoria da imprevisão no Direito civil português*, reimp. com nota de actualização, Lisboa, 2001, pp. 17 segs (sobre a evolução da teoria no Direito português, v. pp. 147 segs).

¹⁷⁰ Segundo D. PAIVA BRANDÃO (*Considerações...*, *cit.*, p. 237), “O direito administrativo não fez mais do que adaptar à sua índole própria uma noção que já fôra longamente discutida e trabalhada dentro do direito privado”.

¹⁷¹ A. M. MARQUES GUEDES, *Os contratos administrativos*, in *BFDUL*, 1991, pp. 9 segs, 21.

¹⁷² A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, II, *cit.*, p. 962.

¹⁷³ Cfr. J. PÉQUIGNOT, *Contenu...*, *cit.*, *loc. cit.*, p. 29; D. FÉZAS VITAL, *A teoria da imprevisão e as concessões de serviços públicos na jurisprudência do Conselho de Estado francês*, in *RLJ*, 1929, nºs 2382 a 2386, pp. 97 (nº 2384).

i.) O caso que ficou para a História da teoria da imprevisão no universo do Direito Administrativo¹⁷⁴ é o célebre *arrêt Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, de 30 de Março de 1916¹⁷⁵. O problema prendia-se com a subsistência de um contrato de distribuição do gás e energia eléctrica à cidade de Bordéus, celebrado em 1904, em face da alta de preços do carvão provocada pela eclosão da I Guerra. O aumento era imprevisível, não podendo reconduzir-se à álea normal do negócio, e tornava extremamente onerosa a manutenção do contrato nos termos inicialmente fixados. “A economia do contrato subvertera-se. Este não podia, portanto, ser stricta e literalmente aplicado, porque foi concebido e celebrado em vista de circunstâncias inteiramente diversas. Mas o interêsse geral exige que, através de tudo, os serviços públicos funcionem com regularidade e continuidade e daí, o dever, para a concessionária, de se conservar à frente da exploração”, explicava FÉZAS VITAL.¹⁷⁶

Era imperativo, pois, assegurar a continuidade do serviço; todavia, importava também colmatar o défice que para a concessionária resultava dessa obrigação de continuidade. É a chamada “indenização de imprevisão”¹⁷⁷, que cobre os danos emergentes da alteração imprevista e imprevisível, cujos critérios de fixação o Conselho de Estado foi desenvolvendo em arestos posteriores¹⁷⁸. Desonerando parcialmente a concessionária – ou seja, fazendo com que o concedente partilhe o prejuízo adveniente da alteração das circunstâncias –, a imprevisão permite a manutenção do contrato após a revisão/actualização das cláusulas directamente responsáveis pelo desequilíbrio¹⁷⁹.

Sublinhe-se que o facto imprevisto só releva quando se situar fora do âmbito dos “riscos normais” do contrato: “riscos anormais” podem traduzir-se em eventos de ordem natural, guerras, mas também circunstâncias de natureza económica, desde que a sua ocorrência (ou a sua amplitude) não pudesse razoavelmente, à luz dos dados disponíveis na data da celebração, ser tida em consideração¹⁸⁰. Mas releva *sempre* que se reconduzir à álea extraordinária, no silêncio das partes ou ainda que

¹⁷⁴ Em geral, sobre as consequências da imprevisibilidade no domínio do contencioso dos contratos e sobretudo da responsabilidade administrativa, J. M. PONTIER, *L'imprévisibilité...*, cit., pp. 25 segs.

¹⁷⁵ M. LONG *et alij*, *Les grands arrêts...*, cit., pp. 176 segs.

¹⁷⁶ D. FÉZAS VITAL, *A teoria...*, cit., p. 66 (nº 2382).

¹⁷⁷ Sublinhe-se a radical diferença entre esta indenização “compensatória” e a indenização “sancionatória” devida por incumprimento da Administração, denunciada por J. MELO MACHADO, *Teoria jurídica...*, cit., p. 270 (“a administração não indemniza: restabelece um equilíbrio determinado que se obrigara a manter”) e por C. HORGUÉ BAENA, *La modificación...*, cit., p. 37 (“en realidad, tal reparación económica no responde a una natureza indemnizatoria de perjuicios sufridos sino más bien a la de pago del contrato en los términos en que se ha de ejecutar a consecuencia de la decisión modificativa”). V. ainda L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 1995, p. 213.

¹⁷⁸ Cfr. D. FÉZAS VITAL, *A teoria...*, cit., pp. 113 segs (nº 2385).

¹⁷⁹ Extensamente sobre o *arrêt gaz de Bordeaux* e seus ecos doutrinários, D. PAIVA BRANDÃO, *Considerações...*, cit., pp. 244 segs.

¹⁸⁰ J. PÉQUIGNOT, *Contenu...*, cit., loc. cit., pp. 35, 36.

¹⁸¹ Como afirmou o *Conseil d'État*, no *arrêt Nadaud*, de 1947 – J. M. PONTIER, *L'imprévisibilité...*, cit., p. 32. V. também J. PÉQUIGNOT, *Contenu...*, cit., loc. cit., p. 31.

estas o tenham expressamente banido no clausulado¹⁸¹.

Directamente filiada na necessidade de assegurar a continuidade do serviço¹⁸² — tendo como campo de eleição as concessões de serviço público —, a teoria da imprevisão depressa se estendeu a contratos em que tal objectivo não está em causa. Como realça PÉQUIGNOT, a imprevisão recebe aplicação também no âmbito das concessões de obras públicas, no qual as empresas, ainda que sofram perdas, não ficam, à partida, impossibilitadas de manter a gestão da concessão¹⁸³. Além disso, o *Conseil d'État* já aceitou que a “indenização de imprevisão” pode ser atribuída após o termo do contrato, altura em que, obviamente, o imperativo de continuidade do serviço deixou de existir¹⁸⁴. É a equidade, mais do que a continuidade do serviço, que justifica a figura da imprevisão no domínio contratual¹⁸⁵ — fundamento mais idóneo, uma vez que, como vimos em 1.1.i.), a teoria da imprevisão, com adaptações, também tem préstimo no âmbito do poder regulamentar.

A continuidade de execução do contrato proporcionada pela revisão constitui a diferença fundamental entre a imprevisão e a força maior, a qual configura uma causa de exoneração da responsabilidade do contraente que se vê impedido, temporária ou permanentemente, de cumprir o contrato¹⁸⁶.

ii.) O Conseil d'État é parco na aceitação da invocação de caso de força maior

¹⁸² Neste sentido, G. JÉZE, *Théorie générale des contrats administratifs (VI)*, in *RDPSP*, 1932, pp. 244 segs, 251 e 255, circunscrevendo, no entanto, a aplicação da teoria “excepcional” da imprevisão aos contratos de concessão de serviços públicos, de fornecimento e de obras públicas — só nestes se destacaria o princípio da continuidade do serviço.

¹⁸³ Anote-se, no entanto, a escassez de decisões jurisprudenciais aplicativas da teoria da imprevisão em França, muito por força da progressiva inserção nos contratos administrativos de cláusulas reguladoras da variação de preços. A teoria terá recebido um novo fôlego com o *arrêt Ville d'Avignon* (1963), mas os tribunais administrativos manifestam muitas reservas ao reconhecimento de casos de imprevisão — cfr. L. RICHER, *Droit...*, *cit.*, p. 211.

A teoria da imprevisão integraria, assim, o departamento das peças raras no museu de criações jurisprudenciais do *Conseil d'État* (veja-se uma das suas últimas aparições em 2000, no *arrêt Commune de Staffelfelden*, a propósito de uma alta inesperada de preços) — é a imagem utilizada por C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2004, p. 371. Quanto aos tribunais comuns, nomeadamente a *Cour de Cassation*, mantêm-se fiéis à regra da imutabilidade do contrato, consagrada no artigo 1134 do *Code Civil*. Refira-se, contudo, que a *Cour de Cassation* já admitiu, pontualmente, aplicar a teoria da imprevisão em sede de contrato de arrendamento — J. ANTOINE, *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*, in *RFDA*, 2004/1, pp. 80 segs, 85, 86.

¹⁸⁴ A razão desta ressalva, como se depreende da jurisprudência *Département des Hautes-Pyrénées c/ Société Sofilia*, de 1976, reside no facto de o co-contratante, mesmo com dificuldade, cumprir o contrato em desequilíbrio para se eximir a uma eventual demanda de responsabilidade contratual por incumprimento da obrigação proposta pela entidade pública contratante, vindo então, no final, a exigir a reposição da justiça negocial. Cfr. J. ANTOINE, *La mutabilité...*, *cit.*, p. 82.

¹⁸⁵ J. PÉQUIGNOT, *Contenu...*, *cit.*, *loc. cit.*, p. 33; A. DE LAUBADÈRE, F. MODERNE e P. DELVOLVÉ, *Traité...*, *cit.*, pp. 609, 610. Contra, apelando à noção de serviço público, J.-MARIE RAINAUD, *Le contrat...*, *cit.*, p. 1193.

¹⁸⁶ C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (*La cláusula rebus sic stantibus*, Valencia, 2003, p. 112), louvando-se em Albaladejo, reforça esta conclusão ao afirmar que, sobrevivendo razão de força maior, “no hay que cumplir PORQUE ha habido extinción por imposibilidad sobrevenida”, enquanto que a resolução do contrato na sequência de alteração das circunstâncias se baseia na lógica de que “se resuelve PARA QUE no haya que cumplir, ya que el cumplimiento es excesivamente gravoso”.

por qualquer das partes do contrato. No *arrêt Compagnie des messageries maritimes et autres*, de 1909¹⁸⁷, foi considerada legítima a caracterização de uma greve decretada pelos estados-maiores da marinha mercante como *cas de force majeure*, paralisação essa que inviabilizava o funcionamento dos serviços postais marítimos assegurado por empresas concessionárias. O Tribunal considerou que tal greve constituía um caso de força maior, na medida em que: a) era totalmente alheia à vontade do contraente que a invoca; b) era impossível de prever ou evitar; e c) inviabilizava em absoluto o cumprimento das obrigações contratualmente assumidas.

A força maior surge, assim, como uma justificação da paralisação do serviço, o qual, após a sua cessação – caso seja temporária – volta a funcionar como do antecedente, nos mesmos termos, e sem que a suspensão da actividade importe penalizações para o devedor da prestação. Caso o evento impeditivo se prolongue e torne o cumprimento impossível, então a força maior transforma-se em causa de rescisão legítima por qualquer das partes (por perda de interesse do credor ou por desaparecimento do objecto do contrato). Pode acontecer, porém, que a impossibilidade se traduza na excessiva onerosidade (caso típico de uma inesperada alta de preços): aí, a invocação de força maior pode ser atalhada com a atribuição de uma indemnização que restabeleça o equilíbrio contratual, sendo-lhe aplicado o mesmo regime (embora não com causa de idêntica natureza¹⁸⁸) da imprevisão, a fim de possibilitar a continuação de execução do contrato¹⁸⁹.

Esta aproximação entre os regimes de ambas as figuras ficou clara no *arrêt Compagnie des tramways de Cherbourg*, de 1932¹⁹⁰. A hipótese era a inversa, ou seja, transitou-se da invocação da teoria da imprevisão para a solução da força maior, a fim de evitar uma derrapagem financeira irreversível a suportar pelos contribuintes. O caso é paradigmático porque espelha a resposta encontrada pelo Conselho de Estado para o problema do prolongamento insuspeitado do pagamento de indemnizações de imprevisão, induzido pela insuperação da crise do pós-guerra¹⁹¹.

A *Compagnie des tramways* era deficitária desde 1916 e nem as actualizações

¹⁸⁷ M. LONG *et alii*, *Les grands arrêts...*, *cit.*, pp. 109 segs.

¹⁸⁸ Em ambas se verifica a imprevisibilidade [para uma distinção detalhada, veja-se J. F. COUZINET, *Cas de force majeure et cas fortuit: Causes d'exonération de la responsabilité administrative*, in *RDPS*, 1993/6, pp. 1385 segs, 1391 segs – onde se considera ainda, teoricamente, as (raramente admitidas) hipóteses de caso fortuito, que se caracterizariam por serem, além de imprevisíveis e irresistíveis, internas ao funcionamento da máquina administrativa (p. 1404). O Autor conclui, porém, no sentido da absorção da figura do caso fortuito pela força maior, com base na análise da jurisprudência administrativa (p. 1425)]. No entanto, a força maior é qualificada pela irresistibilidade [cfr. J. M. PONTIER, *L'imprévisibilité...*, *cit.*, p. 22: "L'imprévisibilité n'est (...) qu'une des conditions de la force majeure, et elle n'en est pas la condition principale"], que justifica a paralisação de execução do contrato; já a imprevisão perturba o equilíbrio do contrato, mas não impede a sua execução, embora com alterações.

¹⁸⁹ Esta hipótese resulta, normalmente, de estipulação contratual, mas o *Conseil d'État* já a admitiu mesmo na ausência desta (*arrêts Magisson*, 1924, e *Société Entreprise Coopérative française*, 1938) – M. LONG *et alii*, *Les grands arrêts...*, *cit.*, pp. 115, 116.

¹⁹⁰ M. LONG *et alii*, *Les grands arrêts...*, *cit.*, pp. 277 segs.

¹⁹¹ Como explica D. FÉZAS VITAL [*A teoria...*, *cit.*, pp. 114, 115 (nº 2385)], o Conselho de Estado foi refinando os critérios de cálculo da indemnização desde 1916, no sentido de ajudar as concessionárias a subsistir durante um período de tempo que se julgava curto. O prolongamento dos défices, obrigou, no entanto, a corrigir a solução.

das tarifas de transporte de passageiros, realizadas entre 1919 e 1922, permitiram superar o problema. Tendo requerido ao Município uma indemnização de imprevisão, este recusou-a. Recorrendo desta decisão para o Conselho de Estado, a *Compagnie* viu novamente negada a sua pretensão.

Na verdade, o *Conseil d'État* ponderou, em tese, a possibilidade de atribuir a indemnização de imprevisão, precisamente como forma de evitar a criação de uma situação de irreversibilidade que conduzisse à força maior absoluta, impedindo a continuação do serviço. A indemnização de imprevisão configuraria, destarte, uma *medida cautelar* tendente a evitar a impossibilidade absoluta de cumprimento por razões de onerosidade extrema para o devedor da prestação – neste caso, a concessionária do serviço público de transportes colectivos. No entanto, perante o estado de penúria da *Compagnie*, o Tribunal considerou que a manutenção do contrato não era economicamente viável, dando por verificada uma causa de força maior que reconhecia ao Município a faculdade de resolver o contrato¹⁹².

Ora, o que se retira desta jurisprudência – fortemente motivada por razões financeiras – é uma suavização do instituto da força maior em função da necessidade de preservar o erário público em face das solicitações das concessionárias depauperadas pela crise do pós-guerra, agravada pela depreciação da moeda que se lhe seguiu. Em bom rigor, não havia irresistibilidade em sentido fáctico; mas estava-se perante uma impossibilidade de manutenção do serviço em termos economicamente viáveis, facto que sustentou a invocação de força maior em sentido juridicamente construído pelo Conselho de Estado.

Assim, há uma sobreposição parcial entre as figuras da força maior e da imprevisão, pelo menos sempre que o evento imprevisível impossibilite a execução do contrato, mas apenas durante um curto lapso de tempo¹⁹³. Nessa hipótese, caso a viabilidade do serviço não esteja comprometida no longo prazo, o concedente deverá atribuir uma indemnização/subsídio para ajudar o concessionário a superar a dificuldade momentaneamente criada, atendendo ao interesse público da continuidade da prestação do serviço nos termos até aí verificados.

iii.) Da análise da jurisprudência do Conselho de Estado, pese o seu casuismo e frequente recontextualização, pode retirar-se a conclusão de que o poder de modificação unilateral actua, por um lado, com base em causas diversas da teoria da imprevisão. Por outro lado, as consequências da aplicação de uma ou de outra teoria diferem também sensivelmente. Apesar de terem “um certo parentesco”, elas apre-

¹⁹² O *Conseil d'État* considera que a indemnização de imprevisão aplicada a casos de força maior só deve ser concedida quando o factor de desequilíbrio se revele temporário, uma vez que, “au contraire, dans les cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une *situation définitive* qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux *frais des contribuables*, et contrairement aux conditions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un *service qui a cessé d'être viable*” – M. LONG *et alii*, *Les grands arrêts...*, *cit.*, p. 278.

¹⁹³ Ao contrário, “ce n'est qu'à la limite, lorsqu'il sera évident que le déséquilibre du contrat est devenu définitif, que la théorie de l'imprévision aboutira au même résultat que la théorie de la force majeure” – J. PÉQUIGNOT, *Contenu...*, *cit.*, *loc. cit.*, p. 31.

¹⁹⁴ Cfr. J. PÉQUIGNOT, *Contenu...*, *cit.*, *loc. cit.*, pp. 30, 31.

sentam “diferenças radicais”¹⁹⁴.

Começemos pelas causas. Vimos que o poder de modificação unilateral nasceu quase por acidente, como solução de último recurso perante a impossibilidade de lançar mão da imprevisão [cfr. *supra*, 2.1. i.]). Tal cautela afigura-se normal, numa época de reverência face à imutabilidade do contrato e tendo em consideração a posição de superioridade em que tal prerrogativa tende a investir o contratante público¹⁹⁵. Mas, uma vez aberta a possibilidade, o *Conseil d’État* promoveu prontamente a sua consolidação, desenhando-lhe um âmbito de aplicação autónomo em face da imprevisão. Com efeito, o *ius variandi* no contrato administrativo é motivado por uma alteração de pressupostos subjectivos, que se traduzem num reexame da conjuntura sócio-económica por parte da Administração e que a levam a reformular as soluções de prossecução dos interesses públicos até aí adoptadas.

Tal alteração pode até ter sido equacionada. Mas isso não releva para a utilização do poder de modificação unilateral, na medida em que este depende exclusivamente da manifestação de vontade da Administração, de um factor puramente interno, como se de uma condição potestativa pública se tratasse¹⁹⁶. Naturalmente que, tratando-se embora de uma faculdade discricionária, a sua invocação não é incondicionada. Como explica SÉRVULO CORREIA, o poder de modificação unilateral é desde logo “delimitado pelo fim para que a lei o concede: a necessidade de adaptar o contrato a novas circunstâncias para salvaguarda dos interesses públicos. Só este motivo determinante legitima a modificação que, além disso, conhece outros limites objectivos postos pela própria estrutura do instituto em que se insere a decisão administrativa”¹⁹⁷.

A imprevisão, em contrapartida, tem uma causa externa à vontade de qualquer das partes¹⁹⁸ e caracteriza-se pela impossibilidade de, com base nos dados presentes à data da celebração do contrato, vislumbrar uma alteração das circunstâncias de facto indutoras de uma modificação do clausulado – imprevisão em sentido puro – ou, no limite, da rescisão do contrato por inviabilidade da sua manutenção – im-

¹⁹⁵ Recorde-se que a figura do contrato administrativo foi atacada por uma vasta corrente doutrinal filiada na opinião de Otto Mayer, que negava a possibilidade de o Estado se vincular nos mesmos termos que os privados, uma vez que o seu estatuto soberano sempre o investiria numa superioridade incompatível com o instituto. Em França, todavia – como em Portugal –, tais dúvidas nunca se colocaram (cfr. J. M. SÉRVULO CORREIA, *Contrato...., cit.*, pp. 55 segs), facto que não impediu a admissão cautelosa do poder de modificação unilateral.

¹⁹⁶ Já teoria da imprevisão é colocada sob o signo “*d’une interprétation raisonnable de la commune intention des parties*” – J. PÉQUIGNOT, *Contenu..., cit.*, *loc. cit.*, p. 30.

¹⁹⁷ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Contrato...., cit.*, p. 82. Vejam-se também E. GARCÍA DE ENTERRÍA e T. R. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 8ª ed., Madrid, 1997, pp. 724 segs; e C. HORGUÉ BAENA, *La modificación..., cit.*, p. 44, que chama a atenção para a dimensão procedimental e garantista do princípio da imutabilidade do contrato administrativo, na perspectiva da protecção de terceiros concorrentes que, por força da alteração arbitrária do conteúdo das prestações contratadas, poderiam ser ilegalmente prejudicados. Defendendo a necessidade de realização de audiência dos interessados nos casos de utilização do poder de modificação unilateral, J. M. TELLO DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Concessões..., cit.*, p. 91; L. VILHENA DE FREITAS, *O poder..., cit.*, II-pp. 319 segs.

¹⁹⁸ M. PÂQUES, *De l’acte..., cit.*, p. 285; D. PAIVA BRANDÃO, *Considerações..., cit.*, p. 239.

¹⁹⁹ Na terminologia de G. JÉZE, *Théorie générale des contrats administratifs (VI)*, *cit.*, p. 260, “force majeure” (imprevisão) e “force majeure proprement dite”.

previsão *deslizante* para força maior¹⁹⁹. Dir-se-ia que, gozando a Administração do poder de modificação unilateral, o apelo à imprevisão se torna espúrio²⁰⁰. Não é, no entanto, assim, dado que, descartada agora a diferença no plano das consequências (que se verá de seguida), há pelo menos dois factores que justificam a alternatividade: em primeiro lugar, o facto de a imprevisão poder (e normalmente) ser invocada pelo contraente privado; em segundo lugar, a tendencial objectividade que rodeia a imprevisão relativamente à subjectividade (que não arbitrariedade, como se afirmou) que caracteriza a causa motriz do poder de modificação unilateral²⁰¹.

Houve, inclusive, quem defendesse o inverso: a consunção do poder de modificação unilateral pelo instituto da alteração das circunstâncias. A alteração de circunstâncias (que, na versão publicista, se traduz na teoria da imprevisão) seria, para BADAUI, a técnica e a condição de existência do poder de modificação unilateral²⁰². Segundo este Autor, os primeiros casos em que o Conselho de Estado admitiu a faculdade de modificação unilateral prendem-se com alterações radicadas em circunstâncias objectivas: a troca de gás por electricidade dá-se por força da inovação técnica; o aumento de veículos de transporte colectivo em circulação é fruto do crescimento populacional²⁰³. Mas — e esse é, em nossa opinião, o *calcanhar de Aquiles* desta tese —, BADAUI é forçado a admitir que a alteração tanto pode incidir sobre condições objectivas como subjectivas, desde que a Administração não tivesse a obrigação de as prever²⁰⁴. Ou seja, porque pressupõe que a Administração age sempre com a máxima diligência na contratação, assimila totalmente a sua competência de adaptação do contrato à melhor forma de satisfazer o interesse público aos casos de imprevisão.

É certo que o instituto do *fait du Prince* pode servir para exonerar a Administração da responsabilidade por défice de ponderação, para *emendar a mão* em situações em que calculou mal as necessidades colectivas e pretende alijar nas costas do concessionário o custo dessa falha de cálculo²⁰⁵ — eram estes os contornos do *arrêt Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*. Mas ainda que isso possa acontecer,

²⁰⁰ Além de dificilmente caracterizável por oposição à imprevisão, se se tratar de uma alteração de natureza económica numa época de economia planificada. Conforme anota J. PÉQUIGNOT (*Contenu..., cit., loc. cit.*, p. 35), a alteração radicada no *fait du Prince* confundiu-se com a modificação gerada por facto imprevisível no período entre as duas guerras, equacionando-se as duas hipóteses relativamente às leis sobre a depreciação da moeda. O *Conseil d'État* acabou por preferir a segunda, talvez motivado por razões político-financeiras (partilha do prejuízo entre os contraentes).

²⁰¹ Facto que torna as alterações decorrentes da superveniência de factos novos de constatação vinculada, ao contrário da discricionariedade que rodeia a mudança de opções quanto à melhor forma de prosseguir o interesse público que subjazem à utilização do poder de modificação unilateral pela Administração — cfr. L. VILHENA DE FREITAS, *O poder..., cit.*, l-p. 138.

Não deve, no entanto, escamotear-se o facto de o crescente intervencionismo económico estadual contribuir fortemente para a diluição de fronteiras entre *fait du Prince* e imprevisão — C. GUETTIER, *Droit..., cit.*, p. 368.

²⁰² S. BADAUI, *Le fait du Prince..., cit.*, pp. 98 segs.

²⁰³ S. BADAUI, *Le fait du Prince..., cit.*, pp. 95, 96.

²⁰⁴ S. BADAUI, *Le fait du Prince..., cit.*, p. 102.

²⁰⁵ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Tratado elementar de Direito Administrativo*, Coimbra, 1944, p. 337: “o contraente público não responde por ter *culpa*; mas sim por ser ele quem representa os beneficiários dos encargos impostos ao património de um só ou de alguns”.

a válvula da indemnização salvaguarda a posição do co-contratante. A Administração nada fica a lucrar com a invocação do poder de modificação unilateral no plano financeiro; porém, a optimização das formas de prossecução do interesse público tem neste instituto o seu garante. O poder de modificação unilateral, podendo ser visto como uma faculdade passivamente correctiva, consiste sobretudo numa capacidade dinamicamente adaptativa.

O que perturba na tese de BADAUI é a sua desconfiança extrema relativamente ao poder de modificação à luz do imperativo de adaptação do conteúdo dos contratos à dinâmica de satisfação do interesse público. A vantagem do *ius variandi* é o seu desprendimento em face de qualquer manifestação de vontade das partes, expressa ou presumida, correspondente a qualquer previsão, exigível ou inexigível. Como observa AUGUSTO DE ATHAYDE, “não há dúvida de que na maior parte dos casos em que se faz sentir a necessidade de uma alteração unilateral o que há é, realmente, uma mudança das circunstâncias iniciais do contrato. Mas não é de excluir a hipótese de não ter havido qualquer mudança e de, mesmo assim, se verificar que a prestação do particular não satisfaz o interesse público”²⁰⁶. A tese de BADAUI é, por isso, de afastar.

Em relação às consequências, as teorias também se bifurcam. Deve realçar-se, por um lado, que a imprevisão pode gerar uma modificação temporária do contrato (redução da produção; aumento de circulação de transportes), e não constituir uma alteração duradoura²⁰⁷. Será a pensar em situações deste tipo que HORGUÉ BAENA afirma que, enquanto o poder de modificação unilateral tem por fundamento a permanente adscrição do contrato ao fim de interesse público que o motivou, a teoria da imprevisão encontra a sua razão de ser no princípio de que o risco de execução corre por conta do devedor, salvo quando ocorrerem factos que perturbem intoleravelmente o equilíbrio do contrato.

Por outro lado, e este é o aspecto mais comumente apontado como factor de distinção entre ambas as figuras, sendo certo que nem o *factum principis*, nem a imprevisão dispensam, em regra, a compensação do contraente privado pelos prejuízos causados pela alteração do conteúdo do contrato²⁰⁸, o *fait du Prince* dá direito à cobertura total das perdas, enquanto a imprevisão fornece apenas uma cobertura parcial²⁰⁹. Isto é: a invocação discricionária da necessidade de alteração por força da reconsideração dos métodos de prossecução do interesse público obriga a uma indemnização dos danos emergentes e dos lucros cessantes. Já a superveniência de “uma fatalidade”²¹⁰ imprevista por ambas as partes justifica apenas a compensação

²⁰⁶ AUGUSTO DE ATHAYDE, *Poderes unilaterais...*, *cit.*, p. 59.

²⁰⁷ Cfr. G. JÉZE, *Théorie générale des contrats administratifs (VI)*, *cit.*, p. 280.

²⁰⁸ Repare-se que o período de contrato já decorrido pode ter sido extremamente lucrativo para a concessionária; ou que o dano pode não exceder a álea normal – J. PÉQUIGNOT, *Contenu...*, *cit.*, *loc. cit.*, p. 35.

²⁰⁹ Segundo J. PÉQUIGNOT (*Contenu...*, *cit.*, *loc. cit.*, p. 28), esta constitui uma “diferença profunda” entre as teorias.

²¹⁰ J. M. PONTIER, *L'imprévisibilité...*, *cit.*, p. 11.

por danos emergentes, dado que neste caso desponta o factor risco, que deve ser partilhado²¹¹ – ao contrário da primeira situação, que é da exclusiva responsabilidade da Administração²¹².

Na síntese de SÉRVULO CORREIA, “trata-se assim duma garantia da «álea administrativa», inconfundível com a garantia da «álea contratual», comum a todos os contratos, constituída pelo princípio da imprevisão. Através do princípio do equilíbrio financeiro não se indemnizam prejuízos causados por circunstâncias excepcionais e imprevisíveis alheias à vontade das partes: mantém-se um equilíbrio que, por respeito ao significado do contrato, a administração já não pode romper”²¹³.

iv.) À semelhança do que sucedeu em França²¹⁴, o nosso ordenamento jurídico ressuscitou a *clausula rebus sic stantibus* através da teorização da imprevisão no domínio dos contratos administrativos. A economia portuguesa não ficou imune aos efeitos da I Guerra, nem à crise que se instalou subsequentemente, tendo o legislador previsto, em diplomas especiais, formas de restabelecer o equilíbrio comutativo dos contratos, sobretudo de concessão²¹⁵. Para MARCELLO CAETANO, tal preocupação radicava num imperativo de equidade (“assegurar a justiça comutativa nos contratos a longo prazo”), sendo expressão de “um princípio geral de Direito Administrativo”²¹⁶.

A imprevisão pressupõe a ocorrência de um facto imprevisível, externo à vontade das partes, acarretando uma excessiva onerosidade para o devedor, a qual ultrapassa o risco normal do contrato. “Quando se verifique o caso imprevisível, o devedor não fica em rigor exonerado da obrigação de cumprir: apenas, conforme as hipóteses, lhe será facultado rescindir o contrato, pedir a revisão das cláusulas de remuneração ou solicitar uma indemnização” – esclarece MARCELLO CAETANO²¹⁷.

²¹¹ E. GARCIA DE ENTERRÍA, *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, in *RAP*, nº 2, 1950, pp. 83 segs, 108. O lucro cessante é atirado, neste contexto, para o âmbito da álea normal do contrato (D. FÉZAS VITAL, *A teoria...*, *cit.*, p. 115), marcando a diferença entre um desequilíbrio provocado por facto da Administração e um desequilíbrio provocado por facto externo a ambas as partes. Em especial sobre a indemnização de imprevisão, J. PÉQUIGNOT, *Contenu...*, *cit.*, *loc. cit.*, pp. 41 segs.

²¹² J. PÉQUIGNOT, *Contenu...*, *cit.*, *loc. cit.*, p. 32.

²¹³ J. M. SÉRVULO CORREIA, *Contrato...*, *cit.*, p. 83. V. também J. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, III, São Paulo, 1967, p. 59.

²¹⁴ Para uma análise da emergência da teoria da imprevisão (além de em França), em Itália, na Alemanha e em Inglaterra, D. PAIVA BRANDÃO, *Considerações...*, *cit.*, pp. 192 segs.

²¹⁵ Cfr. MARCELLO CAETANO, *Manual...*, 2ª ed., *cit.*, pp. 517 (nota 1) e 518 (nota 1).

²¹⁶ MARCELLO CAETANO, *Manual...*, 2ª ed., *cit.*, p. 519; *idem*, *Tratado...*, *cit.*, p. 343 (onde escreve que a teoria da imprevisão tem subjacente um imperativo de “realização da Justiça através de mecanismos de livre composição dos interesses diferentes”). Reivindicando a teoria da imprevisão como princípio geral de Direito das Obrigações, L. CARVALHO FERNANDES, *A teoria...*, *cit.*, p. 81 (embora, a p. 232, refira que a imprevisão tem aplicação também no Direito Administrativo, gozando do mesmo fundamento: a ideia de cooperação para a realização de interesses comuns que está subjacente ao serviço público. Já vimos, no entanto, que o serviço público não está presente em todos os contratos administrativos – sem embargo, a qualquer contrato, está subjacente a lógica de cooperação que o Autor aponta como fundamento da teoria).

Contra este entendimento se perfilava D. PAIVA BRANDÃO (*Considerações...*, *cit.*, pp. 256, 257), afirmando que a teoria só era invocável quando uma lei expressamente a concretizasse.

²¹⁷ MARCELLO CAETANO, *Manual...*, 2ª ed., *cit.*, p. 517.

A crise económica, financeira e cambial dos últimos meses do ano de 1920 provocou uma acentuada subida do preço do ouro, que agravou penosamente a obrigação de prestação de caução de uma empresa concessionária da exploração de uma nova indústria de siderurgia. Tendo o Supremo Tribunal Administrativo recusado a qualificação de tal facto como motivo de força maior, o Primeiro-Ministro recusou a homologação do decreto, validando a invocação da requerente e admitindo a prorrogação do prazo de liquidação da caução²¹⁸.

Já o pedido de (terceira) prorrogação do prazo de montagem de uma fábrica de aproveitamento de matérias tartáricas, concedida em 1945 e sucessivamente atrasada devido à crise subsequente à II Guerra, baseado em força maior, foi indeferido pela Administração, tendo sido afastada pelo STA a invocação de tal causa: “(...) relativamente à crise económica consequência da guerra não é o facto de a sua prestação resultar mais onerosa que torna impossível a execução do compromisso assumido, tanto mais que nem sequer imprevisível poderia considerar-se, pois apresentara o seu pedido de licença já em altura adiantada do período da guerra”²¹⁹. Nem tão-pouco a insuficiência de capital de uma empresa concessionária para construir as infra-estruturas de aproveitamento hidroeléctrico de rios²²⁰, ou o aumento de salários por acto legislativo que onera drasticamente as obrigações do empreiteiro de obra pública²²¹, mereceram do STA a qualificação de “caso de força maior”.

Quanto à teoria da imprevisão, ela não teve melhor sorte junto dos juízes do STA. Depois de ter sido mal aplicada no aresto de 1939, a que já se fez referência *supra*²²², o mesmo Tribunal nega surpreendentemente a sua valência a título de princípio geral em Acórdão de 1958²²³. E em 1969 recusa a sua aplicação num caso de prejuízos para um contrato de empreitada de obra pública de construção de uma barragem advenientes de uma cheia (por tal causa não estar incluída no caderno de encargos, devendo considerar-se integrada nos riscos do contrato), obtemperando que “só a *modificação das condições económicas*, sobrevinda no decurso da execução do contrato, e que torne a execução deste incomportável para o particular interessado, tem sido considerada factor relevante para a revisão dos preços, ou a atribuição de indemnizações, atinentes a restabelecer o equilíbrio económico do contrato, afectado por aquela imprevisível alteração das condições económicas existentes à data da sua celebração. A ocorrência de caso de força

²¹⁸ Decreto do Primeiro-Ministro de 12 de Dezembro de 1921, in *Resoluções do STA*, nº 33 (1921), pp. 322 segs.

²¹⁹ Acórdão do STA de 14 de Abril de 1950, in *Col. Ac. STA*, 1950, pp. 262 segs, 266. Em sentido idênticamente restritivo, v. o Acórdão do STA de 7 de Julho de 1950, no mesmo volume, a pp. 454 segs.

²²⁰ Acórdão do STA de 3 de Julho de 1953, in *Col. Ac. STA*, 1953, pp. 499 segs.

²²¹ Acórdão do STA de 21 de Outubro de 1955, in *Col. Ac. STA*, 1955, pp. 759 segs (também publicado in *OD*, ano 91º (1959), pp. 56 segs, com nota de MARCELLO CAETANO a p. 63, que considera o facto de o Tribunal ter subtilmente afirmado que, embora não os julgue verificados, poderia estar-se perante pressupostos de facto imprevisto, uma “grande inovação”).

²²² Acórdão do STA de 2 de Junho de 1939, *cit.*, com comentário desfavorável de MARCELLO CAETANO, *cit.*.

²²³ Acórdão do STA de 21 de Março de 1958, in *Col. Ac. STA*, 1958, pp. 280 segs.

²²⁴ Acórdão do STA de 17 de Outubro de 1969, in *ApDG* de 10 de Novembro de 1971, pp. 937 segs. Esta afirmação é incorrecta pois, como vimos, o *Conseil d'État* aceitou a utilização da teoria da imprevisão (*rectius*: da “indemnização de imprevisão”) como medida cautelar tendente a evitar uma situação de força maior definitiva.

maior nunca foi considerada como determinante da aplicação daquela teoria”²²⁴.

Como nota CARVALHO FERNANDES, a aceitação clara da teoria da imprevisão pelos tribunais administrativos portugueses nunca ocorreu²²⁵, dando lugar a uma jurisprudência errática e pouco precisa, certamente receosa das consequências financeiras que, para a Administração, a aplicação dos pressupostos da imprevisão poderia implicar.

A doutrina civilista tentou demonstrar a utilidade da teoria – tanto mais que o seu berço fora o Direito privado –, mas enfrentava obstáculos positivos de vulto, dado que o Código Civil de 1867, inspirado no *Code Napoléon*, não acolhia o instituto da alteração das circunstâncias²²⁶. O argumento da continuidade do serviço, sustentáculo primeiro da consagração da teoria no Direito Administrativo, não seria mais que um subterfúgio para matizar a verdadeira questão subjacente à alteração das circunstâncias: a protecção da igualdade contratual, expressa no equilíbrio de interesses que governa o contrato – em França, como vimos, PÉQUIGNOT sustenta a aplicação da teoria da imprevisão a todos os contratos administrativos apelando à equidade; em Portugal, MARCELLO CAETANO seguiu a mesma via²²⁷.

ROCHA DE GOUVEIA concluía, assim, que “o princípio que justifica a Imprevisão nos contratos administrativos é também aplicável aos contratos de Direito Privado, pelo que, se o Direito Positivo a aceita quanto àqueles, deve também aceitá-la quanto a estes: não há uma justiça contratual civil e uma justiça contratual administrativa, mas uma única justiça comutativa, de que ambos aqueles ramos do Direito Contratual são filhos mercedores de igual afecto”²²⁸.

O Código Civil de 1966 veio concretizar este desígnio, acolhendo nos artigos 437º a 439º o regime do instituto da alteração das circunstâncias²²⁹. VAZ SERRA, em estudo para a reforma do Código Civil (de 1867), reconhecia que “a orientação moderna é favorável à resolução ou modificação dos contratos por alteração das

²²⁵ L. CARVALHO FERNANDES, *A teoria...*, *cit.*, pp. 237 segs. Falando de uma alternância premeditada entre sentenças favoráveis e desfavoráveis à teoria, D. PAIVA BRANDÃO, *Considerações...*, *cit.*, p. 261.

Para uma análise da jurisprudência civil posterior a 1974/75, A. MENEZES CORDEIRO, *Da alteração...*, *cit.*, pp. 72 segs.

²²⁶ Embora existissem disposições esparsas permeáveis à alteração da relação contratual por virtude da superveniência de determinados factos, tal não permitia inferir o acolhimento de um princípio geral – A. ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, Lisboa, 1958, p. 169.

²²⁷ MARCELLO CAETANO, *Manual...*, 2ª ed., *cit.*, p. 517. No Brasil, a doutrina também encontra na equidade o fundamento da teoria da imprevisão – NELSON BORGES, *Da cláusula «rebus sic stantibus» à teoria da imprevisão (Um estudo de Direito Comparado)*, Coimbra, 1988, pp. 144 segs.

²²⁸ A. ROCHA DE GOUVEIA, *Da teoria...*, *cit.*, p. 177. No mesmo sentido, RICARDO LOPES, *A imprevisão nas relações contratuais*, *in SJ*, nº 1, 1951, pp. 33 segs, *max.* 40; A. FREIRE DE BARROS, *A teoria...*, *cit.*, pp. 272 segs. Contra, negando a valência da cláusula *rebus sic stantibus* em face do princípio da imodificabilidade do contrato, I. GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, I, Coimbra, 1957, pp. 202 a 205.

D. PAIVA BRANDÃO (*Considerações...*, *cit.*, p. 236), embora negue a natureza de princípio geral de Direito Administrativo à teoria da imprevisão, afirma que “esta teoria tem fundadas raízes nos princípios da justiça e da equidade, que regem tanto o direito civil como o direito administrativo”.

²²⁹ Sobre os “modelos de decisão” do artigo 437º do Código Civil, A. MENEZES CORDEIRO, *Da alteração...*, *cit.*, pp. 77 segs.

²³⁰ A. VAZ SERRA, *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*, *in BMJ* (68), 1957, pp. 293 segs, 303.

circunstâncias”²³⁰. Esta teoria recupera, segundo o Autor, a *clausula rebus sic stantibus* romana e colhe directa inspiração na mais recente teoria da imprevisão, desenvolvida pela jurisprudência administrativa francesa, constituindo a sua consagração um imperativo de equidade e de justiça.

Condição essencial de aplicação do regime da alteração das circunstâncias é a superveniência de um *facto novo, impossível de antever* por qualquer das partes, usando da diligência normal, *à data da celebração do contrato*, cuja interpenetração com os pressupostos que serviram de base ao negócio torne o cumprimento deste *demasiado oneroso* ou mesmo *inexigível*, por não se tratar de um *risco compreendido dentro da álea contratual*. São, por isso, de excluir do âmbito da figura, quer os casos de erro sobre os pressupostos, quer as situações em que o *facto superveniente* se circunscreve ao “risco normal”²³¹. “As regras do risco delimitam negativamente a alteração das circunstâncias: onde elas disponham, há que aplicar o regime respectivo, em detrimento do disposto no artigo 437º/1. O risco implica sempre um dano causal: como tal, é anormal e imprevisível. A não ser assim, todo o regime do risco ficaria inutilizado, caindo-se na alteração das circunstâncias”²³².

Pode concluir-se, portanto, que vigora actualmente no ordenamento português um princípio geral de Direito traduzido na possibilidade de invocar a alteração de circunstâncias objectivas que estão na base de um contrato, civil ou administrativo, caso essas circunstâncias modifiquem de forma sensível o equilíbrio da relação inicialmente estabelecida e não se possam considerar compreendidos no quadro evolutivo previsto e previsível, com base nos dados disponíveis à data da celebração do

²³¹ A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa-fé...*, cit., pp. 1090 segs. V. também C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *La cláusula...*, cit., pp. 112 segs.

²³² A. MENEZES CORDEIRO, *Da alteração...*, cit., p. 43 (v. também pp. 69, 70).

²³³ PEDRO GONÇALVES (*O contrato administrativo. Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo*, Coimbra, 2003, pp. 128, 129) identifica o artigo 437º do Código Civil como base do direito de pedir a modificação ou a resolução do contrato administrativo, quer por alteração de circunstâncias, quer na sequência do exercício do poder de modificação unilateral de que resulte um desequilíbrio da justiça contratual. Com efeito, na ausência de regulação no CPA (no Capítulo III da Parte IV), é à lei civil que, paradoxalmente, o Direito Administrativo tem que ir buscar a solução para estes casos. Sublinhe-se, todavia, que tal reunião de dois fenómenos, de causas e consequências bem distintas, sob a égide do mesmo dispositivo, só por razões práticas se pode justificar, sendo recomendável que o legislador administrativo proceda à definição dos pressupostos de modificação e rescisão do contrato em caso de modificação unilateral e de imprevisão numa próxima revisão do CPA.

contrato²³³.

Só a *reboque* do Código Civil reconheceu o STA à imprevisão (*rectius*: alteração das circunstâncias) o estatuto de princípio geral de Direito, em Acórdão de 21 de Junho de 1994²³⁴. Tratava-se de um pedido de revisão de preços por parte de um empreiteiro que deparara com rocha dura que acarretaria aumento do custo da escavação – embora se tivesse comprometido, no contrato, a proceder a escavação “em terreno de qualquer natureza”. O STA desatendeu, bem, a alegação de facto imprevisão, argumentando que “A revisão do contrato para efeitos compensatórios só pode ser feita por razão de equidade quando ocorra uma alteração anormal e imprevisível, segundo as regras de prudência e de boa-fé, das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, de que resulte grave aumento dos encargos na execução da obra que não caiba nos riscos normais – artigo 175º do Decreto-Lei nº 235/86.

O ressarcimento do co-contratante nos termos desta disposição (...) tem correspondência com o princípio geral de direito civil da modificação do contrato por alteração das circunstâncias previsto no artigo 437º do Código Civil. É necessário que haja uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias, e que não se verifique apenas um erro acerca das circunstâncias existentes à data do contrato. E, por outro lado, exige-se que o aumento dos encargos afecte gravemente os princípios da boa fé contratual e não esteja coberto pelos riscos do negócio, como no caso de se tratar de um negócio por sua natureza aleatório”²³⁵.

Uma concretização deste princípio encontra-se claramente consagrada no artigo 198º do DL 59/99, de 2 de Março (Regime jurídico das empreitadas de obras públicas), sob a epígrafe “Alteração das circunstâncias”. A norma dispõe o seguinte: “Quando as circunstâncias em que as partes hajam fundado a decisão de contratar sofram alteração anormal e imprevisível, de que resulte grave aumento de encargos na execução da obra que não caiba nos riscos normais, o empreiteiro terá direito à revisão do contrato para o efeito de, conforme a equidade, ser compensado do aumento dos encargos efectivamente sofridos ou se proceder à actualização dos preços”.

Cumpra observar que esta actualização dos preços deve revestir uma brusquidão e anormalidade tais que a subtraíam ao disposto no artigo seguinte (artigo 199º, sob a epígrafe “Revisão de preços”), especialmente destinado a reger a indexação dos preços aos indicadores económicos, a fim de não penalizar o contratante privado pelas oscilações induzidas pela inflação. Este fenómeno, que deixou de ser um factor surpresa decorrente da eclosão de guerras ou catástrofes naturais, é hoje objecto de previsão expressa “como um direito de interesse e ordem pública, concedido com a finalidade de evitar a fuga de proponentes nos concursos tendentes à celebração de

²³⁴ Acórdão do STA de 21 de Junho de 1994, *in*ApDR de 31 de Dezembro de 1996, pp. 4975 segs.

²³⁵ Acórdão do STA de 21 de Junho de 1994, *cit.*, p. 4981. De forma algo surpreendente, num contrato de empreitada de obras públicas no qual o empreiteiro se comprometeu a realizar a obra “em todo o tipo de terreno”, o STA aceitou que a superveniência de um aspecto geotécnico imprevisível e imprevisível, mesmo por especialistas, era fundamento do pedido de indemnização de imprevisão – Acórdão do STA de 19 de Fevereiro de 2003, proc. 01031/02.

²³⁶ D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, II, *cit.*, p. 640.

contratos administrativos”²³⁶. Não há aqui, pois e salvo o devido respeito pela opinião de FREITAS DO AMARAL, qualquer manifestação de uma “versão ampliada da teoria da imprevisão”²³⁷, mas sim a *normalização* de uma figura que, tendo embora nascido ligada a ela, entrou no âmbito da previsibilidade por força da evolução da conjuntura económica geral²³⁸.

O DL 59/99, de 2 de Março, alude ainda à força maior, no artigo 195º, enquanto fruto de eventos externos à vontade do devedor, imprevisíveis e inevitáveis — guerra, epidemias, sismos, greves. A invocação da força maior exonera o empreiteiro da responsabilidade por falta, deficiência ou atraso na execução do contrato (artigo 195º/1), desde que, no prazo de oito dias seguintes ao conhecimento do evento (reservados os casos a que alude o nº 6 do artigo 197º), apresente requerimento ao dono da obra no sentido de este proceder ao apuramento dos factos e à determinação dos efeitos — artigo 197º/1. Na sequência da elaboração do auto de fiscalização, o empreiteiro deverá expor as suas pretensões indemnizatórias, discriminando os danos a reparar e o montante destes, se possível (artigo 197º/3).

3. A revisão do acto autorizativo emitido num quadro de incerteza

A estabilidade do acto administrativo, tão prezada na época liberal, entra em crise com o intervencionismo económico e colapsa definitivamente com a consciencialização do fenómeno do risco tecnológico, *maxime* em domínios como a saúde pública, a biotecnologia, o ambiente. A realidade mutante que serve de base à emissão de actos, à elaboração de regulamentos, à celebração de contratos, força a despedida do mito da intangibilidade, ficando tais actos permeáveis à alteração dos pressupostos de facto nos quais a sua conformação administrativa assentou. A um princípio de intangibilidade do acto administrativo opõe-se agora — pelo menos em cenários eivados de incerteza — um princípio de actualização²³⁹.

Este é, de resto, um sinal já registado no plano do Direito Internacional convencional e claramente comprovado pelo Tribunal Internacional de Justiça no caso *Gabcikovo-Nagymaros* (1997)²⁴⁰. Neste caso, perante os riscos suspeitados de continuação da construção da barragem no rio Danúbio, o Tribunal determinou a neces-

²³⁷ D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, II, *cit.*, p. 640. Sublinhe-se que o legislador teve mesmo a preocupação de distinguir terminologicamente as figuras: “actualização” e “revisão”.

²³⁸ A *normalização* chega ao ponto de se considerar nulo o contrato que não incluía a fórmula de revisão — D. FREITAS DO AMARAL, *Curso...*, II, *cit.*, p. 641, nota 1259.

²³⁹ Neste sentido, especialmente no domínio do ambiente, B. JADOT, *Ordre publique...*, *cit.*, p. 31.

²⁴⁰ Observe-se que a Convenção de Viena prevê, no artigo 62, a possibilidade de alteração de um tratado por alteração de circunstâncias (e no artigo 63 por superveniência de norma de *ius cogens*). No entanto, o respeito pelo princípio *pacta sunt servanda* (equivalente internacional ao princípio da intangibilidade do contrato) faz com que, quer os autores, quer a jurisprudência usem de extrema cautela na aferição dos pressupostos da cláusula *rebus sic stantibus* — cfr. A. WIJFELLS, *La validité rebus sic stantibus des conventions: quelques étapes du développement historique (Moyen-Âge — temps modernes)*, in *Temps et Droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer?*, coord. de F. Ost e M. Van Hoecke, Bruxelas, 1998, pp. 247 segs, 270.

sidade de interpretar o conteúdo do Tratado de 1977, que regulara as obrigações da Hungria e da Checoslováquia, em atenção às “novas exigências do Direito Internacional relativas à protecção do ambiente”. As cláusulas que previam o desenvolvimento de determinadas acções de controlo de qualidade das águas do Danúbio deveriam ser objecto de uma interpretação evolutiva, uma vez que “o tratado não é um instrumento rígido e é susceptível de se adaptar às novas normas do Direito Internacional”. O princípio da prevenção, que o Tribunal considerou decisivo para a protecção ambiental internacional, parte da constatação de que “o ambiente é vulnerável” e está na base do reconhecimento “de que é preciso proceder a uma avaliação contínua dos riscos tecnológicos” (consid. 112).

O Direito Comunitário, como sabemos, não hesita em estabelecer regras de adaptabilidade da autorização em domínios como o da comercialização de OGMs ou da concessão da licença de controlo integrado da poluição. A introdução dos n.ºs 3 e 5 no artigo 95 do Tratado de Roma, na revisão dos tratados levada a cabo em 1998 [cfr. Parte II, Cap. I, 3.2.2.1., a), iv.)], teve como motivo determinante a necessidade de tornar as directivas emitidas em domínios de risco elevado permeáveis à contínua evolução tecnológica. A prevenção, na vertente alargada de antecipação de riscos, impõe uma protecção dinâmica que só a susceptibilidade de adaptação de regulações subitamente incapazes de fazer face à superveniência de novos riscos ou novas modalidades de riscos já conhecidos, permite.

A jurisprudência comunitária deu, aliás, um passo arrojado no capítulo da modificabilidade dos actos administrativos com o Acórdão *Kühne & Heitz*²⁴¹. Neste aresto, resultado de um processo de reenvio prejudicial interpretativo, o Tribunal de Justiça afirmou a obrigação de revogação de um acto administrativo que já fora objecto de um controlo jurisdicional de validade e saíra incólume deste. O artigo 10 do Tratado de Roma, onde assenta o princípio da solidariedade comunitária, implica que, com vista à aplicação uniforme do Direito Comunitário, um órgão administrativo deva revogar um acto que fez errada aplicação da legislação comunitária, ainda que um tribunal tenha confirmado a sua validade (com base num juízo erróneo sobre o sentido das normas dos regulamentos aplicáveis). Sem embargo de o Direito Comunitário acolher o princípio da segurança jurídica como um dos pilares da “União de Direito”, o princípio da uniformidade pode, em certas circunstâncias, obrigar as autoridades administrativas a reverem as suas decisões, mesmo que, à luz do ordenamento nacional, o não possam (ou já o não possam) fazer²⁴².

No Direito Administrativo, além da “conaturalidade” da cláusula *rebus sic stantibus* à figura do contrato²⁴³, possibilitando a sua modificação na sequência de alterações imprevistas, a instabilidade sente-se também no domínio regulamentar, nomeadamente em sede de planeamento territorial. Os procedimentos de alteração

²⁴¹ Acórdão do TJCE de 17 de Junho de 2003, C-453/00, *in Col.* I-858 segs.

²⁴² V. sobre esta jurisprudência, FAUSTO DE QUADROS, *A europeização do contencioso administrativo*, *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, I, Lisboa, 2006, pp. 385 segs, 397 segs.

²⁴³ S. CIVITARESE MATTEUCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Turim, 1997, p. 158.

²⁴⁴ Neste sentido, J. L. MEILÁN GIL, *La dimensión temporal de la planificación urbanística*, *in SJ*, n.ºs 253/255, 1995, pp. 43 segs, 57 segs; JOÃO MIRANDA, *A dinâmica...*, *cit.*, pp. 209 segs (esp. p. 210, nota 517).

e revisão de planos previstos na legislação urbanística são exemplo do dinamismo inerente ao exercício do poder regulamentar²⁴⁴. A necessidade de constantemente actualizar a composição de interesses públicos em presença (Estado, municípios e proprietários), por um lado, e a intensa permeabilidade sócio-económica dos planos de ordenamento territorial, por outro lado, explicam o desapego à fixidez de um quadro imutável e a adesão a uma lógica de mutabilidade – se bem que fortemente limitada pelo respeito da tutela da confiança²⁴⁵, sob a forma do princípio da garantia do existente²⁴⁶.

O acto constitui, assim, o último bastião de resistência à necessidade adaptativa da actuação administrativa a novas circunstâncias. Conforme se diagnosticou *supra* – na sequência, aliás, de mais qualificadas manifestações doutrinárias –, o regime da revogação do acto administrativo, que presentemente encontra abrigo nos artigos 140º e 141º do CPA, constitui um obstáculo de monta ao objectivo de adaptação do acto autorizativo – “acto constitutivo de direitos” por excelência – às novas circunstâncias de risco eventualmente surgidas após a sua emissão, ou às novas tecnologias disponibilizadas para fazer face a riscos já conhecidos e mais eficazes na sua minimização.

Sendo certo que alguns diplomas sectoriais já contêm uma cláusula implícita de avaliação e gestão do risco, incorporada na fórmula das “melhores técnicas disponíveis”, haverá situações em que a ignorância sobre as manifestações de um determinado risco tornam imperativa a aceitação de uma figura como a “revisão” do conteúdo regulatório do acto autorizativo de modo a torná-lo capaz de assegurar (mais) eficazmente a gestão do risco. A recentíssima aprovação da Lei da Água (Lei 58/2005, de 29 de Dezembro) veio precisamente introduzir tal figura, relacionando-a directamente com a alteração das circunstâncias. O artigo 67º/3/a) não deixa margem para dúvidas, dispondo que “A licença pode ser revista em termos temporários ou definitivos pela autoridade que a concede: a) No caso de se verificar alteração das circunstâncias de facto existentes à data da sua emissão e determinantes desta, nomeadamente a degradação das condições do meio hídrico”.

Repare-se que não se trata aqui de alargar o poder de modificação unilateral aos

²⁴⁵ Cfr. JOÃO MIRANDA, *A dinâmica...*, *cit.*, pp. 351 segs.

²⁴⁶ Como escreve F. PAULA OLIVEIRA, a garantia do existente “não significa que não possam as novas regras urbanísticas, *por opção própria*, aplicar-se a situações jurídicas já consolidadas aquando da sua entrada em vigor. É, precisamente, esta possibilidade que consta, designadamente, na previsão legal de os planos municipais determinarem a «caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido» (artigo 143º do RJIGT). Contudo, como não podia deixar de ser, em nome dos referidos princípios da protecção da confiança e dos direitos adquiridos (subprincípios do princípio do Estado de Direito Democrático), quando tal aconteça, os proprietários afectados terão de ser devidamente indemnizados por se traduzirem aquelas opções em verdadeiras expropriações de sacrifício” – **Quem dá, pode voltar a tirar...? Novas regras de ordenamento e direitos adquiridos, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Novembro de 2004**, in *CEDOUA*, 2004/1, pp. 141 segs, 159. V. também F. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, I, 2ª ed., Coimbra, 2004, pp. 141, 142.

²⁴⁷ À qual, aliás, parece aludir a alínea b) do nº 3 do artigo 67º da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, ao apresentar como fundamento de revisão a necessidade de alteração das condições da licença “para que os objectivos ambientais fixados possam ser alcançados nos prazos legais”.

actos autorizativos – hipótese que, sem embargo, não nos repugna²⁴⁷. Este instituto, com consagração expressa no Capítulo III da Parte IV do CPA (dedicado ao contrato administrativo), tem um âmbito de aplicação diverso do da “revisão”, uma vez que, como se observou no ponto anterior, visa conferir à Administração uma faculdade predominantemente discricionária de modificação do contrato, de acordo com uma releitura do quadro dos interesses públicos em jogo e da melhor forma de os prosseguir. Ou seja, assenta em pressupostos subjectivos, ao contrário da “revisão” por nós proposta, que opera na base de uma alteração dos pressupostos objectivos do acto ou da actualização do juízo científico incidente sobre estes.

A competência de revisão tem o seu paralelo, não no poder de modificação unilateral, mas antes na teoria da imprevisão, que o Código Civil, encorajado pelo Direito Administrativo, despertou de um sono de séculos e fez ascender à categoria de princípio geral de Direito, no artigo 437^{o248-249}. Mesmo que se circunscreva a valência da figura ao domínio contratual, por força da ideia de reposição do equilíbrio negocial que lhe é inerente, a equivalência formal entre acto e contrato faria dissolver tal barreira, sobretudo no domínio dos actos autorizativos ambientais, os quais revelam um conteúdo materialmente contratual²⁵⁰ na medida em que concretizam, através de cláusulas modais, deveres de protecção do ambiente.

3.1. A equivalência entre as formas do acto e do contrato

“Contratar é ainda administrar”, afirmou BRÉCHON-MOULÈNES²⁵¹, em glosa à fórmula emergente da revolução francesa “juger l’Administration c’est encore administrer”. Contratar, acrescentar-se-ia, é a melhor forma de administrar, na me-

²⁴⁸ Esta inserção corresponde a uma tendência verificada também no plano comparado, que recentemente levou o legislador alemão a consagrar a figura no Código Civil alemão, por ocasião da revisão que sofreu de 2001, bem como no âmbito da harmonização dos princípios de Direito dos Contratos ao nível europeu (Principles of European contract law), elaborados pela Comissão para o Direito Contratual europeu em 2000. Nos termos destes Principles, o artigo 6:111 prevê a alteração das circunstâncias como técnica de modificação do contrato (nº 2), avançando o juiz para a resolução ou adaptação segundo a equidade e a justiça, no caso de falta de acordo entre as partes (nº 3) – cfr. L. P. SAN MIGUEL PRADERA, *La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea*, in ADC, 2002/III, pp. 115 segs, passim. 248 Deve recordar-se também a importância do *jus variandi* no âmbito do Direito do Trabalho, o qual permite ao empregador modificar o tempo, lugar e modo da prestação laboral – L. MIGUEL MONTEIRO, *Da vontade contratual na configuração da prestação de trabalho*, in RDES, 1990/1-4, pp. 283 segs, 316 segs. No âmbito da Função Pública, veja-se ANA NEVES, *A mobilidade funcional na Função Pública*, Lisboa, 2003, pp. 65 segs.

²⁴⁹ Deve recordar-se também a importância do *jus variandi* no âmbito do Direito do Trabalho, o qual permite ao empregador modificar o tempo, lugar e modo da prestação laboral – L. MIGUEL MONTEIRO, *Da vontade contratual na configuração da prestação de trabalho*, in RDES, 1990/1-4, pp. 283 segs, 316 segs. No âmbito da Função Pública, veja-se ANA NEVES, *A mobilidade funcional na Função Pública*, Lisboa, 2003, pp. 65 segs.

²⁵⁰ Cfr. P. LIVET, *L’autorisation...*, cit., p. 268; J. M. SÉRVULO CORREIA, *Legalidade...*, cit., pp. 739 segs.

²⁵¹ C. BRÉCHON-MOULÈNES, *Liberté contractuelle des personnes publiques*, in AJDA, 1998/9, pp. 643 segs, 647.

²⁵² Sobre a evolução do recurso às técnicas consensuais, Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l’acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d’acte mixte en Droit Public français*, Paris, 1971, pp. 13 segs.

dida em que associa vontades convergentes, otimizando o processo de realização do interesse público²⁵². A percepção das vantagens da contratualização da relação jurídica administrativa (maior legitimação; melhor aceitação; menor litigiosidade) levou o legislador a incorporar no CPA uma norma que permite à Administração, com a anuência do interessado, substituir o acto pelo contrato (artigo 179º/1 do CPA). Ultrapassado o período de *clausura* do contrato administrativo num elenco taxativo, este surge agora como instrumento aberto à pluriformidade da actuação administrativa, quer no plano intra-procedimental (limitando a liberdade de estipulação do acto final), quer no plano da definição da relação jurídica²⁵³.

Esta possibilidade não dispensa, no entanto, a observância de um limite genérico de conformidade do contrato (com objecto passível de acto administrativo²⁵⁴) com a lei, e de limites específicos de proporcionalidade a aferir em função da situação concreta. Como refere PEDRO GONÇALVES, por um lado, o mecanismo de substituição não pode acobertar hipóteses de fraude à lei, fornecendo à Administração um expediente de imposição de vinculações inadmissíveis²⁵⁵. Por outro lado, o nº 2 do artigo 179º estipula que a entidade pública contratante “não pode exigir prestações contratuais desproporcionadas ou que não tenham uma relação directa com o objecto do contrato”. A discricionariedade administrativa fica, desta feita, duplamente limitada, quer pela vinculação ao fim, quer pelo imperativo de equilíbrio dos deveres impostos ao particular, limitação esta que encontra paralelo no já várias vezes referido artigo 121º do CPA, no âmbito da competência de aposição de cláusulas acessórias²⁵⁶.

A aproximação material entre um contrato e um acto autorizativo ao qual foram apostas cláusulas modais²⁵⁷ encontra agora cobertura formal no mecanismo de substituição acolhido pelo CPA. Facto que torna tanto mais urgente a harmonização entre os regimes de ambas as figuras, nomeadamente no que tange à modificação (e abrogação) do acto, quer por razões subjectivas, quer por razões objectivas. “Sendo a situação criada pelo contrato administrativo uma situação contínua que se desenvolve ao longo do tempo e que deve estar sempre condicionada à prossecução do interesse público, não é admissível atar as mãos da Administração e impor-lhe que assista passivamente, sem poder intervir, a uma evolução imprevista, em que a situação criada prejudique o próprio interesse geral”²⁵⁸.

Dispondo a lei no sentido da equiparação entre as formas, imperioso se torna que assegure as condições de equiparação entre os efeitos²⁵⁹. O princípio da igualda-

²⁵³ Para mais desenvolvimentos, v. B. DINIZ DE AYALA, *Considérations...*, *cit.*, pp. 426 segs. V. também, sobre estas duas modalidades de contratualização no procedimento administrativo italiano sob a égide da lei 241/1990, F. CASTIELLO, *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *DPA*, 1993/1, pp. 124 segs, 133 segs; S. CIVITARESE MATTEUCI, *Contributo...*, *cit.*, pp. 175 segs.

²⁵⁴ Sobre esta modalidade de contratos, desenvolvidamente, M. PÂQUES, *De l'acte...*, *cit.*, pp. 354 segs.

²⁵⁵ PEDRO GONÇALVES, *O contrato...*, *cit.*, p. 97.

²⁵⁶ Frisando igualmente este paralelo, PEDRO GONÇALVES, *O contrato...*, *cit.*, p. 98.

²⁵⁷ Considerando a técnica da autorização condicionada como “concorrente” da técnica contratual, A. DE LAUBADÈRE, *Administration et contrat* (1967), in *Pages de doctrine*, II, s/ local, 1980, pp. 239 segs, 245.

²⁵⁸ J. ROBIN DE ANDRADE, *Revogação administrativa...*, *cit.*, p. 41.

²⁵⁹ Sobre a questão da “igualdade de acesso ao contrato”, M. PÂQUES, *De l'acte...*, *cit.*, pp. 403 segs

de fica posto em causa, na medida em que duas situações de partida perfeitamente idênticas podem tornar-se radicalmente diferentes à chegada – mutabilidade da relação contratual/imutabilidade da relação conformada por acto unilateral –, com todas as consequências prejudiciais, de incidência privada mas também pública, que tal desigualdade acarreta. A manutenção da desarticulação entre os regimes de mutação do acto e do contrato plasmada no CPA contribui para instalar a aleatoriedade no plano da promoção e salvaguarda dos interesses públicos e para refrear, em última análise e paradoxalmente, o recurso à figura do contrato²⁶⁰ – facto que, além de tudo o resto, bule com uma dimensão da democracia participativa.

A aceitação do instituto da alteração das circunstâncias como fundamento de modificação do acto autorizativo traduz, ao cabo e ao resto, a afirmação de um “tempo dialéctico”²⁶¹, de uma continuidade entre o passado, o presente e o futuro da regulação da relação jurídica administrativa em ordem à satisfação de necessidades públicas reais e concretas através da realização de iniciativas particulares, num quadro de colaboração que se pretende o mais *confiável* possível, a bem do interesse geral.

“O direito de «revocabilidade ou alterabilidade» das decisões administrativas é expressão clara do princípio da *actualidade* do interesse público: a satisfação óptima tem de ser à medida e à duração estrita da necessidade tal como esta se configura através do tempo e das circunstâncias”²⁶². No silêncio da lei sobre o problema da alteração dos pressupostos de facto do acto administrativo, julgamos que a consagração da teoria da imprevisão como princípio geral de Direito no Código Civil, aliada à equivalência formal entre acto e contrato estabelecida no CPA, possibilita o apelo a um mecanismo de revisão do acto modal (materialmente contratual, portanto) fundado na superveniência de factores de risco desconhecidos à data da modelação inicial da relação autorizativa, bem como na disponibilização de novas técnicas de minimização de riscos já conhecidos.

3.2. A teoria da imprevisão aplicada a actos autorizativos ambientais

A incerteza que envolve a conformação de um acto autorizativo com incidências ambientais (e não só) é substancialmente “domesticada”, quer do ponto de vista procedimental, quer do ponto de vista substancial, através da regulação legislativa do *iter* ponderativo que a Administração há-de desenvolver. Veja-se, a título de exemplo, a solução consagrada no artigo 14º/2 do RLA, de “actualização” da licença ambiental em razão da alteração das condições de exploração, caso a Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional territorialmente competente considere que o relevo das mudanças o exige. Ou, no mesmo diploma, as situações a que alude o artigo 16º/3, na qual se prevê a possibilidade de uma antecipação, promovida

²⁶⁰ M. PÂQUES, *De l’acte...*, *cit.*, p. 239.

²⁶¹ A expressão é de M. VAN HOECKE, *Time & Law: Is it the nature of law to last? A conclusion*, in *Time & Law: Is it the nature of law to last?*, coord. de F. Ost e M. Van Hoecke, Bruxelas, 2000, pp. 451 segs, 466 segs.

²⁶² ORLANDO DE CARVALHO, *Contrato administrativo...*, *cit.*, p. 224.

pela entidade coordenadora do licenciamento e sob comunicação da Comissão de Coordenação e Desenvolvimento Regional, do termo final a que está sujeita a licença [nos termos do artigo 10º/2/g)], tendente à revisão desta em razão de um aumento significativo dos valores limite que estabelece – al. a) –, bem como da superveniência de “alterações significativas das melhores técnicas disponíveis” que permitam “uma redução considerável das emissões, sem impor encargos excessivos” – al. b)²⁶³. A alínea d) aplica-se aos casos de alterações legislativas – supõe-se que subsidiariamente, ou seja, apenas na hipótese de o próprio diploma não dispor especificamente sobre os seus efeitos no que tange às licenças em vigor²⁶⁴.

Especialmente elucidativo é o já referido artigo 67º/3/a) da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, que prevê expressamente o instituto da revisão, temporária ou definitiva, em virtude da superveniência de novas circunstâncias. O legislador abre, de resto, a porta a ambas as “modalidades” de alteração das circunstâncias, na medida em que admite, quer a transformação do conteúdo regulatório do acto – revisão modificativa –, quer a remoção do título de utilização, quando não seja possível a revisão – revisão extintiva (cfr. o artigo 69º/6, *in fine*).

Apelando a um paralelo com a legislação alemã, GOMES CANOTILHO enuncia os argumentos justificativos deste fenómeno de actualização do conteúdo do acto autorizativo: “necessidade de uma adaptação permanente a novas circunstâncias, exigência da prevenção de perigos só revelados depois da entrada em funcionamento do estabelecimento, dever de tomada em consideração dos conhecimentos incessantemente renovados da ciência e da técnica. Neste sentido, ao acto autorizativo é retirada alguma dimensão de estabilidade a favor de um carácter procedimental dinâmico. Sem se aniquilarem os princípios de segurança e confiança, perturba-se, porém, a visão de alguns actos constitutivos – actos autorizativos e actos concessórios – como actos definitivamente constitutivos de direitos subjectivos”²⁶⁵.

Há situações, contudo, em que a ausência de conhecimento dos factores de risco pelo legislador, quando da emissão da norma habilitativa, torna a tarefa administrativa mais difícil, quando emerge a suspeita de lesão. Nestas hipóteses, já se disse, a necessidade de respeito pela reserva de lei restritiva não permite, à partida,

²⁶³ Cumpre observar, todavia – na linha, aliás, do que já se disse no Cap. II da Parte II, 2.2.1. – que a possibilidade de actualização do acto em razão de circunstâncias supervenientes não é propriamente uma novidade, na medida em que, já no princípio do século XX as “licenças precárias” concedidas pela Administração aos estabelecimentos incómodos, tóxicos e insalubres, se pautavam pela adaptabilidade. Como se afirmou, por exemplo, no Acórdão do STA de 10 de Janeiro de 1969 (*in ApDG* de 2 de Junho de 1971, pp. 12 segs), o “Regulamento [de Instalação e Laboração dos Estabelecimentos Industriais] de 1966, à semelhança do de 1922, permite, especialmente, a imposição, «em qualquer altura», de «novas providências tendentes a eliminar os inconvenientes que posteriormente se tenham verificado ou a adopção de novos processos de protecção dos trabalhadores ou das zonas circundantes da instalação» (artigo 15º)” (p. 17).

²⁶⁴ Omitimos a referência à alínea c) do artigo 16º/3 na medida em que, salvo melhor reflexão, nos parece prever uma hipótese de reforma da licença e não propriamente de revisão por alteração das circunstâncias. Isto porque julgamos que o legislador teve em mente, como móbil da disposição, os casos em que, depois de iniciado o funcionamento, se percebe que, afinal, as regras de segurança estabelecidas não são suficientes, ou que a exploração requer outras técnicas – isto sem que tenha havido nenhuma alteração, mas tão só a tomada de consciência cabal do quadro de circunstâncias de partida.

²⁶⁵ J. J. GOMES CANOTILHO, *Actos autorizativos...*, *cit.*, p. 41.

a conformação de deveres de protecção do ambiente através de cláusulas modais, embora o imperativo de salvaguarda deste bem jurídico – assim como de outros que possam estar em causa, como a saúde – admita a aposição de condições resolutivas, precarizando a autorização em nome de um princípio de antecipação de riscos.

O problema da modificação do acto autorizativo – e, bem entendido, descarta das situações de previsão legal, expressa ou implícita, desta competência administrativa – coloca-se também e sobretudo quando a Administração, conhecendo o risco e gozando, no âmbito da margem de livre decisão concedida pela norma habilitante, de competência para apôr cláusulas modais que concretizem os deveres necessários e suficientes à protecção dos bens ambientais em face do risco conhecido, se vê forçada a rever o conteúdo de tais cláusulas, quando confrontada, ou com a superveniência de novos riscos associados, ou com diferentes modalidades de manifestação do risco conhecido, ou com novas técnicas de minimização deste.

Trata-se, assim, de introduzir modificações no conteúdo do acto autorizativo por força da superveniência de novas circunstâncias. Pensamos, desde logo, na modificação dos pressupostos de facto, mas não é de afastar a possibilidade de sobrevirem alterações incidentes sobre os pressupostos de direito (normalmente, na sequência da tomada de consciência do legislador relativamente às primeiras)²⁶⁶.

Nesta segunda situação, o problema, embora se possa colocar, é de solução tendencialmente mais simples (e propende para a redução das alternativas à extinção). Isto porque a entrada em vigor de nova legislação sobre um determinado risco e sua gestão é normalmente acompanhada de disposições transitórias aplicáveis às actividades em curso, autorizadas ao abrigo de normas menos exigentes²⁶⁷. Daí que, no final do período estipulado para proceder à adaptação aos novos padrões, a Administração se deva limitar, ou a emitir novas autorizações relativamente às actividades com funcionamento reformulado, ou a rever extintivamente as autorizações cujo arcaísmo em face da nova legislação as condena ao desaparecimento, com efeitos *ex nunc*.

A questão que se nos coloca é, assim, a de saber como enquadrar a alteração das circunstâncias de facto de um acto autorizativo ambiental à luz do regime da revogação do acto administrativo previsto no CPA, única figura que regulamenta, com algum detalhe, a competência administrativa de fazer cessar os efeitos de um determinado acto – sendo certo que a estreiteza do regime nos impede de ancorar a possibilidade de aposição de reservas de modo directa e exclusivamente no artigo 121º do CPA²⁶⁸. Como se adiantou, afigura-se-nos relevante introduzir uma nova figura

²⁶⁶ Distinguindo, como fundamentos de “abrogation” de um acto autorizativo entre “motifs de droit” e “motifs de fait”, P. LIVET, *L'autorisation...*, *cit.*, pp. 288 segs.

²⁶⁷ Embora se possa perfilar uma outra hipótese, de incidência indirecta de mecanismos de natureza normativa no conteúdo dos actos autorizativos, nomeadamente de planos. A esta situação alude a alínea c) do nº 3 do artigo 67º da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, apontando para a necessidade (dever) de revisão de licenças que se tenham tornado desconformes com instrumentos de gestão territorial e de gestão da bacia hidrográfica.

²⁶⁸ “A reserva de modo – explica ROGÉRIO SOARES – permite à Administração adaptar o acto à mudança das situações de facto, sem incorrer na necessidade de indemnizar o particular. Assim fica em condições de ir introduzindo modos supervenientes, ou modificar os existentes” – *Direito Administrativo*, *cit.*, pp. 294, 295.

destinada à resolução deste problema, na medida em que, nem a revogação anulatória, nem a revogação abrogatória parecem adequar-se à modificação ou extinção de um acto por superveniência de factores objectivos que ponham em causa a sua subsistência. A primeira, porque não está manifestamente pensada para pôr cobro a invalidades supervenientes; a segunda, porque deixaria na mão da Administração a apreciação da oportunidade de uma modificação ou extinção de constatação tendencialmente vinculada.

Chamar à colação a teoria da imprevisão – ou, pelo menos, os fundamentos em que se baseia – constitui, neste quadro, uma inevitabilidade. É essa, de resto, a via escolhida pela jurisprudência francesa, no que toca à revogação de regulamentos [cfr. *supra*, 1.1. i)] e, na doutrina, há quem expressamente defenda a sua aplicação relativamente à modificação de actos administrativos²⁶⁹. A dinâmica dos factos da vida não pode suscitar da parte da Administração uma reacção de alheamento, mas antes uma tomada de posição enérgica no sentido da actualização dos pressupostos de actuação dos particulares, mormente quando as actividades que estes desenvolvem estão fortemente condicionadas pelo cumprimento de deveres de ordem pública, sob a égide do poder fiscalizador da Administração em atenção à prevenção de riscos para bens de interesse simultaneamente público e colectivo.

Antes de “instalarmos” a competência de revisão dos actos autorizativos sob a égide do instituto da alteração das circunstâncias, forjando assim uma terceira via no contexto do CPA (embora as restantes não se achem perfeitamente delineadas – mas sobre isso já se escreveu) convém explicar, ainda que brevemente, por que razão estas hipóteses não obtêm resolução satisfatória, nem através da caducidade, nem através do artigo 141º/1 do CPA – onde se sedia a figura da revogação anulatória.

3.2.1. A insuficiência da caducidade

A caducidade é um instituto que o CPA não regula especificamente, apenas lhe dedicando uma pontual alusão, no artigo 139º/1/a) e 2. A ausência de regulação mais detalhada deve-se, porventura, à *deriva significativa* que a figura tem sofrido no Direito Administrativo. Como aponta FERNANDA MAÇÃS, num estudo dedicado ao tema, “no seu sentido tradicional e típico, a caducidade relativa à perda ou cessação de direitos temporais ou a termo, por efeito da verificação desse termo visa, tal como no direito civil, garantir a certeza ou a estabilidade de uma situação, independentemente das causas do não exercício do direito.

“Mas outras vezes a caducidade tem em vista reprimir uma negligência objectiva na utilização de certas vantagens, situação em que não se poderá deixar de ter em conta o contexto e a causa do não exercício.

“A caducidade aparece ainda associada a um comportamento do titular do direi-

²⁶⁹ “La prévisibilité de l’évolution dans le temps des situations juridiques est une question qui ne s’épuise pas en matière de contrats, elle répercute une problématique générale en droit et peut trouver application même en matière de régime des actes administratifs unilatéraux” – C. YANNAKOPOULOS, *La notion...*, *cit.*, p. 530 (v. também pp. 536 segs). No mesmo sentido, P. AUVRET, *La notion...*, *cit.*, p. 100.

to que a lei permite configurar como um dever. Alguma doutrina fala, neste caso, em sanção por incumprimento.

“A caducidade apresenta-se, deste modo, como figura ainda mais complexa do que no direito civil, em face da diversidade ou atipicidade das suas manifestações concretas, o que acarreta dificuldades quanto à sua inserção dogmática, natureza e caracterização do regime jurídico”²⁷⁰.

Julgamos que o sentido mais puro do instituto da caducidade se prende com um princípio geral de Direito que poderíamos designar por *princípio da correspondência* entre a previsão normativa (legal ou contratual; unilateral ou bilateral) e a realidade factual à qual visa aplicar-se. O que está em causa é a *utilidade da norma* com vista à conformação da situação de facto que necessita de regulação. Esta perspectiva corresponde, em parte, à noção de caducidade preclusiva – caducidade em sentido estrito ou “caducidade planificada”²⁷¹ –, ou seja, aquela que coloca o legítimo exercício de uma posição jurídica dependente da verificação de uma condição resolutiva ou de um termo (legal ou convencional)²⁷². A caducidade opera aqui por força de um pressuposto criado pelo Direito (ainda que “activado” por um facto material).

Noutra parte, contudo, a caducidade configura-se como fenómeno extintivo *a se*, que se impõe ao Direito, actuando à margem de qualquer previsão específica. Como o Direito tem, na sugestiva expressão de OLIVEIRA ASCENSÃO, “pés de terra”²⁷³, pode dizer-se que, nestes casos, a realidade surpreende o Direito, retirando-lhe o “tapete” factual. “Lentamente, imperceptivelmente, no fio do tempo que passa, a norma cessa de corresponder às necessidades sociais”²⁷⁴. A manutenção da regulação jurídica deixa de ter correspondência na realidade a que se destina, perde a sua utilidade, por força do desaparecimento dos pressupostos, fácticos ou jurídicos, que a justificavam²⁷⁵.

Nesta segunda modalidade de caducidade, a figura entrelaça-se com a nulidade por impossibilidade de objecto. Num paralelo com o artigo 280º do Código Civil, o legislador do CPA prescreveu como causa de nulidade o facto de o objecto do acto ser jurídica ou facticamente impossível [cfr. a 1ª parte da alínea c) do nº 2 do artigo 133º]. Por outras palavras, desaparecendo totalmente os pressupostos do acto, este caduca em virtude da superveniência de uma causa de nulidade, devendo esta caducidade, em nome do princípio da segurança jurídica (e ainda que objectivamente

²⁷⁰ M. FERNANDA MAÇÃS, *A caducidade no Direito Administrativo: breves considerações*, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, II, Coimbra, 2005, pp. 121 segs, 129.

²⁷¹ Na expressão de G. GONZALEZ, que opõe “caducité planifié” a “caducité naturelle” – *La caducité...*, *cit.*, pp. 1693 e 1680 segs, respectivamente.

²⁷² Por exemplo, um acto administrativo através do qual se autoriza o destinatário a explorar a venda ambulante durante a época balnear de 2006; um contrato de concessão de um parque de estacionamento em imóvel municipal cujo destino está em estudo.

²⁷³ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Onerosidade excessiva por «alteração das circunstâncias»*, in *ROA*, 2005/III, pp. 625 segs, 626.

²⁷⁴ G. GONZALEZ, *La caducité...*, *cit.*, p. 1693.

²⁷⁵ Por exemplo, licença de caça de uma espécie que se extingue; contrato de fornecimento a um instituto público que deixa de existir.

²⁷⁶ Neste sentido, J. M. SÉRVULO CORREIA, *Noções...*, *cit.*, p. 472; E. DESDENTADO DAROCA, *El precario...*, *cit.*, p. 92; M. FERNANDA MAÇÃS, *A caducidade...*, *cit.*, p. 164.

²⁷⁷ Analogamente com a solução, propugnada por J. C. VIEIRA DE ANDRADE, de reserva da competência de declaração de nulidade aos órgãos que exercem o poder de supervisão – *Validade...*, *cit.*, p. 591.

óbvia) ser declarada²⁷⁶ pelo órgão com competência de supervisão (se não for ele próprio o autor)²⁷⁷, precedendo audiência do interessado.

Em suma, a declaração de caducidade por superveniência de pressupostos de facto ou de direito extintivos do objecto do acto autorizativo extravasa o desígnio de adaptação do acto autorizativo a novas circunstâncias, na medida em que o impossibilita de se metamorfosear. Um acto cujos pressupostos de facto ou de direito falhem totalmente deve ser, naturalmente, objecto de uma declaração de caducidade (ou de nulidade, por impossibilidade superveniente de objecto). Um acto cujos pressupostos falhem parcialmente, ainda que seja declarado caduco, deverá sempre merecer um juízo autónomo quanto à sua viabilidade futura – e nessa parte a figura da revisão pode revelar a sua utilidade.

3.2.2. A subtracção ao regime do artigo 141º do CPA

O artigo 141º/1 do CPA abriga a figura da revogação anulatória, concedendo à Administração o prazo de um ano (desde a notificação ou eventual publicação, se se tratar de actos que a exijam) para proceder à anulação de actos inválidos [prazo máximo de impugnação de actos administrativos pelo Ministério Público, nos termos do artigo 58º/2/a) do CPTA], ou até à prolação da decisão no âmbito da acção especial de impugnação de actos administrativos – alinhando-se pela opinião dos que vêem no artigo 67º do CPTA uma norma revogatória tácita do segundo segmento do artigo 141º do CPTA. O estabelecimento deste prazo, desacompanhado de qualquer referência à hipótese de invalidade superveniente, leva-nos a concluir que o legislador não quis regular no artigo 141º a solução para estes casos, ou seja, previu apenas a situação de invalidade originária.

Esta omissão pode dever-se ao culto da intangibilidade do acto “constitutivo de direitos” o qual, a abrir-se a hipótese de extinção dos seus efeitos por superveniência de causa invalidante, ficaria posto em causa²⁷⁸. No entanto, nem esta omissão se justifica à luz do princípio da legalidade que deve nortear toda a acção administrativa – a que acresce o da igualdade –, nem a previsão de um regime de extinção – ou modificação – de efeitos por causa superveniente implica automaticamente a perda de direitos “adquiridos”, antes pelo contrário. Por um lado, se é verdade que, no plano estritamente orgânico, *tempus regit actum* (cfr. o artigo 30º/1 do CPA), no plano substantivo – do conteúdo da regulamentação do acto e da sua justeza²⁷⁹ – tal máxima só valerá inteiramente para actos de efeitos instantâneos, que consomem a sua eficácia imediata e completamente após a notificação ao seu destinatário. Ou, noutra perspectiva, a máxima aplica-se sempre e enquanto o acto produzir efeitos, até à superveniência do facto modificativo²⁸⁰ – o que implica um confronto constante das bases em que assente.

²⁷⁸ Procedendo à crítica dos argumentos que têm sido esgrimidos no sentido de afastar a figura da invalidade superveniente do Direito Administrativo, T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, cit., pp. 69 segs.

²⁷⁹ ROGÉRIO SOARES, *Direito Administrativo*, cit., p. 228.

²⁸⁰ Cfr. T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, cit., p. 75.

Por outro lado, e na sequência do que acabou de se dizer, a igualdade fica também em jogo com esta impossibilidade (prática) de revogar o acto por invalidade superveniente, na medida em que situações de facto iguais terão regimes diversos – por força da perpetuação de actos cujos pressupostos se alteraram. A violação da igualdade (e da legalidade) só é aceitável se a Administração, empreendendo uma ponderação de interesses, considerar que a manutenção do acto se impõe.

Por fim, a invalidade superveniente não constitui causa de extinção de efeitos *ex tunc*, mas apenas a partir do momento em que tal invalidade se verifique. Ainda que a alteração de pressupostos de direito seja mais facilmente aferível do que a alteração de pressupostos de facto (implicando a produção de prova pelos interessados no procedimento), não há razão para fechar os olhos à verificação de qualquer delas, promovendo a cessação de efeitos desde o momento em que as circunstâncias de alteraram – ou aproximativamente, de acordo com a prova produzida²⁸¹ –, ou a modificação da regulação existente em atenção a tal alteração.

CANO CAMPOS admite, algo contraditoriamente²⁸² que, quer a declaração de nulidade (*revisión*), quer a revogação anulatória de actos anuláveis (*declaración de lesividad*, regulada no artigo 103 da lei procedimental espanhola²⁸³), seriam permeáveis ao acolhimento de invalidades supervenientes. Este Autor recupera uma tese de SANTI ROMANO, exposta em artigo escrito em 1937²⁸⁴, na qual se expõem três requisitos para a transição de um acto de um estado perfeito para um “estado patológico”, afectado por uma invalidade superveniente: “a) o acto reúne, num primeiro momento, todos os elementos necessários e não padece de qualquer vício, pelo menos de vício que comprometa a sua existência; b) o acto é, num segundo momento, atingido por um defeito ou vício de tal forma grave que se não restringe a limitar-lhe a eficácia; e c) o acto torna-se, em virtude desse facto, nulo ou anulável”²⁸⁵.

A razão por que CANO CAMPOS tem que socorrer-se da aplicação analógica do regime de revogação anulatória prende-se com o facto de rejeitar a associação entre

²⁸¹ Cfr. T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, *cit.*, p. 85 (louvando-se em SANTI ROMANO).

²⁸² T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, *cit.*, pp. 352 e 357 (na pág. 352 afirma que a “revisión está pensada para los vicios originarios de los actos administrativos”; na pág. 357 opina que, *de lege data*, o regime se deve aplicar por analogia à invalidade superveniente).

²⁸³ O Autor confessa a dificuldade acrescida quanto a esta disposição, na medida em que ela fixa um limite de quatro anos findo o qual a anulação deixa de ser possível. Contorna o problema apelando à contagem do prazo de quatro anos a partir do momento da verificação da causa de invalidade – *La invalidez...*, *cit.*, pp. 359, 360.

²⁸⁴ SANTI ROMANO, *Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Scritti minori*, II, Milão, 1950, pp. 335 segs (o texto foi escrito originariamente para integrar a *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Milão, 1937). Optando pela via da ineficácia, mas defendendo igualmente a necessidade de revisão dos actos afectados por uma alteração nos seus pressupostos, S. LESSONA, *Interesse privato e dovere di abrogazione di provvedimenti succesivamente inefficaci*, in *RTDP*, 1952, pp. 289 segs, *passim*.

²⁸⁵ SANTI ROMANO, *Osservazioni...*, *cit.*, p. 338.

²⁸⁶ O Autor afasta, do mesmo modo, a teoria que explica a figura da invalidade superveniente a partir da condição resolutive, lembrando que esta afecta o acto na sua eficácia e não na sua validade. Independentemente da equiparação de resultados a que ambas conduzem, julgamos que a imprestabilidade da solução da condição se prende mais com o facto de proporcionar apenas uma explicação parcelar (na ausência de aposição de condição, como enquadrar a cessação de efeitos do acto por superveniência de invalidades?) do que com a impossibilidade absoluta de ver na condição um facto superveniente impeditivo da manutenção do acto (ou, pelo menos, da sua imodificabilidade).

invalidez superveniente e alteração das circunstâncias²⁸⁶. Ora, como tentaremos demonstrar de seguida, esta aliança, não é, de modo algum, de afastar.

3.2.3. O fundamento do instituto da revisão: a cláusula *rebus sic stantibus*

“Uma autorização administrativa pode a todo o tempo ser suprimida ou modificada para o futuro, a partir do momento em que um exame da situação revele ter desaparecido o condicionalismo que fundou a emissão da autorização”²⁸⁷ – afirma JADOT. O Supremo Tribunal Administrativo, em decisão de 1970, parece enveredar pela mesma linha de raciocínio, ao obtemperar que “os factos ou situações existentes num dado momento, designadamente de carácter técnico, são por natureza susceptíveis de alteração no tempo”²⁸⁸. A vertiginosa velocidade com que se sucedem os cenários de inocuidade, rumor, suspeita e confirmação de risco na sociedade actual só atesta a verosimilhança destas apreciações.

A imprevisão ou, na formulação mais abrangente do Código Civil, a alteração de circunstâncias, parece especialmente talhada para lidar com o fenómeno de mutabilidade incessante que domina a decisão administrativa emitida sob pressupostos de incerteza, pelo menos enquanto consubstancie actos de natureza mista. Nem se realce a consciência da susceptibilidade de alteração como forma de afastar a teoria: a imprevisibilidade que reina nos domínios do risco é uma imprevisibilidade co-essencial, que não impede, antes justifica, lançar mão de uma fórmula explicativa que assenta na impossibilidade de prever causas e efeitos à luz dos melhores conhecimentos disponíveis. Sem negar que a imprevisibilidade reinante no domínio do risco tecnológico dificilmente se pode qualificar como um *Act of God* – mais se aproximando de um fenómeno provocado pela criatividade humana²⁸⁹ –, a margem “patológica” do conhecimento científico, a réstia de incontroabilidade que o acompanha, faz com que haja ainda razão para se falar de imprevisto.

CANO CAMPOS entende que a cláusula *rebus sic stantibus* não é aplicável como fundamento de um poder de revisão do acto administrativo supervenientemente desconforme com os pressupostos de facto que serviram de base à sua emissão com base em diferentes argumentos²⁹⁰, que passaremos a analisar criticamente:

- *primo*: a alteração de circunstâncias é um instituto que tem aplicação circunscrita ao domínio contratual. Ora, tal afirmação tem em consideração o regime que

²⁸⁷ B. JADOT, *Ordre publique...*, cit., p. 29 (note-se que o Autor ressalva o direito do titular da autorização a uma indemnização, caso se prove um prejuízo excepcional na sua esfera jurídica).

²⁸⁸ Acórdão do STA de 15 de Maio de 1970, in *ApDG* de 27 de Janeiro de 1972, pp. 627 segs, 635.

²⁸⁹ Neste sentido, propugnando uma “revisão” do conceito de “força maior” no contexto da sociedade de risco, J. ESTEVE PARDO, *La protección...*, cit., p. 72.

²⁹⁰ T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, cit., pp. 116 segs.

decorre do instituto (modificação ou resolução de um contrato), não a sua causa – mutação dos dados de facto que tornam injusta ou desadequada uma determinada regulação jurídica (lembre-se, a título de exemplo, a aplicação da mesma lógica no âmbito das providências cautelares²⁹¹). A alteração das circunstâncias reveste uma especial utilidade no domínio contratual devido à necessidade de preservar o equilíbrio entre as obrigações das partes em face de uma mudança substancial – nessa perspectiva, o instituto revela a sua dimensão *operativa*, de reposição da equidade na relação contratual. A emergência de cada vez mais actos modais justifica a extensão do regime a estas situações, uma vez que é ainda de restabelecimento de um equilíbrio perdido em virtude de uma alteração de pressupostos que se trata²⁹²;

- *secundo*: as circunstâncias abrangidas pela cláusula são puramente objectivas, enquanto aquelas que podem constituir base de emissão de um acto administrativo são normalmente subjectivas. A debilidade do argumento atesta-se logo no confronto dos exemplos apresentados. Na verdade, os “conhecimentos, habilitações, nacionalidade, qualidades, honorabilidade, capacidade económica” são todos referidos a sujeitos – o que não significa que os pressupostos de emanação de um acto administrativo se reconduzam a reconhecer estados pessoais ou a qualificar sujeitos em razão das suas qualidades. Uma autorização de construção, uma autorização de exploração de um estabelecimento comercial, uma concessão de uso exclusivo do domínio público, todas se prendem com condições externas ao sujeito requerente;

- *tertio*: a alteração das circunstâncias só permitiria resolver o contrato (ou extinguir o acto) e não modificá-lo – ora, uma leitura textual do regime do artigo 437º do Código Civil basta para afastar este argumento²⁹³;

- *quarto*: a cláusula *rebus sic stantibus* assentaria em pressupostos demasiado imprecisos para ganharem operatividade como fundamento de invalidação de um acto administrativo. Mas é precisamente nessa vaguidade, nessa indeterminação, nessa inesgotabilidade que espelha a metamorfose constante das circunstâncias da vida (especialmente em domínios de risco), que reside a mais-valia da teoria da alteração das circunstâncias. Além de que, repete-se, uma coisa é o fundamento da alteração, outra, o seu regime: porque não admitir que a alteração radica na superveniência de um facto, jurídico ou natural, totalmente inesperado?

- *quinto*: a alteração das circunstâncias justifica, segundo o Autor, a cessação de

²⁹¹ Atente-se no (já referido) artigo 124º do CPTA, que estabelece sobre a revogabilidade (extintiva ou modificativa) das providências cautelares decretadas caso se observe a superveniência de novos factos relativamente aos que inicialmente deram causa à decisão cautelar. Como refere V. GIMENO SENDRA (a propósito de disposição similar da lei do contencioso administrativo espanhol), a valência da cláusula *rebus sic stantibus* no capítulo da justiça cautelar opera exclusivamente por superveniência de circunstâncias externas ao processo e, concretamente, ao juiz, que não pode decretá-la com base em mudança de critérios – **El nuevo sistema de medidas cautelares en la LJCA de 1998**, in *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX. Homenaje ao Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, II, coord. de Sosa Wagner, Valencia, 2000, pp. 2249 segs, 2265.

²⁹² Com esta dimensão se cruza a figura da caducidade, que traduz a ideia de perda de utilidade do dispositivo, legal ou contratual, em face do desaparecimento do substracto, físico ou jurídico, a cuja conformação se destinava. A declaração de caducidade será a via a seguir, salvo outra opção, expressa, do legislador, para todos os actos não materialmente contratuais (mistos).

²⁹³ O Autor reconhece, aliás, em nota, a fragilidade deste argumento – T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, cit., p. 118.

eficácia de uma regulação (unilateral ou negocial), não afectando a validade desta – o acto permanece válido mas destituído de efeitos; ao contrário, a invalidade superveniente fere o acto nos seus pressupostos de validade – o acto torna-se inválido. Este entendimento parece-nos forçado, na medida em que o desequilíbrio causado à regulação inicial torna-a desadequada e injusta e, por conseguinte, antijurídica²⁹⁴ – logo, inválida. Esta invalidade, naturalmente, acarreta ineficácia. Sustentar que um acto, por modificação dos pressupostos de facto, se mantém válido mas ineficaz segundo a cláusula *rebus sic stantibus*, conquanto se volva inválido (e, portanto, ineficaz) se atendermos à invalidade superveniente, é confundir causas (alteração de circunstâncias) com efeitos (invalidade superveniente, geradora de modificação ou extinção).

A mistura gera, naturalmente, um vício de compreensão que conduz à conclusão da incompatibilidade das figuras, quando elas são, afinal, complementares (por se dar uma alteração de circunstâncias de facto, sobrevém uma causa de invalidade a qual pode ser suprimida através da modificação do acto, ou gerar a extinção deste, caso a modificação seja facticamente impossível ou economicamente inoportável).

Julgamos, assim, que o regime da alteração das circunstâncias deve gozar de plena aplicação no procedimento administrativo no tocante a actos modais – porque é nestes e só nestes que se joga o restabelecimento de uma “justiça negocial” subitamente perdida –, constituindo o fundamento da figura da revisão e eximindo-a dos condicionamentos estabelecidos em sede de revogação do acto administrativo. A alteração dos pressupostos de facto (aumento do potencial lesivo de uma emissão poluente; redução do número de exemplares de uma espécie protegida; disponibilização de uma técnica mais eficaz com vista à minimização de efeitos lesivos para o ambiente) implica uma reformulação dos deveres de protecção do ambiente, cuja modelação inicial se tornou desconforme com os novos padrões de protecção gerando, por conseguinte, a invalidação superveniente do acto autorizativo. Ainda que se sustente que a invalidade incide sobre uma cláusula acessória (modal), cumpre sublinhar que esta concretiza um *dever*²⁹⁵ constitucionalmente imposto e é pressuposto essencial do válido exercício do direito de iniciativa económica/de investigação

²⁹⁴ Servindo-se igualmente desta fórmula abrangente, P. GASPARRI, *L'invalidità successiva degli atti amministrativi*, Pisa, 1939, p. 16 (o Autor fala em “ingiustizia sopravvenuta”, embora a sua construção faça incidir a invalidade/injustiça sobre os efeitos do acto e não sobre o próprio acto).

²⁹⁵ Neste sentido, SANTI ROMANO, *Osservazione...*, *cit.*, p. 339; S. LESSONA, *Interesse privato...*, *cit.*, pp. 294 segs (apelando aos princípios da legalidade e da proporcionalidade).

²⁹⁶ Como realça J. J. GOMES CANOTILHO: “O acto administrativo de autorização assume as vestes de acto constitutivo de «conteúdo conformativo» em que as *cláusulas administrativas de natureza prescritiva são verdadeiras regras jurídicas do exercício do direito de actividade industrial*”, aditando, em nota, que “muitas vezes, são mesmo as «determinações acessórias» (condições, termos, imposições supervenientes, reserva de revogação) que constituem o conteúdo regulativo mais importante do acto” – *Actos autorizativos...*, *cit.*, p. 41 e nota 51.

científica, pelo titular da autorização²⁹⁶. Ou seja, integrando o modo um “momento constitutivo do acto”²⁹⁷, este ficaria radicalmente desequilibrado sem ele – desapareceria a componente preventiva – e, conseqüentemente, tornar-se-ia inválido²⁹⁸.

3.2.2.1. Algumas notas para a construção de um regime de revisão do acto administrativo

O nosso contributo para a teorização da figura da revisão encontra-se dificultado pela ausência de referentes, jurisprudenciais ou doutrinários. Já GIANNINI lamentava esta omissão²⁹⁹, acrescentando que a atenção da doutrina se tem virado mais para as figuras da revogação e da anulação extraordinária (hipótese que em nada se assemelha à revisão, na medida em que incide sobre actos originariamente inválidos³⁰⁰).

Ainda assim, deixaremos algumas notas sobre o regime da figura da revisão, tal como a entendemos e definimos em 1.2.i.): *instituto que visa a modificação ou extinção de um acto administrativo misto (que atribua direitos e imponha deveres) por força da alteração dos pressupostos de facto ou da valoração técnica que sobre eles incidiu, ou dos pressupostos de direito, em momento cronológica e juridicamente posterior ao do seu conhecimento pelo destinatário*³⁰¹, alteração essa que ofende de

²⁹⁷ A expressão é de ROGÉRIO SOARES (*Direito Administrativo, cit.*, pp. 286, 287), que a utiliza em sede de cláusulas particulares, as quais concretizariam elementos do conteúdo principal do acto (e não momentos acessórios). Com a progressiva abertura das normas habilitantes a crescentes margens de livre decisão administrativa, a diferenciação entre conteúdo principal e conteúdo acessório torna-se cada vez mais fluida, devendo atender-se, em última análise, ao fim predominante do acto para tentar destrinchá-los. Parecendo alinhar por esta lógica, M. CELESTE CARDONA, *O modo...*, *cit.*, p. 103, observando que, sempre que se concluir que o modo é indispensável para a individualização do tipo de situação jurídica abstractamente delineado na norma habilitante, tal cláusula integra o objecto necessário do acto, o seu conteúdo principal

Estando em causa a concretização de deveres fundamentais – sobretudo se de nível constitucional –, a cláusula modal deverá integrar o conteúdo principal do acto, ainda que a lei defira, tácita ou explicitamente para a Administração, a definição precisa do seu conteúdo.

²⁹⁸ Apelando à vontade presumida como justificação da presunção de invalidade de um acto cuja cláusula acessória é de natureza restritiva (salvo se o exame dos factos ilidir tal presunção), E. FORSTHOFF, *Traité...*, *cit.*, p. 385.

²⁹⁹ M. S. GIANNINI, *Diritto...*, II, *cit.*, p. 595.

³⁰⁰ Sobre esta figura, no ordenamento italiano, M. S. GIANNINI, *Diritto...*, II, *cit.*, pp. 604 segs.

³⁰¹ A referência ao tempo da manifestação da invalidade superveniente prende-se, não só com as hipóteses, mais ou menos óbvias, de alterações de facto como, e sobretudo, com a distinção entre invalidade superveniente e: anulação retroactiva (que se funda numa invalidade originária); anulação com efeitos *ex nunc* (em nome da salvaguarda de direitos de terceiros ou da segurança jurídica); declaração de inconstitucionalidade da norma, legal ou regulamentar, na qual o acto autorizativo se filiava – cfr. T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, *cit.*, pp. 226 segs, 278. Como explica G. PAGLIARI (*Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva dei provvedimenti amministrativi*, Pádua, 1991, p. 76), “(...) infatti, ai fini della costruzione giuridica dell’invalidità successiva, è indispensabile che sia riscontrabile uno iato – insieme temporale e giuridico – tra, da un lato, il momento dell’emanazione del provvedimento amministrativo e, dall’altro, il momento così del sorgere del vizio come dell’esplicarsi giuridico dell’efficacia dell’atto rappresentante la (consequente) reazione dell’ordinamento giuridico (...)”.

tal forma os interesses públicos cuja prossecução o acto autorizativo visa que a sua subsistência, nos moldes iniciais, se revele insustentável:

1) A revisão do acto autorizativo deve ser promovida pela Administração (por exemplo, na sequência de uma acção de fiscalização ou da tomada de conhecimento de nova informação tecnicamente relevante), podendo ainda ser desencadeada pelo titular (por razões de consciência ambiental ou para se salvaguardar de pedidos indemnizatórios) e por terceiros, investidos ou não em legitimidade popular (em nome da salvaguarda do bem jurídico ambiente);

2) O exercício da competência de revisão deverá ser suscitado junto do autor do acto, ou de órgão que sobre ele exerça poderes de supervisão ou de tutela revogatória, assim que houver prova razoavelmente consistente da iminência da lesão, do início desta ou, noutro plano, da disponibilidade prática de uma nova técnica de minimização do efeito poluente³⁰²;

3) A prova da alteração deve ser produzida no procedimento, na fase da instrução, através de qualquer meio, com especial atenção a estudos científicos, pareceres técnicos e relatórios periciais que atestem a mutação de circunstâncias e/ou a diversa valoração técnica das mesmas³⁰³;

3) Sempre que estivermos perante uma actividade com incidência ambiental significativa, deve ser promovida, no final da fase instrutória, uma consulta pública (como, de resto, há-de ter acontecido aquando da emissão do acto inicial). O facto de se tratar de uma modificação – ou, no limite, extinção do acto, v.g., caso o titular não tenha capacidade para suportar o custo das alterações propostas – não significa que não deva respeitar-se um princípio de paralelismo procedimental³⁰⁴;

4) O titular deve ser ouvido antes da tomada de decisão final, ainda que tenha sido ele a promover a alteração, a fim de ser informado do sentido da decisão e de antecipar as conclusões da Administração acerca do conteúdo renovado dos seus deveres de protecção do ambiente;

5) O acto deve ser adequada e plenamente fundamentado, explicitando-se as razões fácticas e técnicas que sustentam a operação de revisão da decisão autorizativa;

6) A competência de revisão projecta-se para futuro, ou seja, quedam consolidados os efeitos produzidos à sombra do acto antes de operada a revisão, ficando o titular sujeito à nova regulação a partir da data de notificação do acto revisto.

³⁰² Este é um elemento objectivo que justifica um pedido de revisão e que teoricamente vincula a Administração a proceder a ela. No entanto, não deve descartar-se a subjectivação que este factor sofre (e a que aludimos no Cap. II da Parte II, 2.2.1.), isto é, a margem de livre decisão que incide sobre a avaliação da disponibilidade económica da técnica para o operador concreto. Por outras palavras, se o poder de revisão se baseia numa verificação predominantemente vinculada de pressupostos ulteriormente alterados, pode não se esgotar neste momento, incorporando ainda uma margem de livre decisão.

³⁰³ Cfr. C. GOOSSENS, *Le régime...*, cit., pp. 655, 656 e 660 (nota 1); T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, cit., p. 337.

³⁰⁴ Falando em “simplificação do procedimento” de constatação da alteração de pressupostos e de emissão do acto modificado, T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, cit., p. 343. Não aderimos à expressão, se dela se retirar qualquer leitura minimalista do procedimento de revisão, na medida em que este não configura uma simples “rectificação”.

3.2.2.2. Em especial, os limites do poder de revisão

O instituto da revisão encontra-se numa encruzilhada entre, por um lado, a necessidade de actualização do conteúdo do acto de acordo com as novas circunstâncias e, por outro lado, a necessidade de evitar a mudança arbitrária (“il troppo facile disvolere”, na expressão de GIANNINI³⁰⁵) da regulação subjacente à situação jurídica. Não podendo fundamentar a intervenção na reformulação dos motivos de interesse público — uma vez que estes se mantêm —, à Administração incumbe, *ex officio* ou por denúncia, remodelar a situação autorizativa de acordo com a alteração das circunstâncias fácticas ou com a superveniência de novas técnicas de protecção do(s) bem(ns) jurídico(s) em jogo.

Erigir a revisão modificativa a partir da constatação inelutável da dinâmica da vida e do Direito, fundamento da teoria da imprevisão, é um pouco como “materializar um fantasma”³⁰⁶. A escassez de dados, positivos, doutrinários e jurisprudenciais, se constitui um desafio, não deixa, contudo, de representar algum constrangimento. Foi, pois, com cautela que procedemos à aproximação à figura, e sem qualquer pretensão de exaurir os problemas que ela coloca. Não podemos, no entanto, furtar-nos agora a iluminar alguns limites do exercício do poder de revisão, por relação, quer com o regime da revogação, quer com a figura da caducidade, quer, finalmente, com a teoria da imprevisão.

a) Desde já podemos proceder a uma delimitação tendencial do âmbito de aplicação da teoria da imprevisão ao procedimento autorizativo: a utilidade da figura da revisão far-se-á sentir sobretudo perante situações de alteração dos pressupostos de facto. Isto porque casos que envolvam a mutação dos pressupostos de direito do acto são normalmente resolvidos pela própria lei superveniente que, ou se inibe de eficácia retroactiva (aplicando-se só às situações criadas após a sua entrada em vigor), ou estabelece um período transitório findo o qual os particulares terão que conformar a actividade autorizada com o novo quadro legal (sob pena de revisão extintiva prevista, implícita ou explicitamente, no diploma).

Porém, *quid juris* quando a lei nova nada esclarecer quanto à sua imediatividade regulativa mas dela resultarem inequívocas modificações de enquadramento jurídico incidentes sobre modelos transitados do período anterior? A mesma questão repete-se relativamente a alterações colaterais (sempre que a lei nova não vise directamente introduzir mudanças em situações existentes, mas os seus efeitos acabem por se projectar reflexamente sobre estas). Pensamos ser útil apelar nesta sede à lição de BAPTISTA MACHADO, em tema de aplicação da lei no tempo³⁰⁷. O Autor recomenda um percurso lógico que se desenvolve em quatro etapas: *primo*, aferir se no domínio em causa vigora um princípio de irretroactividade (v.g., no capítulo da lei fiscal, nos termos do artigo 103º/3 da CRP; no capítulo contraordenacional, de acordo com os

³⁰⁵ M. S. GIANNINI, *Diritto...*, II, *cit.*, p. 595.

³⁰⁶ Cfr. G. PAGLIARI, *Contributo...*, *cit.*, p. 117 (referindo-se à invalidade sucessiva como “piuttosto un fantasma che una verità”).

³⁰⁷ J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 6ª reimp., Coimbra, 1993, pp. 223 segs.

artigos 29º/1 e 3 e 32º/10 da CRP; no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, por força da proibição de retroactividade da lei restritiva decorrente do artigo 18º/3 da CRP), facto que impedirá a aplicação retroactiva; *secundo*, averiguar da existência de direito transitório, formal ou material – hipótese que resolverá o problema; *tertio*, aferir se a nova lei traz consigo uma imposição de retroactividade (e se esta é legítima, acrescentaríamos nós), que deverá ser utilizada, na ausência de regulação mais precisa, com respeito pelo princípio da proporcionalidade, estabelecendo-se aqui um paralelo com o artigo 18º/3 da CRP (ou seja, as alterações só deverão ser imediatamente introduzidas se isso não importar numa modificação substancial e financeiramente intolerável dos termos da actividade do particular); *quarto*, recurso aos critérios do artigo 12º/2 do Código Civil (*maxime*, 2ª parte), com a indispensável ponderação da equação de equilíbrio a que acabou de se fazer referência³⁰⁸.

Problemas igualmente delicados suscitarão, do mesmo modo, modificações ínsitas em directivas comunitárias ainda não transpostas, uma vez findo o prazo de transposição. Julgamos que a modificação deverá operar nos termos da directiva, observados embora os passos *supra* enunciados, sempre que dela se extraiam obrigações claras, precisas e incondicionais para os operadores económicos e se estiver em causa a salvaguarda de um interesse comunitário (*maxime*, a igualdade de condições de concorrência). Apesar de a directiva não se encontrar ainda transposta, parece-nos não ser de descartar que a Administração, por iniciativa própria ou a pedido de um particular (defendendo um interesse próprio ou investido em legitimidade popular), proceda a uma interpretação/aplicação das normas vigentes conforme à direc-

³⁰⁸ A proibição decorrente do artigo 18º/3 da CRP obriga a repensar a norma do artigo 12º/2, 2ª parte do Código Civil, na medida em que a um princípio de adequação social da lei se contrapõe um princípio de salvaguarda de situações constituídas. Pensamos poder aqui lançar mão das considerações de BAPTISTA MACHADO a propósito da contenção exigida ao dinamismo legal pelo respeito pelo princípio da autonomia privada, mormente para os contratos de execução duradoura (ou de execução instantânea com execução diferida): “A lei nova só poderá, sem retroactividade, reger os efeitos futuros dos contratos em curso quando tais efeitos possam ser dissociados do facto da conclusão do contrato” (*Introdução...*, *cit.*, p. 241). Esta afirmação (que não enjeita, ao que cremos, a hipótese de invocação do artigo 437º do Código Civil, caso a alteração se revele insuportável no contexto da economia do contrato), poderá valer no domínio do Direito Administrativo, nomeadamente no campo dos actos autorizativos, sempre que a nova lei não opere uma restrição do conteúdo do direito (aferido em função do “facto constitutivo”, ou seja, os termos da autorização inicialmente concedida) e que a reconformação operada se pautar pelos parâmetros da proporcionalidade.

tiva, invocando o seu conteúdo normativo para justificar a introdução de alterações que garantam a uniformidade de tratamento no espaço comunitário³⁰⁹.

Ressalvem-se, ainda, as hipóteses (acolhidas pelo artigo 49/2, §4º da VwVG) e extraíveis também do nº 2 do artigo 30º do CPA (uma vez findo o procedimento), em que o titular da autorização já foi notificado da sua emissão mas ainda não começou a fazer uso da mesma quando a competência autorizativa se extingue. Deverá aí haver lugar a uma declaração de caducidade, em nome da salvaguarda do interesse público que ditou a supressão da competência e porque ainda não houve qualquer aproveitamento do benefício concedido (teoricamente, sem direito a indemnização, embora possam surgir situações em que a sua atribuição é um imperativo de justiça).

b) No que concerne aos limites do instituto, enunciáremos três: um limite temporal – *i.*); um limite objectivo – *ii.*); e um limite relativo à indemnizabilidade do prejuízo para o titular da autorização modificanda *iii.*) .

i.) Em primeiro lugar, convém apurar se a competência de revisão enfrenta prazos preclusivos, à semelhança do que sucede com a revogação anulatória (de acordo com o artigo 141º/1 do CPA, corrigido pelo artigo 64º do CPTA) ou se, ao contrário, pode ser requerida a todo o tempo, aproximando-se assim da abrogação. Sendo certo que, tendo em atenção os elementos recolhidos no Direito Comparado e sopesando as razões que decorrem da observância do princípio da protecção da confiança, nenhuma das figuras (que, de resto, o CPA não autonomiza) se encontra adequadamente regulada, sempre se dirá que, a aceitar-se a competência de revisão, ela não poderá seguir nenhuma das “alternativas” enunciadas. Expliquêmo-nos.

A revisão não poderá estar sujeita a um prazo preclusivo de três meses ou até à prolação da decisão do tribunal, ou de um ano (caso não tenha sido proposta qualquer acção administrativa especial de impugnação da validade do acto), contados desde o momento da verificação do facto superveniente, porque a aferição deste é –

³⁰⁹ Não ignoramos o salto lógico que este raciocínio aparentemente envolve, em face da jurisprudência *Marleasing* (Acórdão do TJCE de 13 de Novembro de 1990, Caso C-106/89, Col. 1990, I-4135 segs). Nesta famosa decisão, o TJCE aceitou que, perante a não transposição de uma directiva cujo prazo tenha expirado, o juiz nacional possa fazer uma interpretação do direito nacional conforme àquela (consid. 13), desde que isso não implique, nem a substituição da norma nacional, nem uma violentação do seu espírito. Como sintetiza o Juiz O’Higgins, no Relatório para audiência, não se trata de admitir o efeito directo horizontal *tout court*, mas “simplesmente de considerar que, na ausência de condições que permitam à directiva produzir plenamente os seus efeitos em direito interno, o mecanismo de interpretação das disposições do direito nacional de acordo com o direito comunitário permite salvaguardar os princípios do direito comunitário”, devendo “considerar-se excluídas todas as regras de interpretação que possam impedir o resultado desejado pelos autores de uma directiva” (p. 4142).

Embora a fronteira se esbata agudamente, julgamos que não é ainda de efeito directo horizontal que estamos a falar no caso do texto, na medida em que o interesse subjacente à invocação do conteúdo da directiva terá sempre que ser um *interesse público comunitário*, representando aqui a Administração (*mera executante de normas dotadas de clareza, precisão e incondicionalidade*) um papel de *mediador* entre o particular e o Estado-legislador – no que constitui um exemplo-limite do “desdobramento funcional” das Administrações nacionais na execução do Direito Comunitário, para utilizar uma expressão de PAULO OTERO, *A Administração Pública nacional como Administração comunitária: os efeitos internos da execução administrativa pelos Estados-membros da União europeia, in Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, I, Coimbra, 2002, pp. 817 segs, 822.

ou pode ser — de extrema dificuldade. Aproveitando os contributos da jurisprudência francesa, e tendo em mente a necessidade de assegurar dinamicamente a conformidade da actividade autorizada com os pressupostos de facto subjacentes à decisão autorizativa, pensamos que, *independentemente do tipo de vício* que a alteração superveniente venha a provocar no acto, a Administração deverá poder ser solicitada a todo o tempo no sentido da sua revisão³¹⁰, uma vez que se tratará de uma modificação do acto no intuito de promover a sua melhor contribuição para a satisfação de um interesse público e colectivo que é a protecção da qualidade ambiental.

Isto não implica, no entanto, uma pendência *ad eternum* da competência de revisão. Se é verdade que a alteração de circunstâncias poderá sobrevir um mês, um ano, três anos após a emissão do acto, não é menos verdade que, por razões de segurança jurídica, há-de fixar-se um prazo de decisão. Ora, tal prazo — que, à semelhança da solução que se extrai do artigo 48/4 (e 49/4) da VwVG, e num paralelo com o prazo máximo de impugnação da anulabilidade através da acção administrativa especial para o Ministério Público [artigo 58º/2/a) do CPTA], pensamos dever fixar-se em um ano — terá que contar-se *desde o momento em que a Administração tomou oficiosamente conhecimento formal do facto superveniente* [v.g., quando passou a emitir actos autorizativos com base em novos padrões técnicos; quando as informações novas lhe foram veiculadas em documentos oficiais (circulares internas) ou publicações especializadas], ou por denúncia de qualquer entidade, pública ou privada, singular ou colectiva, no intuito da defesa de interesses próprios (pessoais ou económicos), ou transindividuais (protecção da qualidade ambiental, do património cultural, da saúde pública).

Uma vez decorrido o prazo de um ano sem que tenha sido exercida a competência modificativa, das duas uma: ou a Administração é accionada, nos termos do artigo 69º/1 do CPTA, com vista ao seu exercício; ou, na ausência desta “interpelação” e atentando finalmente nos efeitos lesivos do acto, opta por abrogar (revogar extintivamente) o acto por razões de interesse público, com eficácia *ex nunc*, indemnizando eventualmente o beneficiário do acto autorizativo. Este pode, no entanto, propor sujeitar-se à modificação, dado que esta poderá ser-lhe mais vantajosa do que a cessação de actividade.

Um ano parece-nos um limite mais que razoável para a conclusão de um procedimento que terá que acolher — como se referiu *supra* — uma fase instrutória de complexidade variável, bem como propiciar um contraditório adequado à exposição e defesa dos interesses em jogo. Uma vez desencadeado o procedimento de revisão, a Administração poderá concluir, depois de desenvolvido o necessário contraditório e de realizadas as averiguações factuais requeridas, quer pela procedência dos novos factos invocados — e promover a revisão do acto; quer pela improcedência daqueles — mantendo o acto com o conteúdo regulatório que tinha do antecedente. Ambas as hipóteses deverão revelar-se até ao limite do prazo de um ano, contado desde o momento em que, comprovadamente, teve conhecimento da alteração dos pressu-

³¹⁰ Neste sentido, também T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, cit., p. 335.

postos. Não pode é furtar-se à obrigação de averiguar da necessidade de revisão³¹¹, sob pena de ser posteriormente acusada de défice de ponderação e de lhe serem assacadas responsabilidades por eventuais danos.

ii.) Um segundo limite prende-se com o objecto do acto de revisão. Sendo esta competência determinada pela superveniência de factos cuja previsão, à data de emissão do acto, era humanamente inexegível à luz dos melhores dados disponíveis, há que aferir, por um lado, se a alteração implica uma mera modificação ou se acarreta a pura e simples extinção do acto e, por outro lado, e caso se verifique a hipótese de modificação, se esta se confina ao objecto do acto ou se o excede.

Não pode esquecer-se que a revisão não tem sentido único, ou seja, ela tanto pode redundar numa manutenção da situação jurídica em novos moldes, como na sua eliminação. Pense-se em hipóteses como a constatação científica da lesividade de um poluente para uma espécie piscícola ou avícola, ou da verificação da esgotabilidade de um determinado recurso mineral, que obrigam à revisão extintiva do acto autorizativo cuja utilização implicava a acção poluente ou a actividade extractiva. São hipóteses claras de caducidade; daí que a via mais adequada para lhes pôr cobro seja a de declaração de nulidade/caducidade por desaparecimento superveniente do objecto [cfr. o artigo 133º/2/c), 1ª parte, do CPA].

É certo, conforme realçam GARCIA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ a propósito da possibilidade de revogar autorizações, que a Administração se confronta menos com um limite formal (a pretensa intangibilidade dos actos constitutivos de direitos) do que com um limite material: o do esgotamento de todas as possibilidades de correcção e adaptação da actividade autorizada às novas circunstâncias e a novas normas³¹². A proporcionalidade da acção administrativa está, naturalmente, aqui em jogo, evitando-se, sempre que possível, inviabilizar a continuação da actividade, contornando os prejuízos, quer para o particular, quer para o interesse público, daí advenientes. O artigo 69º/6 da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, faz eco desta preocupação, colocando a revisão numa posição de preferência em face da revogação.

Ultrapassado o primeiro obstáculo à modificação – dir-se-ia um limite negativo: a não verificação de uma hipótese de *revisão extintiva objectiva* –, há que aferir da possibilidade de operar aquela.

O princípio de estabilidade que recobre a figura da autorização – especialmente fragilizado no quadro das actividades de gestão do risco ambiental – abrange, não só as faculdades, como os deveres. A segurança jurídica, embora enfraquecida, continua a incidir sobre um reduto intangível, que tende a identificar-se com a liberdade

³¹¹ Queremos com esta afirmação frisar que a competência de revisão é tendencialmente vinculada – aproximando-se da revogação anulatória – apesar de não podermos deixar de reconhecer que, em pontuais situações, existirá uma componente de margem de livre decisão ínsita à decisão de revisão (nomeadamente, quanto à aferição da exigibilidade de adopção de uma nova técnica, tendo em consideração o balanceamento custo/benefício). Todavia, por força da verificação de um ponto de partida objectivo (a superveniência de uma nova técnica) minimamente consistente, a Administração não deve demitir-se de ponderar a hipótese de revisão, embora o conteúdo da sua decisão fique dependente dos resultados de tal ponderação. Aludindo a esta diferenciação de causas de invalidação superveniente do acto, T. CANO CAMPOS, *La invalidez...*, cit., pp. 279, 280.

³¹² E. GARCÍA DE ENTERRÍA e T.-RAMÓN FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4ª ed., Madrid, 1993, p. 143.

de iniciativa económica do titular da autorização: a possibilidade de determinar o tipo de actividade a que se dedica, com específicas características. Pretender, através de um acto de revisão, provocar a transformação radical da actividade, a ponto de tornar impossível estabelecer umnexo de continuidade entre o que foi previamente autorizado e o que surgiu após a revisão, parece-nos exceder o âmbito desta competência, assemelhando-se mais a uma abrogação implícita da autorização anterior por força da emissão de um novo acto autorizativo – eventualmente ilícito em face da norma habilitante e do procedimento que a acompanha (não só por poder envolver fases e entidades diversas, em atenção ao domínio em que a nova actividade se insere, como por implicar a gestão de riscos *novos*, não contemplados na norma).

Julgamos, destarte, que a alteração de circunstâncias que obrigue a uma modificação radical dos deveres decorrentes da autorização (*vide* a noção de “alteração substancial” constante do artigo 15º do DL 194/2000, de 21 de Agosto) não está compreendida no âmbito da revisão modificativa, mas antes acarreta a revisão extintiva – qualificá-la-íamos de *revisão extintiva subjectiva*. Segundo ESTEVE PARDO, a actualização/revisão não deve acarretar a imposição de medidas de segurança desproporcionadas, que alterem substancialmente a actividade ou a inutilizem³¹³. Caso isso fosse possível, ficaria em causa o núcleo essencial da liberdade de iniciativa económica: a auto-determinação do tipo de actividade que o seu titular deseja prosseguir³¹⁴. Todavia, caso o conjunto de deveres se mantenha formalmente idêntico, e a alteração implique um custo económico desproporcionado para o seu titular, será também de afastar a hipótese de modificação?

A teoria da imprevisão – inspiração da figura da alteração de circunstâncias, que está na base da competência de revisão de actos administrativos materialmente contratuais por nós defendida – tem aqui o seu campo de eleição. Note-se que, sendo a alteração de reduzida dimensão – fáctica e económica –, o titular da autorização não lhe oferecerá grandes resistências, não só porque a recusa de actualização dos padrões de exercício da sua actividade poderá dar origem a danos de bens individuais e colectivos pelos quais, uma vez demonstrado nexode causalidade (adequada) terá que responder, como também em virtude da provável recondução de tais despesas aos riscos normais da exploração da actividade. Já perante uma alteração economicamente significativa do conteúdo dos deveres – que se mantêm substancialmente idênticos, mas cuja actualização técnica implica um agravamento inesperado e insuportável dos custos de desenvolvimento da actividade –, a atitude do particular tenderá a ser diferente.

³¹³ J. ESTEVE PARDO, *La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible*, in *RAP*, nº 149, 1999, pp. 37 segs, 59.

³¹⁴ Cfr. o Acórdão do STA, de 15 de Fevereiro de 1973, in *ApDG* de 25 de Julho de 1974, pp. 190 segs, que a propósito de um pedido de instalação de uma nova unidade industrial (de farinhas de trigo) obtemperou não ser lícito “impor aos interessados que substituam o pedido por outro diverso, ou conceder autorização mais ampla, ou diferente, da que obrigatoriamente ficou delimitada no pedido formulado pelos requerentes”, na medida em que “a autorização não poderá deixar de reportar-se ao «acto condicionado concreto» para que foi pedida, pois só assim será respeitado o princípio da livre iniciativa privada (...)” (p. 198).

iii.) Enfrentamos então o terceiro limite: o da indemnizabilidade do dano sofrido por força da modificação projectada. O acréscimo de custos que a inovação técnica imprevista acarreta na configuração dos deveres do particular pode ser por este considerado demasiado pesado, no contexto das expectativas de investimento realizadas³¹⁵. É necessário não perder de vista a construção da teoria da imprevisão, que justifica a “cirurgia heróica” realizada no contrato, apelando à ocorrência de um prejuízo simultaneamente imprevisível e insuportável³¹⁶. Quando assim for, o desequilíbrio da relação autorizativa, gerado pela superveniência de circunstâncias imprevisíveis, terá que ser resolvido de uma de duas formas: ou a Administração, reconhecendo o interesse público da actividade exercida pelo particular, subsidia, em proporção a aferir em face do caso concreto, o custo das inovações a introduzir, de forma a transformar a actividade de acordo com os padrões de qualidade; ou tal subsídio não se revela justificado, do ponto de vista da relevância da prossecução do interesse público *através* da continuação do exercício da actividade pelo titular da autorização.

A (não) atribuição desta “indemnização de imprevisão” — a qual, recorde-se, em sede contratual abarca apenas o dano emergente³¹⁷ — deve ser equacionada com a eventual necessidade, a pedido do particular e assente em dados credíveis, de atribuir uma indemnização por cessação abrupta da actividade decorrente da revisão extintiva do acto autorizativo. Por outras palavras, em certos e determinados casos, a Administração poderá ver-se perante uma situação em que: ou subsidia a continuação de uma actividade já deficitária; ou compensa o particular por uma espécie de “expropriação” do seu direito a exercer a actividade económica autorizada, nos termos da responsabilidade por facto lícito. Esta há-de assentar na verificação da especialidade e anormalidade do dano — facto que, por um lado, pode dificultar a atribuição da indemnização (v.g., se a alteração implicar uma renovação de várias autorizações, o que pode, nos termos do artigo 9º do DL 48.051, de 27 de Novembro de 1967, afastar a possibilidade de ressarcimento, por ausência de preenchimento do requisito da especialidade). Todavia, por outro lado, caso se reúnam os pressupostos de aplicação do referido preceito, a compensação do particular, por esta via, parece revelar-se mais onerosa — no curto prazo — do que a atribuição da indemnização de imprevisão (dado que esta só computa o dano emergente, enquanto que a responsabilidade por acto lícito não enfrenta essa limitação, podendo incluir o lucro cessante).

³¹⁵ Não esquecendo que por vezes é mais oneroso rectificar do que fazer de raiz — cfr. C. GOOSSENS, *Le régime...*, *cit.*, p. 651, nota.

³¹⁶ J. CRETELLA JÚNIOR, *Tratado de Direito Administrativo*, III, São Paulo, 1967, p. 80.

³¹⁷ E cuja atribuição dependerá de saber, como realçava MARCELLO CAETANO, em sede de contratos administrativos (*Tratado...*, *cit.*, p. 343), se o titular teve ou não tempo para constituir reservas financeiras — uma vez que só com o esgotamento destas se pode afirmar haver prejuízo. É um raciocínio similar que move FILIPA CALVÃO a defender a indemnizabilidade de prejuízos insuportáveis para o titular de uma autorização que não conseguiu fazer dela um uso susceptível de amortizar as despesas de investimento realizadas, a título de responsabilidade por acto lícito — *Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo*, Porto, 1998, pp. 335 segs.

A Administração ver-se-á, então, obrigada a escolher entre indemnizar (mais) o particular pela cessação da actividade do que ajudá-lo (teoricamente menos) a prosseguir-la. A segunda hipótese surgiria cristalina, baseada em argumentos de natureza financeira. Porém, cumpre lembrar aqui a jurisprudência *Compagnie des tramways de Cherbourg*³¹⁸, na qual ficou clara a preferência pela rescisão baseada na (falsa) invocação de caso de força maior, sempre que a atribuição da indemnização de imprevisão se destinar a alimentar uma actividade irreversivelmente deficitária. Transposta esta tese para o problema que nos ocupa, a conclusão a retirar será a de que, perante a insuportabilidade do custo da inovação pelo titular da autorização, e hesitando a Administração na justificação da atribuição de um subsídio que reequilibre a relação autorizativa, a hipótese de indemnização por acto lícito (sublinhe-se: desde que comprovado o prejuízo especial e anormal – v.g., quando a alteração surgiu num momento em que o particular ainda não tivera qualquer hipótese de recuperação do investimento), ainda que importe numa verba superior à eventual indemnização de imprevisão, prefere a esta.

Resta acrescentar que a indemnização de imprevisão (a qual, sublinhe-se, serve também o interesse público ligado à continuação do exercício da actividade) nunca deverá ser atribuída caso a alteração de circunstâncias se deva a negligência ou dolo do titular da autorização. A deterioração de certos equipamentos ou a adopção de determinadas condutas, que tendencialmente gerarão uma menor capacidade de minimização dos efeitos nocivos da actividade, darão aso à aplicação de sanções por incumprimento dos deveres de protecção que impendam sobre o particular. Todavia, perante a inexistência de tipificação de sanções para o incumprimento dos deveres resultantes do acto autorizativo³¹⁹ – hipótese mais comum sempre que os deveres não resultam directamente da lei (*clausulas iuris*) mas antes do poder conformador da Administração –, e em face da ausência de referência no CPA à revogação do acto por incumprimento do modo (à semelhança da previsão do artigo 49/2, §2º da VwVG), o caminho a seguir passará, ou pela propositura de uma acção executiva pela Administração contra o particular inadimplente (cfr. os artigos 157º/2 do CPTA, e 933º segs do CPC) ou, *in extremis*, pela declaração de caducidade do acto³²⁰. Não haverá aqui lugar à revisão (extintiva), uma vez que inexistente alteração *imprevisível* dos pressupostos de facto.

³¹⁸ Cfr. M. LONG *et alii*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11ª ed., Paris, 1996, pp. 277 segs.

³¹⁹ Cfr. o Acórdão do STA de 24 de Junho de 1971, *in ApDG* de 23 de Outubro de 1972, pp. 668 segs, frisando a impossibilidade de a Administração estabelecer sanções não previstas, nem na lei, nem no título inicial da autorização (p. 674).

³²⁰ Sublinhando a preferência da Administração pela adaptação de actos autorizativos ambientais, se possível através da negociação com os particulares, em vez da pura e simples revogação por incumprimento, minimizando assim os prejuízos para os operadores e evitando custos de desenvolvimento, H. JARASS, *Reichweite des Bestandsschutzes industrieller Anlagen gegenüber umweltrechtlichen Massnahmen*, *in DVBl*, 1986/7, pp. 314 segs, 319 segs.

3.3. O controlo jurisdicional da competência de revisão do acto autorizativo

A análise das vias de controlo jurisdicional do poder de revisão dos actos cujos pressupostos de facto se alteraram imprevisivelmente assenta em duas questões: por um lado, a caracterização da competência de revisão como vinculada; por outro lado, a afirmação da co-responsabilização da Administração por danos causados por instalações privadas autorizadas em virtude da não actualização dos termos de funcionamento de acordo com a alteração superveniente dos factores de risco, no sentido da sua evitação ou minimização.

Relativamente à natureza da competência de revisão do acto, o facto de se tratar de um poder tendencialmente vinculado resulta, quer da tarefa pública de protecção da qualidade ambiental numa vertente preferencialmente preventiva, quer da injunção constitucional de conformação dos deveres de protecção do ambiente por parte da Administração, sempre que a lei lhe defere, expressa ou implicitamente, tal missão – por força da “responsabilidade partilhada” enunciada no artigo 66º/2 da CRP, *maxime* na alínea d) – quer, ainda, dos genéricos imperativos constitucionais de prossecução do interesse público com respeito pelos direitos dos particulares, e de prevenção de perigos (artigos 266º/1 e 272º/1, *in fine* da CRP) – no que toca à prevenção de riscos para bens individuais.

O ponto que queremos realçar é o seguinte: confrontada com elementos que indiquem a necessidade de rever um determinado acto (ou conjunto de actos, caso se trate de uma situação comum a vários operadores), a Administração não tem a *faculdade* de o rever (modificativa ou extintivamente) mas sim o *dever* de o fazer (salvo, porventura, quando a alteração implicar a declaração de nulidade por desaparecimento dos pressupostos de facto, configurando-se uma hipótese de acto com objecto impossível). A tarefa de protecção dinâmica de direitos e valores fundamentais que sobre si impende não lhe deixa margem de livre decisão quanto ao *se*, mas apenas quanto ao *como*.

A dilucidação desta primeira questão tem, naturalmente, que ver com a forma de contestação judicial da inércia administrativa, se fundamentada para a necessidade de revisão de um determinado acto autorizativo cujos efeitos ameaçam lesar de forma significativa bens ambientais naturais (além de outras lesões que poderão sobrevir para bens individuais). Tendo sido proposto o prazo de ano para conclusão do procedimento de revisão, iniciado officiosamente ou na sequência de uma denúncia externa, a recusa da sua abertura ou a falta de decisão nesse prazo propiciará aos interessados a via da acção para condenação da Administração à prática de acto devido, meio jurisdicional regulado nos artigos 66º e segs do CPTA (quanto aos prazos, deve ter-se em especial atenção o artigo 69º do CPTA).

Perante uma situação de iminência de lesão ou mesmo de começo de lesão – seja de bens naturais, seja de bens individuais –, as medidas previstas no Capítulo da justiça cautelar (artigos 112º e segs) poderão, de acordo com as características do caso, ter aplicação. Realce-se que, tratando-se de lesão de direitos fundamentais que se reflecta numa pretensão individualizada relativamente a uma acção ou omissão administrativa, ainda pode lançar-se mão – em vez da providência cautelar – do processo sumário de intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias

consagrado no artigo 109º do CPTA³²¹.

No que tange à segunda questão, ela reporta-se ao problema das consequências da omissão administrativa quando à Administração seja solicitada a revisão do acto — mormente, quando indeferiu um pedido que lhe tenha sido apresentado —, ou quando se possa demonstrar que, tendo tomado conhecimento da alteração de pressupostos e, concomitantemente, ficado consciente dos danos que poderiam advir para os bens jurídicos ambientais, negligenciou a adopção de medidas de revisão necessárias e suficientes. A Administração é responsável pelos efeitos dos actos emitidos pelos seus órgãos, nos termos dos artigos 22º e 271º/1 e 4 da CRP e do regime de responsabilidade civil extracontratual plasmado no DL 48.051, de 27 de Novembro de 1967, e uma vez verificados os pressupostos de dever de indemnizar. No caso de actos de efeitos prolongados no tempo (ou seja, que não se esgotam no momento de notificação ao seu destinatário), a Administração acumula, com a responsabilidade pela sua emissão, um dever de fiscalização do seu adequado cumprimento — “uma espécie de *tracto contínuo* de natureza inspectiva”, na expressão de GOMES CANOTILHO³²².

Ora, no domínio dos actos autorizativos com incidência ambiental, já sabemos que a Administração tem, desde logo por força do texto constitucional (quando não também expressamente reiterada na lei habilitante da competência específica de autorização), uma obrigação de fiscalização do fiel cumprimento dos deveres que lhes são inerentes, que desenvolve através de inspecções, pedidos de informação ao particular, controlo dos resultados de monitorizações, enfim, dos meios de que dispunha para aferir da conformidade do comportamento do titular da autorização com os padrões que lhe foram fixados. O dever de revisão insere-se nesta lógica de acompanhamento da vida da autorização e da necessidade de adaptação a novos factores de risco ou a novas técnicas de minimização dos riscos conhecidos. A sua omissão gera, portanto, responsabilidade por facto ilícito, na medida em que traduz a demissão da Administração da sua tarefa de acção preventiva face a riscos ambientais, ainda que apenas minimamente comprovados (no sentido de não passíveis de exclusão mesmo que com base em opiniões minoritárias) — cfr. *supra*, Parte II, Cap. I., 4.2.2.1. ii)..

O sentido da decisão final num procedimento tendente à revisão do acto por força de alterações supervenientes dos pressupostos de facto não é isento de ponderações valorativas, mormente quando se lide com largas margens de incerteza [*vide* Parte II, Cap. II, 2.3.1.1. b)]. No entanto, caso a Administração seja ré numa acção de efectivação da responsabilidade civil extracontratual por facto ilícito resultante da recusa de iniciar um procedimento de revisão, ou da demora em o fazer, terá que demonstrar que a sua omissão se deveu a uma convicção fundada da desnecessidade

³²¹ Cfr., sobre este meio processual, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *A protecção dos direitos fundamentais na justiça administrativa reformada*, in *RLJ*, nº 3929, 2001, pp. 226 segs, e os nossos *Pretexto, contexto e texto da intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, V, Coimbra, 2003, pp. 541 segs, 557 segs, e *Contra uma interpretação demasiado conforme à Constituição do artigo 109º/1 do CPTA*, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem do Prof. Doutor António de Sousa Franco*, I, Lisboa, 2006, pp. 391 segs (e bibliografia aí citada). Especificamente sobre o requisito da “pessoalidade” do direito, vejam-se ainda os nossos *Intimação para defesa de que direitos, liberdades e garantias? Anotação ao Acórdão do STA de 18 de Novembro de 2004*, in *CJA*, nº 50, 2005, pp. 38 segs, e *Contra uma interpretação...*, *cit.*, ponto 2.2..

³²² J. J. GOMES CANOTILHO, *Actos autorizativos...*, *cit.*, p. 41.

de o levar a cabo, ou que a demora encontra justificação na complexidade de aferição dos novos pressupostos e da ponderação dos seus reflexos no conteúdo regulatório do acto autorizativo (cfr. os artigos 2º e 3º do DL 48.051, de 27 de Novembro de 1967, completados pelas disposições aplicáveis em sede de responsabilidade aquiliana constantes do Código Civil – artigos 483º a 498º; 562º a 572º). A complexidade da apreciação jurisdicional destes aspectos é evidente [*supra*, Parte II, Cap. II, 2.3.1.2. b)].

Tratando-se, em regra, de responsabilidade por omissão, caberá à Administração justificar cabalmente o défice de ponderação, ou a negligente conduta procedimental que originou ou agravou os danos³²³. Esta inversão do ónus da prova acaba por coincidir com o imperativo decorrente da lógica de prevenção alargada – ou prevenção antecipativa de riscos – a que aludimos na Parte II, Cap. I, 4.2.4.. As razões são diversas, mas o resultado é o mesmo: a responsabilidade por omissão coloca especiais dificuldades de prova ao lesado e por isso o legislador impõe ao presumível lesante a demonstração da ausência de culpa (ou de causalidade) como forma de afastar a imputação de responsabilidade (cfr. o artigo 486º do Código Civil); o princípio da prevenção, por seu turno, implica que seja o presumível lesante a provar que a sua conduta se pautou pelos deveres de diligência humanamente exigíveis no sentido da evitação ou minimização do dano³²⁴.

Estando-se perante uma actividade autorizada, configurar-se-á uma demanda em litisconsórcio passivo necessário do titular da autorização – caso o demandante lhe impute também uma quota de responsabilidade. Desenhando-se uma hipótese de responsabilidade por facto ilícito, a Administração responderá solidariamente com o particular³²⁵, numa acção administrativa comum exclusivamente dedicada à efectivação da responsabilidade [artigo 37º/2/f) do CPTA], ou numa acção administrativa especial tendente à condenação da Administração à revisão do acto cumulada com um pedido indemnizatório, nos termos dos artigos 66º e segs, 4º/2/f) e c), e 5º/1 do CPTA (não descartando a verificação de diferente quotas de responsabilidade, a acertar em eventual acção de regresso). O facto de nestas acções ser também demandado um particular (ou vários, caso se reúnam os pressupostos das acções em massa a que se reporta o artigo 48º do CPTA) não obsta à verificação da competência material dos tribunais administrativos (cfr., desde logo, o artigo 10º/7 do CPTA), embora a absolvição da Administração do pedido (por exemplo, se se verificar que o dano ocorreu por força de facto exclusivamente imputável ao particular; se a Administração demonstrar que os indícios de risco não eram suficientemente intensos para justificar

³²³ Estas situações têm sido abordadas pela jurisprudência francesa por apelo a uma ideia de “faute rénovée” por ausência de acompanhamento da prognose evolutiva que esteve na base da decisão autorizativa – cfr. Y. JÉZOUGO, *Le juge administratif...*, *cit.*, p. 29.

³²⁴ Cfr. J.-MARIE PONTIER, *L'imprévisibilité...*, *cit.*, pp. 38 segs.

³²⁵ *Responsabilidad...*, *cit.*, pp. 54 segs.

a revisão) possa levantar a questão de saber se o pedido remanescente — contra o titular da autorização — não deverá ser apreciado pelos tribunais comuns³²⁶.

4. Síntese

O factor risco importa uma redução sensível da estabilidade tradicionalmente associada ao acto autorizativo. No domínio ambiental, por força da invasão da técnica, os pressupostos de facto e a apreciação científica dos riscos ficam sujeitos a um controlo dinâmico que pretende traduzir uma actualização permanente do Direito em face da evolução das realidades físicas. Este quadro redundando num decréscimo do investimento de confiança do titular da autorização relativamente aos termos desta e num paralelo acréscimo de responsabilidade administrativa pela fiscalização do cumprimento dos deveres de protecção do ambiente ínsitos no acto autorizativo.

O princípio de actualização subjacente aos actos autorizativos ambientais põe em causa a noção de “actos constitutivos de direitos”. A autorização, acto constitutivo de direitos por excelência — uma vez que concretiza a mera remoção de limites ao exercício de direitos preexistentes —, já bastante *deformada* em virtude do aumento de intervencionismo administrativo no plano económico, vê-se agora destituída do seu estatuto de intangibilidade, *rectius*, irrevogabilidade. Quer porque os direitos, salvo actos de efeitos instantâneos, se não constituem, antes se vão constituindo ao longo da vida do acto autorizativo; quer porque não existem, salvo situações pontuais, nem actos constitutivos de direitos que não importem restrições de direitos para terceiros (os quais podem ter interesse na sua eliminação), nem actos não constitutivos de que não resultem vantagens para terceiros (os quais terão interesse na sua manutenção); quer ainda porque a vinculação administrativa à juridicidade abre as portas ao princípio da boa-fé, o qual passa a ser referente de validade da forma de “aquisição” do direito.

A jurisprudência francesa, nomeadamente do Conselho de Estado, foi assimilando as mudanças registadas no seio do acto autorizativo, abrindo brechas na sua tradicional intocabilidade. Todavia, não admite, ainda hoje, a abrogação de actos administrativos por motivos de oportunidade, nem por alteração das circunstâncias de facto embora, em contrapartida, tenha dado passos seguros no sentido da admissão da revogação de regulamentos administrativos, muito por força da necessidade de observância do princípio da uniformidade de aplicação do Direito Comunitário — quando um acto comunitário vem determinar a invalidade superveniente de regulação nacional.

³²⁶ De acordo com a opinião que expressámos no nosso *A ecologização...*, *cit.*, pp. 265, 266, a natureza pública do bem ambiente deverá constituir um factor de atracção de toda a dimensão destes litígios para o contencioso administrativo — por força da alínea l) do nº 1 do artigo 4º do ETAF, numa leitura conforme à Constituição. No entanto, não podemos descartar a hipótese de a acção ter sido movida por interessados investidos na legitimidade individual clássica, facto que, uma vez isentada a Administração de qualquer responsabilidade e *despindo* assim o litígio da sua conotação jurídico-pública, o arrastaria para uma decisão final no foro cível.

No mesmo sentido, J. C. LAGUNA DE PAZ (*Responsabilidad...*, *cit.*, p. 55), apelando aos princípios da coerência e da tutela jurisdiccional efectiva.

Em Portugal, a fórmula dos actos “declaratórios de direitos” está presente desde o século XIX, tendo merecido tratamento doutrinal por MARCELLO CAETANO, que a “transmitiu” ao Código Administrativo de 1936/40. Neste Código previa-se a irrevogabilidade dos actos constitutivos de direitos válidos oriundos dos órgãos autárquicos, salvo por ilegalidade e no prazo máximo de um ano (prazo de interposição do recurso de anulação para o Ministério Público). Apesar das críticas doutrinárias e do exemplo da lei procedimental alemã (de 1976), o legislador do CPA não corrigiu a rota, mantendo-se impassível perante a necessidade de adaptação do poder de revogação às novas realidades ligadas ao avolumar de responsabilidades administrativas na gestão de riscos públicos. Apesar da aparente abertura do artigo 121º do CPA, o artigo 140º/1/b) do CPA constitui um obstáculo de monta à actualização do conteúdo de actos autorizativos cujos pressupostos de facto se alteram ao longo da sua vida útil – sempre que, naturalmente, lei especial se não ocupe directamente da regulação de tais situações, o que vai sendo cada vez mais usual, por impulso da legislação comunitária.

A lei procedimental administrativa limita-se a traçar o regime da revogação anulatória, deixando apenas enunciada a noção de revogação abrogatória. Tão-pouco permite uma autonomização das figuras da reforma e da revisão. Partindo do recenseamento feito por Autores que especialmente se dedicaram ao tema da revogação, concluímos, sem surpresa, que o regime desta demanda alterações urgentes. No entanto, no que mais directamente nos interessa, é à figura da *revisão* que pretendemos dar maior destaque, na medida em que esta permitiria introduzir modificações (ou, no limite, extinguir) em actos autorizativos cujos pressupostos de facto se vejam sensivelmente alterados durante o período de vigência da autorização, sem que isso importe, nem numa revogação anulatória, nem numa revogação abrogatória (nem numa reforma, uma vez que esta implica a reapreciação de aspectos existentes no momento da concessão da autorização, e não surgidos supervenientemente).

Defender a viabilidade da figura da revisão, num sistema fechado como o do CPA, passa pela filiação da noção na teoria da imprevisão, versão administrativa da cláusula *rebus sic stantibus*. A aproximação a um princípio com vigência circunscrita ao domínio dos contratos é facilmente explicável se pensarmos, por um lado, na natureza para-contratual das autorizações administrativas ambientais, nas quais se investe o particular num conjunto de faculdades radicadas na iniciativa privada, mas acompanhadas de um leque de deveres, concretizadores da norma constitucional do artigo 66º/1, 2ª parte. Por outro lado, o princípio da equivalência funcional entre acto e contrato administrativos, com sede no artigo 179º/1 do CPA, valida a equação da hipótese de aplicação ao acto autorizativo do mesmo regime de revisibilidade a que um contrato está sujeito – nomeadamente, em virtude da sua sujeição à teoria da imprevisão.

Depois de passar em revista rápida a teoria do poder de modificação unilateral, apercebemo-nos de que a teoria da imprevisão abarca uma factualidade distinta. Enquanto a primeira envolve a reformulação do juízo de oportunidade que presidiu à conformação do conteúdo do contrato em atenção ao princípio da melhor prossecução do interesse público, apelando à continuação da colaboração do particular em moldes diversos – ainda que não essencialmente diversos, sob pena de afectação do objecto do contrato –, a segunda assenta na constatação da alteração dos pressupostos de facto subjacentes ao estabelecimento do vínculo contratual, por força da ocorrência de um evento totalmente imprevisível para qualquer das partes.

Apesar de a jurisprudência portuguesa se revelar errática na identificação de situações de imprevisão, a doutrina converge na aceitação da sua admissibilidade enquanto fundamento de alteração dos termos do contrato, acompanhada de uma compensação pecuniária dos danos emergentes sofridos pelo co-contratante ou, no limite, da rescisão do contrato. O paralelo das situações de alteração de circunstâncias no domínio contratual é nítido nas hipóteses de superveniência de novos factos ou nova apreciação científica dos mesmos, propulsoras de uma modificação dos termos do acto autorizativo ambiental, que reveste uma natureza materialmente contratual. Trata-se, ao cabo e ao resto, de casos de alteração da conformação dos deveres inicialmente efectuada, por força da superveniência de novos factores de risco associados aos pressupostos de facto do acto autorizativo.

Apelar à declaração de caducidade revela-se insuficiente, na medida em que esta figura pressupõe a descontinuidade da relação autorizativa (por desaparecimento total dos seus pressupostos). O artigo 141º do CPA tão pouco resolve o problema, pois que esta disposição aponta para uma invalidade presente à data da emissão do acto. A figura da revogação abrogatória, a admitir-se a sua aplicação a “actos constitutivos de direitos” válidos, também não enquadra correctamente os dados da questão, em virtude da sua ligação a motivos de oportunidade. A revisão, filiada na teoria da imprevisão e accionada por uma alteração imprevisível, de acordo com os melhores conhecimentos humanamente apreensíveis à data da emissão do acto, permite à Administração, por iniciativa própria, a pedido do titular ou de terceiros interessados na salvaguarda de um bom nível de qualidade ambiental, proceder à modificação (ou, no limite, à extinção) do acto autorizativo, actualizando os deveres nele contidos à luz de novos dados.

A definição que propomos de revisão é a seguinte: *instituto que visa a modificação ou extinção de um acto administrativo misto (que atribua direitos e imponha deveres) por força da alteração dos pressupostos de facto ou da valoração técnica que sobre eles incidiu, ou dos pressupostos de direito, em momento cronológica e juridicamente posterior ao do seu conhecimento pelo destinatário, alteração essa que ofende de tal forma os interesses públicos cuja prossecução o acto autorizativo visa que a sua subsistência, nos moldes iniciais, se revele insustentável.*

A revisão deve observar alguns cuidados procedimentais (produção de prova pericial; audiência do interessado; rigorosa fundamentação) e encontra um limite incontornável na necessidade de indemnizar o titular da autorização pelos custos intoleráveis que a actualização implicar (isto é: quando não possa ser razoavelmente suportada pelos lucros obtidos), caso a actividade revele um interesse público inequívoco e a indemnização não redunde num financiamento de uma empresa deficitária, com prejuízo para o erário público. Se a actualização for demasiado onerosa, melhor será que a Administração, caso estejam reunidos os pressupostos, indemnice por acto lícito, nos termos do artigo 9º do DL 48.051.

A competência de revisão — tendencialmente vinculada — pode ser controlada jurisdicionalmente, junto dos tribunais administrativos. Qualquer interessado, alegando (e provando) a superveniência de novos dados que permitam sustentar validamente o exercício daquela competência, pode requerer ao tribunal a condenação da Administração a desencadear o procedimento respectivo — ainda que dele possa resultar, quer a modificação do acto, quer a sua extinção quer, inclusivamente, a manutenção nos mesmos termos (se a alegada causa de revisão se não afigurar válida

ou adequada). Sublinhe-se que a via jurisdicional se revela particularmente apta a receber pedidos de indemnização por danos ecológicos provocados por omissão de actualização de autorizações tornadas desconformes com o parâmetro inicialmente previsto, bem assim como por défice de ponderação das circunstâncias de risco supervenientemente surgidas. Ambos os pedidos se reconduzem à responsabilidade por facto ilícito e serão, em regra, exigidos solidariamente à entidade autorizante e ao titular da autorização (não descartando a verificação de diferente quotas de responsabilidade, a acertar em eventual acção de regresso).

Considerações finais

Retomar a conhecida fórmula socrática — *Só sei que nada sei* — bem pode dar o mote para o desfecho desta investigação (ainda que correndo o “risco” de as palavras do filósofo serem lidas como uma confissão de impotência perante a resistência à resolução manifestada pelos problemas que lhe estão subjacentes). Com efeito, no final deste trabalho, a avaliação e gestão dos riscos públicos surgem como tarefas sempre inacabadas e irremediavelmente controversas. Os apelos ao rigor — do cientista, que fornece a informação —, à precisão possível — do legislador, que a processa com as limitações que se observaram —, à serenidade — da população que se vê apanhada entre a sedução da novidade e o alarme do desconhecido —, e à contenção — da Administração, que se movimenta em domínios eivados de incerteza e sente impender sobre si a responsabilidade da antevisão do máximo de riscos possível — impõem-se.

Uma das ideias que esperamos resulte da leitura destas páginas é a da necessária conciliação entre segurança e liberdade. Os dilemas da sociedade de risco, bem espelhados na adesão acrítica de muitos ao *canto de sereia* do princípio da precaução, jogam-se nessa harmonização. “Perseguindo a segurança, a sociedade moderna pode adoptar uma trajectória deveras arriscada, rendendo-se a uma ilusão de sociedade sem risco que pode aniquilar a liberdade individual”, alerta TRUTE¹. O risco é ineliminável — a menos que sufoquemos a liberdade. Alguns riscos são evitáveis e muitos são minimizáveis — salvaguardando-se a segurança.

Inevitável se afigura também que avaliação e gestão do risco, quer por força da integração na União Europeia, quer em virtude da rejeição do unilateralismo pelos organismos responsáveis pelo comércio internacional, começam inexoravelmente a escapar ao controlo do Estado, tendendo a centralizar-se em órgãos supra-nacionais. A legitimidade destes órgãos, assessorados por cientistas e técnicos e adoptando processos de decisão que decorrem à margem dos parlamentos nacionais, levanta

¹ H.-HEINRICH TRUTE, *From past...*, *cit.*, p. 74.

questões perturbadoras no plano dos princípios democrático e da reserva de lei, que só parecem encontrar alguma panaceia no reforço da transparência procedimental, na intensificação da cooperação internacional e na consagração — ainda que com limitações, objectivas e temporais — de cláusulas de salvaguarda para enfrentar situações de conflitualidade social aguda provocada pela rejeição generalizada de certos produtos.

A “palavra de ordem” na sociedade de risco é estar alerta. Para isso urge promover a investigação, divulgar a informação, estabelecer a colaboração entre organismos nacionais, comunitários e internacionais, implementar estruturas eficazes de fiscalização da actividade dos operadores, sobretudo daqueles que lidam com matérias altamente poluentes e com alto grau de risco para a saúde humana e para o ambiente². Porque as surpresas são inevitáveis³, convém ouvir mesmo as vozes minoritárias, desde que cientificamente credíveis, para evitar lamentos tardios perante danos irreversíveis. A Ciência enquanto guardiã da verdade, todavia, é um mito. A verdade científica é cada vez mais precária e as fraudes recentes (anote-se, por todas, a publicação, pela prestigiada revista *Science*, da descoberta do processo de clonagem de embriões humanos pelo cientista sul-coreano Hwang Woo-Suk, que se veio a revelar uma farsa) não lhe acrescentam credibilidade. Enfim, “There will always be non-knowledge”⁴...

Os custos do risco repartem-se entre entidades com competência autorizativa e operadores. Quanto maior for a incerteza envolvida, maior será a quantidade e intensidade de deveres de protecção do ambiente a cargo dos agentes industriais, comerciais, agrícolas, e maior será a responsabilidade inspectiva a recair sobre a Administração. Mais do que privilegiar sistemas de responsabilidade pública objectiva, que tende a transformar o Estado numa seguradora de riscos totalmente imprevisíveis, parece-nos sobretudo importante investir no empenhamento das entidades com competências inspectivas, devidamente respaldado numa política de investigação que permita acompanhar a evolução técnico-científica dos fenómenos geradores de risco.

A imparcialidade e o equilíbrio da ponderação administrativa no momento da gestão do risco — tomando em consideração todos os dados relevantes e balanceando os interesses em jogo de forma a modular o conteúdo dos deveres de protecção do ambiente numa medida não excessiva em face dos riscos antevizíveis para bens jurídicos fundamentais — avultam como factores de controlo da legitimidade da decisão autorizativa e, reversamente, a sua ausência constitui fundamento de imputação de responsabilidade por défice de ponderação, em caso de ocorrência de danos naqueles bens jurídicos⁵.

² Cfr. W. KÖCK, *Risikovorsorge...*, *cit.*, p. 22.

³ Cfr. *Twelve late lessons*, in P. Harremoës, D. Gee, M. MacGarvin, A. Stirling, J. Keys, B. Wynne, e S. Guedes Vaz, *The precautionary principle in the 20th century. Late lessons from early warnings*, London/Sterling VA, 2002, pp. 185 segs, 187.

⁴ H.-HEINRICH TRUTE, *From past...*, *cit.*, p. 77.

⁵ “Die Durchführung der Staatsaufgabe Risikovorsorge hat sich am Untermassverbot zu orientieren” — W. KÖCK, *Risikovorsorge...*, *cit.*, p. 20.

Esta responsabilização é, como o risco demanda, dinâmica. O que significa que a Administração deve, não só ponderar adequadamente os melhores dados científicos no momento da emissão da autorização, como há-de, através do controlo dos resultados da monitorização feita pelos operadores e/ou de acções de fiscalização por si promovidas, zelar para que o conteúdo dos deveres do operador seja suficiente para evitar ou minimizar riscos supervenientes. A revisão do acto autorizativo em virtude da alteração de circunstâncias é o instrumento adequado a este desígnio de actualização da autorização em face de novos efeitos de risco.

O protagonismo da Administração em sede de gestão do risco não deve isentar, todavia, o legislador da tarefa de actualização da legislação perante novos riscos – desde logo, pronunciando-se no sentido da aceitação do risco, delimitando a margem de risco residual, e introduzindo as garantias procedimentais essenciais à transparência e imparcialidade do *iter* decisório administrativo. Se é certo que a função legislativa se vê despojada da sua tradicional densidade na regulação de matérias em que as incertezas abundam⁶, não é menos verdade que isso redunde num “atestado de incapacidade” nesta sede, nomeadamente no que toca à decisão de aceitação de riscos vitais.

Conforme sublinham FREITAS DO AMARAL e RUI MEDEIROS, “(...) uma vez que, na sociedade de risco, o conhecimento assume um importante significado político, recai sobre o Legislador um dever constitucional de aperfeiçoamento da legislação e de aprofundamento dos direitos fundamentais através da correcção dos erros de prognose ou de tomada em consideração dos novos elementos de direito e de facto entretanto surgidos”⁷. Cumpre relembrar, contudo, que a salvaguarda das condições de concorrência e da liberdade de circulação de produtos no espaço europeu, bem como o respeito pelo princípio da liberdade de trocas no contexto do comércio internacional, inviabilizam tendencialmente uma tomada de posição “unilateral” sobre determinado factor de risco, pelo menos com carácter duradouro.

O percurso que seguimos demonstra que a questão da avaliação e gestão do risco é um tema com futuro. De um futuro, como já alguém o caracterizou, frágil⁸. Atenuar essa fragilidade é uma tarefa comum – do cientista, do político, do jurista, do cidadão – e começa por levar a sério a protecção dos bens ambientais naturais, sustentáculo da forma de vida humana adoptada nos últimos milhares de anos. A noção de dever de protecção do ambiente, bem mais adequada, jurídica e sociologicamente, à consciencialização dessa responsabilidade partilhada, é a opção que defendemos aqui, sem intuítos proselitistas mas com a convicção firme de que a sua autenticidade ganhará em eficácia o que perde em utopia.

⁶ Havendo quem fale em erosão das formas tradicionais de sustentação da decisão administrativa (H. HEINRICH TRUTE, *From past...*, *cit.*, p. 100), ou de uma necessidade de rever os quadros constitucionais aplicáveis à actividade administrativa, no sentido de reconhecer ao Executivo uma autonomia clara no contexto da gestão do risco (E. FISHER, *Risk and the challenges...*, *cit.*, pp. 725 segs).

⁷ D. FREITAS DO AMARAL e RUI MEDEIROS, *Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas - o caso Aquaparque*, in *RDES*, 2000/3-4, pp. 299 segs, 342, 343.

⁸ V. SOROMENHO-MARQUES, *O Futuro frágil: os desafios da crise global do ambiente*, Lisboa, 1998.

Bibliografia

I. Doutrina

AA. VV., **Introduction e Twelve late lessons**, in Harremoës, P., Gee, D., MacGarvin, M., Stirling, A., Keys, J., Wynne, B., e Guedes Vaz, S., *The precautionary principle in the 20th century. Late lessons from early warnings*, London/Sterling VA, 2002, pp. 1 segs e 185 segs, respectivamente

ABELLÁN HONRUBIA, V., **Algunas consideraciones sobre el nuevo orden económico internacional**, in *RFDUC*, nº 13 (monográfico), 1987, pp. 213 segs

ABRAMS, R., Plater, Z., Goldfarb, W., e Graham, R., **Environmental law and policy: nature, law and society**, 2ª ed., St. Paul, Minnesota, 1998

ABOUCAR, J., Cameron, J., e Wade-Gery, W., **Precautionary principle and future generations**, in *Future generations and environmental law*, org. E. Agius e S. Busutti, Londres, 1998, pp. 93 segs

AGIUS, E., **Obligations of justice towards future generations: a revolution in social and legal thought**, in *Future generations and international law*, coord. E. Agius e S. Busutill, Londres, 1998, pp. 3 segs

AGUADO I CUDOLÀ, V., **Silencio administrativo e inactividad**, Madrid/Barcelona, 2001

ALEXY, R., **Teoria de los derechos fundamentales**, trad. de *Theorie der Grundrechte* (1986), Madrid, 1993

ALLI ARANGUREN, J.-Cruz, **La evaluación de impacto ambiental en el Derecho Comunitario**, in *RDU&MA*, nº 190, 2001, pp. 1541 segs

ALPA, G., **Solidarietà**, in *NGCC*, 1994, Parte seconda, pp. 365 segs

ALSTON, P.,

- **A third generation of solidarity rights: progressive development or obfuscation of international human rights law?**, in *NILR*, vol. 24, 1982, pp. 307 segs
- **Les nouveaux droits de l'Homme: il est nécessaire d'élaborer de nouvelles procédures pour leur proclamation**, in *RCIJ*, nº 34, 1985, pp. 62 segs

ALVES, Carlos Manuel, **La protection intégrée de l'environnement en Droit Communautaire**, in *REDE*, 2003/2, pp. 129 segs

ALVES, Pedro, **O novo regime de impugnação de normas**, in *Novas e velhas andanças do Contencioso Administrativo. Estudos sobre a reforma do contencioso administrativo*, coord. de V. Pereira da Silva, Lisboa, 2005, pp. 31 segs

ALVES CORREIA, F.,

- O plano urbanístico e o princípio da igualdade, Coimbra, 1989
- Manual de Direito do Urbanismo, I, 2ª ed., Coimbra, 2004

AMADO GOMES, Carla,

- O património cultural na Constituição, in *Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976*, I, org. de Jorge Miranda, Coimbra, 1996, pp. 337 segs
- A evolução do conceito de soberania. Tendências recentes, in *SI*, nºs 274/276, 1998, pp. 185 segs
- Contributo para o estudo das operações materiais da Administração Pública e do seu controlo jurisdicional, Coimbra, 1999
- Saúde pública vs liberdade individual. Casos da vida de um médico de saúde pública, Lisboa, 1999
- As operações materiais e o Direito do Ambiente, 1ª ed., Lisboa, 1999
- O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente, in *RJUA*, nºs 11/12, 1999, pp. 43 segs (também publicado na compilação *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005, pp. 7 segs)
- A prevenção à prova no Direito do Ambiente, Coimbra, 2000
- A co-incineração de resíduos industriais perigosos: notas à margem de uma polémica, in *RJUA*, nº 13, 2000, pp. 9 segs (também publicado nos *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 35 segs)
- Ambiente (Direito do), in *DJAP*, 2º Suplemento, Lisboa, 2001, pp. 9 segs (também publicado nos *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 73 segs)
- Dar o duvidoso pelo (in)certo? Reflexões sobre o “princípio da precaução”, in *RJUA*, nºs 15/16, 2001, pp. 9 segs, 28 segs (também publicado nos *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 141 segs)
- A protecção internacional do ambiente na Convenção de Montego Bay, in *Estudos em homenagem da Professora Doutora Isabel Magalhães Collaço*, II, Coimbra, 2002, pp. 695 segs (também publicado nos *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 187 segs)
- Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental, in *RJUA*, nº 17, 2002, pp. 35 segs, 48 (também publicado nos *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 223 segs)
- A ecologização da justiça administrativa: brevíssima nota sobre a alínea I) do nº 1 do artigo 4º do ETAF, in *RJUA*, nº 20, 2003, pp. 25 segs (também publicado nos *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 249 segs)
- Pretexto, contexto e texto da intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, V, Coimbra, 2003, pp. 541 segs
- A responsabilidade e a(s) sua(s) circunstância(s), Anotação ao Acórdão do STA de 4 de Dezembro de 2003, in *CJA*, nº 45, 2004, pp. 43 segs
- O direito ao ambiente no Brasil: um olhar português, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. Silva Cunha*, Coimbra, 2005, pp. 159 segs (também publicado na compilação *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 271 segs)
- A impugnação jurisdicional de actos comunitários lesivos do ambiente, nos termos do artigo 230 do Tratado de Roma: uma acção nada popular, in *CEDOUA*, 2004/1, pp. 89 segs (também publicado nos *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 293 segs)
- Intimação para defesa de que direitos, liberdades e garantias? Anotação ao Acórdão do STA de 18 de Novembro de 2004, in *CJA*, nº 50, 2005, pp. 38 segs
- D. Quixote, cidadão do mundo: da apoliticidade da legitimidade popular para defesa de interesses transindividuais, Anotação ao Acórdão do STA, I, de 13 de Janeiro de 2005, in *CJA*,

nº 54, 2005, pp. 46 segs

- Constituição e Ambiente: erância e simbolismo, *in OD*, 2006/IV, pp. 817 segs
- Jurisprudência dirigente ou vinculação à Constituição? Pensamentos avulsos sobre o Acórdão do TJCE de 13 de Setembro de 2005, *in RMP*, nº 107, 2006, pp. 213 segs
- Dúvidas não metódicas sobre o novo processo de impugnação de normas do CPTA, *in CJA*, nº 60, 2006, pp. 3 segs
- Contra uma interpretação demasiado conforme à Constituição do artigo 109º/1 do CPTA, *in Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem do Prof. Doutor António de Sousa Franco*, I, Lisboa, 2006, pp.

D'AMATO, A., Do we owe a duty to future generations to preserve the global environment?, *in Agora: What obligations does our generation owe to the next? An approach to global environmental responsibility*, *in AJIL*, Vol. 94, 1990, pp. 190 segs

AMIRANTE, D., Ambiente e principi costituzionali nel diritto comparato, *in Diritto ambientale e Costituzione. Esperienze europee*, a cura di D. Amirante, Milão, 2000, pp. 11 segs

AMORTH, A., Il silenzio dell'autorità amministrativa di fronte alla richiesta di un'autorizzazione, *in FI*, Parte Prima, 1949, pp. 148 segs

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de, La cláusula *rebus sic stantibus*, Valencia, 2003

ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., Le CE et le principe de précaution, *in AJDA*, 1999/6, pp. 4 segs

ANTOINE, J., La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties, *in RFDA*, 2004/1, pp. 80 segs

ANTOINE, S., L'animal et le droit des biens, *in D.Ch.*, 2003, nº 39, pp. 2651 segs

ANTUNES, Tiago,

- O ambiente entre o Direito e a Técnica, Lisboa, 2003
- Ambiente: um direito, mas também um dever, *in Estudos em memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, II, Coimbra, 2005, pp. 645 segs
- O comércio de emissões poluentes à luz da Constituição da República portuguesa, Lisboa, 2006

APPEL, I.,

- Stufen der Risikoabwehr, *in N+R*, 1996/5, pp. 227 segs
- Europas Sorge um die Vorsorge, *in NVwZ*, 2001/4, pp. 395 segs

APPLEGATE, J., A beginning and not an end in itself: the role of risk assessment in environmental decision-making, *in UCLR*, 1995, pp. 1643 segs

ARAGÃO, Alexandra, Instrumentos científicos e instrumentos jurídicos: perspectivas de convergência rumo à sustentabilidade no Direito Comunitário do Ambiente, *in RJUA*, nº 20, 2003, pp. 11 segs

ARAÚJO, António, O Código do Procedimento Administrativo e a participação dos administrados, *in RMP*, nº 53, 1993, pp. 11 segs

ARAÚJO, Fernando, *A hora dos direitos dos animais*, Coimbra, 2003

AROSO DE ALMEIDA, M.,

- Implicações de Direito substantivo da reforma do contencioso administrativo, *in CJA*, nº 34, 2002, pp. 69 segs
- O novo regime do processo nos tribunais administrativos, 4ª ed., Coimbra, 2005

ARBOUSSET, H., *Retrait, abrogation et securité juridique (Analyse, depuis 1981, d'une relation souvent difficile)*, *in Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*, 2000/1, pp. 541 segs

ATAÍDE, Augusto de,

- Para a teoria do contrato administrativo. Limites e efeitos do exercício do poder de modificação unilateral pela Administração Pública, *in Estudos em honra do Prof. Marcello Caetano*, Lisboa, 1973, pp. 73 segs
 - Poderes unilaterais da Administração sobre o contrato administrativo, Rio de Janeiro, 1980
- ATAÍDE, Augusto de, e Padrão, João, *Condicionamento industrial*, *in DJAP*, II, Lisboa, 1990, pp. 563 segs

ATHAYDE, Augusto de - v. ATAÍDE

ATTARD, J., *Le fondement solidariste du concept «environnement - patrimoine commun»*, *in RJE*, 2003/2, pp. 161 segs

AUBY, J.-Bernard, *L'évolution du traitement des risques dans et part le Droit Public*, *in REDP*, 2003/1, pp. 169 segs

AUBY, J.-Marie,

- L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux, *in RDPSP*, 1959, pp. 431 segs
- Anotação ao *arrêt Union des transports publics urbains et régionaux*, de 2 de Fevereiro de 1983, *in RDPSP*, 1984/1, pp. 212 segs

AUVRET, P., *La notion de droit acquis en Droit Administratif français*, *in RDPSP*, 1985/1, pp. 53 segs

AVANZI, S., *Demanio e ambiente. Effetti della normazione ambientale sulla gestione dei beni pubblici*, Pádua, 1998

AZEVEDO, Bernardo, *Servidão de direito público. Contributo para o seu estudo*, Coimbra, 2005

BACHOF, O., *Aussprache (Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension)*, *in VVDStRL* 41 (1983)

BACHOF, O., Wolff, H., e Stober, R., *Verwaltungsrecht*, I, 10ª ed., München, 1995

BACKES, C., e Verschuuren, J., *The precautionary principle in International, european and Dutch wildlife law*, *in CJELP*, 1998/1, pp. 43 segs

BADAoui, S., *Le fait du Prince dans les contrats administratifs en Droit français et en Droit égyptien*, Paris, 1955

BADURA, P., *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, in *DVBl*, 1982/18, pp. 861 segs

BAGHESTANI-PERREY, L.,

- **Le principe de précaution: nouveau principe fondamental régissant les rapports entre le droit et la science**, in *Le Dalloz*, 1999, n° 41, pp. 457 segs
- **La valeur juridique du principe de précaution**, in *RJE*, 2000 - n° especial, pp. 19 segs

BÄR, S., e Mazurek, A.-Gabrielle, *Le Droit européen de l'Environnement à la lecture du Traité d'Amsterdam: modifications et perspectives*, in *RJE*, 1999/3, pp. 375 segs

BAPTISTA MACHADO, J.,

- **Participação e descentralização**, Coimbra, 1978
- **Introdução ao Direito e ao discurso legitimador**, 6ª reimp., Coimbra, 1993

BARBOSA DE MELO, A., *Introdução às formas de concertação social*, Coimbra, 1984

BARTHÉLEMY, J., *L'État et le contrat*, in *RDPS*, 1911, pp. 146 segs

BARTON, C., *The status of the precautionary principle in Australia: its emergence in legislation and as a common law doctrine*, in *HELR*, vol. 22, 1998, pp. 50 segs

BATAILLER, F., *Les «beati possidentes» du Droit Administratif (Les actes unilatéraux créateurs de privilèges)*, in *RDPS*, 1965, pp. 1051 segs

BAUER, H., *Altes und Neues zur Schutznormtheorie*, in *AÖR*, 1988/4, pp. 583 segs

BEATO ESPEJO, M., *El medio ambiente como bien jurídico colectivo*, 1ª parte, in *RDyMA*, n° 148, 1996, pp. 115 segs

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

BECKMANN, M., *Die Umweltverträglichkeitsprüfung und das rechtssystematische Verhältnis von Planfeststellungsbeschlüssen und Genehmigungsentscheidungen*, in *DÖV*, 1987/21, pp. 944 segs

BEDJAoui, M., *Le droit au développement*, in *Droit International. Bilân et perspectives*, II, coord. de M. Bedjaoui, Paris, 1991, pp. 1247 segs

BELL, S., e McGillivray, D., *Environmental Law*, 5ª ed., Londres, 2000

BELTRÁN AGUIRRE, J. L., *El medio ambiente en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in *RAP*, n° 134, 1994, pp. 281 segs

BÉNAR, G., *Vers des droits de l'Homme de la quatrième dimension*, in *Les droits de l'Homme à l'aube du XXIème siècle*, Liber Amicorum Karel Vasak, Bruxelles, 1999, pp. 75 segs

BENDA, E., **Dignidad humana y derechos de la personalidad**, in Benda, Mayhofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, 1996, pp. 117 segs

BENDER, B., **Gefahrenabwehr und Risikovorsorge als Gegenstand nukleartechnischen Sicherheitsrechts**, in *NJW*, 1979/29, pp. 1425 segs

BENVENUTI, F., **Dalla sovranità del Stato persona alla sovranità dell'ordinamento**, in *Jus*, 1995, n° 2, pp. 193 segs

BERAUD, R.-Christian, **Fondements juridiques du Droit de l'Environnement dans le Traité de Rome**, in *RMC*, n° 223, 1979, pp. 35 segs

BERNSTEIN, P., **Against the Gods: the remarkable story of risk**, New York/Chichester/Weinheim/Brisbane/Singapore/Toronto, 2004

BEYER, P., Coffey, C., Klasing, A., e Von Homeyer, I., **The Draft Constitution for Europe and the Environment. The impact of institutional changes, the reform of the instruments and the principle of subsidiarity**, in *EELR*, 2004/7, pp. 218 segs

BIANCHI, A., **Managing the risk of international terrorism**, in *REDP*, 2003/1, pp. 151 segs

BILBAO UBILLOS, J. M., **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**, Madrid, 1997

BIRNIE, P., e Boyle, A., **International Law and the environment**, 2ª ed., Oxford, 2002

BLANCO DE MORAIS, C., **A forma jurídica do acto de transposição de directivas comunitárias**, in *CCL*, n° 21, 1998, pp. 41 segs

BLIN, O., **La politique sanitaire de la Communauté européenne à l'épreuve des règles de l'Organisation mondiale du commerce: le contentieux des hormones**, in *RTDE*, 1999/1, pp. 43 segs

BLUEMEL, E., **The implications of formulating a human right to water**, in *ELQ*, 2004/4, pp. 957 segs

BOISSON DE CHAZOURNES, L., **Unilateralism and environmental protection: issues of perception and reality of issues**, in *EJIL*, 2000/2, pp. 315 segs

BOISSON DE CHAZOURNES, L., e Mbengue, M., **La Déclaration de Doha de la Conférence Ministerielle de l'Organisation Mondiale du Commerce et sa portée dans les relations commerce/environnement**, in *RGDIP*, vol. 106, 2002, pp. 855 segs

BORGETTO, M., **La notion de fraternité en droit public français**, Paris, 1993

BOYLE, A., e Birnie, P., **International Law and the environment**, 2ª ed., Oxford, 2002

BRAIBANT, G., Delvolvé, G., Long, M., Weil, P., e Genevois, B., **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**, 11ª ed., Paris, 1996

BRÉCHON-MOULÈNES, C., **Liberté contractuelle des personnes publiques**, in *AJDA*, 1998/9, pp. 643 segs

BREEN, B., Campbell-Mohn, C., e Futrell, J. W., *Environmental Law: from resources to recovery*, St. Paul, Minnesota, 1993

BREUER, W. R.,

- **Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung**, in *AÖR*, 1976/1, pp. 46 segs
- **Strukturen und Tendenzen des Umweltschutzrechts**, in *Der Staat*, vol. 20, 1981, pp. 393 segs
- **Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des öffentlichen Rechts**, in *DVBl*, 1986/17, pp. 849 segs
- **Gefahrenabwehr und Risikovorsorge im Atomrecht**, in *DVBl*, 1987/20, pp. 829 segs
- **Gerichtliche Kontrolle der Technik**, in *NVwZ*, 1988/2, pp. 104 segs
- **Anlagensicherheit und Störfälle - Vergleichende Risikobewertung im Atom- und Immissionsschutzrecht**, in *NVwZ*, 1990/3, pp. 211 segs
- **Umweltschutzrecht**, in *Besonderes Verwaltungsrecht*, coord. de E. Schmidt-Assmann, 10ª ed., Berlin/New York, 1995, pp. 433 segs

BREYER, S., *Breaking the vicious circle. Toward effective risk regulation*, s/local, 1996

BRINGUIER, P., e Guillon, E., *Le pouvoir de retrait des actes administratifs*, in *AJDA*, 1978/6, pp. 300 segs

BRITO FERNANDES, M., e Sousa Pinheiro, A., *Comentário à IV revisão constitucional*, Lisboa, 1999

BROWN WEISS, Edith,

- **Our rights and obligations to future generations for the environment**, in *Agora: What obligations does our generation owe to the next? An approach to global environmental responsibility*, in *AJIL*, Vol. 94, 1990, pp. 198 segs
- **In fairness to future generations: International Law, common patrimony and intergenerational equity**, s/local, 1989
- **Intergenerational equity and rights of future generations**, in *The modern world of human rights, Essays in honour of T. Burghental*, San José, 1996, pp. 601 segs

BROWNLIE, I., *International Law at the 50th anniversary of the United Nations*, in *RCADI*, 1995-I, pp. 13 segs

BODANSKY, D., *The precautionary principle in US environmental law*, in *Interpreting the precautionary principle*, org. de T. O'Riordan e J. Cameron, Londres, 1994, pp. 203 segs

BORGES, Nelson, *Da cláusula «rebus sic stantibus» à teoria da imprevisão (Um estudo de Direito Comparado)*, Coimbra, 1988

BOSELMANN, K., *Ökologische Grundrechte*, Baden-Baden, 1998

BOSSIS, G.,

- **La notion de sécurité alimentaire selon l'OMC: entre minoration et tolerance timide**, in *RGDIP*, 2001/2, pp. 331 segs

- Les OGM, entre liberté des échanges et précaution, in *REDE*, 2001/3, pp. 255 segs

BOTHE, M., Le droit à la protection de l'environnement en droit constitutionnel allemand, in *RJE*, 1994/4, pp. 313 segs

BOUDANT, J., Principe de précaution et risques: l'exemple des OGM, in *RJE*, 1998/4, pp. 415 segs

BOUYSSOU, F., L'environnement: nouveau droit de l'homme ou droit liberticide?, in *Pouvoir et liberté, Études en hommage à J. Mourgeon*, Bruxelles, 1998, pp. 535 segs

BOY, L., La place du principe de précaution dans la directive UE du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, in *RJE*, 2002/1, pp. 5 segs

BURGIEL, S., The Cartagena Protocol on Biosafety: taking the steps from negotiation to implementation, in *RECIEL*, 2002/2, pp. 53 segs

CAETANO, Marcello,

- Formas da actividade administrativa, *Lições feitas ao Curso Jurídico do 2º ano de 1934-1935 coligidas pelo aluno António de Castro Guimarães*, Lisboa, 1935
- Manual de Direito Administrativo, 1ª ed, Lisboa, 1937
- Manual de Direito Administrativo, 2ª ed, Lisboa, 1947
- Conceito de contrato administrativo, in *O Direito*, ano 70º (1938), pp. 3 segs
- Nota ao Acórdão do STA de 2 de Junho de 1939, in *OD*, ano 72º (1940), p. 28
- Nota ao Acórdão do STA de 6 de Junho de 1941, in *OD*, ano 73º (1941), pp. 287 segs
- Tratado elementar de Direito Administrativo, Coimbra, 1944
- Manual de Direito Administrativo, 2ª ed., Lisboa, 1947
- Nota ao Acórdão do STA de 21 de Outubro de 1955, in *OD*, ano 91º (1959), pp. 56 segs
- Manual de Direito Administrativo, II, 9ª ed., Lisboa, 1972
- Manual de Direito Administrativo, I, 10ª ed., Lisboa, 1973

CAMERON, J.,

- The status of the precautionary principle in international law, in *Interpreting the precautionary principle*, org. de T. O'Riordan e J. Cameron, Londres, 1994, pp. 262 segs
 - The precautionary principle in International Law, in *Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O'Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 113 segs
- CAMERON, J., Wade-Gery, W., e Abouchar, J., *Precautionary principle and future generations*, in *Future generations and environmental law*, org. E. Agius e S. Busutti, Londres, 1998, pp. 93 segs

CAMPBELL-MOHN, C., Breen, B., e Futrell, J. W., *Environmental Law: from resources to recovery*, St. Paul, Minnesota, 1993

CANARIS, C. W., *Direitos fundamentais e Direito Privado* (trad. de I. Wolfgang Starlet e P. Mota Pinto), Coimbra, 2003

CANAS, Vitalino,

- **Proporcionalidade (princípio da)**, in *DJAP*, VI, Lisboa, 1994, pp. 591 segs
- **O Tribunal Constitucional: órgão de garantia da segurança jurídica, da equidade e do interesse público de excepcional relevo**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra, 2004, pp. 107 segs

CANÇADO TRINDADE, A., **Derechos de solidariedad**, in *Droit International. Bilân et perspectives*, II, coord. de M. Bedjaoui, Paris, 1991, pp. 63 segs

CANELAS DE CASTRO, P., **Mutações e constâncias do Direito Internacional do Ambiente**, in *RJUA*, nº 2, 1994, pp. 145 segs

CANO CAMPOS, T., **La invalidez sobrevenida de los actos administrativos**, Madrid, 2004

CANS, C.,

- **Grande et petite histoire des principes généraux du Droit de l'Environnement dans la loi du 2 février 1995**, in *RJE*, 1995/2, pp. 195 segs
- **Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité**, in *RFDA*, 1999/4, pp. 750 segs

CAPITANT, D., **Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne**, Paris, 2001

CAPITANI, A., **La Charte de l'Environnement: un leurre constitutionnel?**, in *RFDC*, nº 63, 2005, pp. 493 segs

CARAVITA, B.,

- **Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Italia**, in *PD*, 1989/4, pp. 569 segs
- **I principi della politica comunitaria in materia ambientale**, in *RGA*, 1991/2, pp. 207 segs

CARBALLEIRA RIVERA, M. T., **La tutela ambiental en el derecho norteamericano**, in *RAP*, nº 137, 1995, pp. 511 segs

CARBONE, C., **I doveri pubblici individuali nella Costituzione**, Milão, 1968

CARDONA, M^a Celeste, **O modo no acto administrativo. Primeira aproximação**, *Dissertação de mestrada em Ciências Jurídico-Políticas*, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1980, inédita

CARDOSO DA COSTA, J. M., **Constitution et progrès scientifique et technique**, in *BFUDC*, 1992, pp. 87 segs

CARNEY, T., e Doyle, T., **Precaution and prevention: giving direct effect to article 130R without direct effect**, in *EELR*, 1999/2, pp. 44 segs

CARRILLO DONAIRE, J., **El derecho de la seguridad y de la calidad industrial**, Madrid/Barcelona, 2000

CARVALHO, Orlando de, **Contrato administrativo e acto jurídico público (Contributo para uma teoria do contrato administrativo)**, in *Escritos. Páginas de Direito*, I, Coimbra, 1998, pp. 219 segs

CARVALHO FERNANDES, L., *A teoria da imprevisão no Direito civil português*, reimp. com nota de actualização, Lisboa, 2001

CASALTA NABAIS, J.,

- O dever fundamental de pagar impostos, Coimbra, 1998
- Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais, in *Ab Uno Ad Omnes*, Coimbra, 1998, pp. 965 segs
- Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania, in *BFDUC*, 1999, pp. 145 segs
- Alguns perfis da propriedade colectiva nos países do *civil law*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 223 segs
- A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, I, Coimbra, 2003, pp. 737 segs

CASOLINO, E., *Trasformazioni del diritto alla luce del problema ambientale con particolare riferimento al diritto comunitario*, in *DC&SI*, 1992/3, pp. 509 segs

CASSESE, S.,

- Le privatizzazione: arretramento o riorganizzazione dell Stato?, in *RIDPC*, 1996, pp. 579 segs
- Le basi del Diritto Amministrativo, 3ª ed. (reimp.), Milão, 1996

CASTAING, C., *La mise en oeuvre du principe de précaution dans le cadre du référé-suspension*, in *AJDA*, 2003/43, pp. 2290 segs

CASTANHEIRA NEVES, A., *Pessoa, Direito e responsabilidade*, in *RPCC*, nº 6, 1996, pp. 9 segs

CASTIELLO, F., *Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimenti amministrativi*, in *DPA*, 1993/1, pp. 124 segs

CASTRO CALDAS, E., *Qualidade de vida*, in *Polis*, 5, Lisboa/S. Paulo, 1987, cc. 2 segs

CASTRO FARIAS, J. F., *A origem do direito de solidariedade*, Rio de Janeiro, 1998, pp. 180 segs

CASTRO RANGEL, P., *Diversidade, solidariedade e segurança*, in *ROA*, 2002/III, pp. 829 segs

CAUPERS, João, *Estado de Direito, ordenamento do território e direito de propriedade*, in *RJUA*, nº 3, 1995, pp. 87 segs

CAUPERS, J., Freitas do Amaral, D., Martins Claro, J., Raposo, J., Garcia, Maria da Glória, Siza Vieira, P., e Pereira da Silva, V., *Código do Procedimento Administrativo, Anotado*, 3ª ed., Coimbra, 1997

CAYLA, J.-Symon, *Le principe de précaution, fondement de la sécurité sanitaire*, in *RDSS*, 1998/3, pp. 491 segs

CECCHETTI, M., *Prinzipi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milão, 2000

CERULLI IRELLI, V.,

- Proprietà pubblica e diritti collettivi, Pádua, 1983
- Modelli procedimentali alternativi in tema di autorizzazioni, in *DAmM*, 1993/1, pp. 55 segs

CHAPUS, R., *Droit Administratif général*, I, 9^a ed., Paris, 1995

CHARBONNEAU, S.,

- La nature du droit de la prévention des risques techniques, *in RFDA*, 1988/3, pp. 529 segs
- L'acceptabilité sociale du risque sanitaire en Droit Européen de l'Environnement, *in RJE*, 1998/4, pp. 384 segs

CHARPENTIER, J., *L'Humanité: un patrimoine, mais pas de personnalité juridique*, *in Les hommes et l'environnement. Études en hommage à A. Kiss*, Paris, 1998, pp. 17 segs

CHIEREGATO, F., *Gli interessi diffusi in materia ambientale nella recente giurisprudenza amministrativa*, *in NGCC*, 1994, Parte seconda, pp. 355 segs

CHITI, M., *Licenze commerciali e libertà di iniziativa economica*, *in FA*, III, 1970, pp. 870 segs

CIVITARESE MATTEUCI, S.,

- Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa, Turim, 1997
- Il paesaggio nel nuovo Titolo V, Parte II, delle Costituzioni, *in RGA*, 2003/2, pp. 253 segs

COFFEY, C., Beyer, R., Klasing, A., e Von Homeyer, I., *The Draft Constitution for Europe and the Environment. The impact of institutional changes, the reform of the instruments and the principle of subsidiarity*, *in EELR*, 2004/7, pp. 218 segs

COLAÇO ANTUNES, L. F.,

- A tutela dos interesses difusos em Direito Administrativo: para uma legitimação procedimental, Coimbra, 1989
- Para uma noção jurídica de ambiente, *in SI*, n^os 253/257, 1992, pp. 77 segs
- O procedimento administrativo de avaliação de impacto ambiental, Coimbra, 1998
- Para um Direito Administrativo de garantia do cidadão e da Administração, Coimbra, 1999

COMPORITI, M., *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, *in RGA*, 1990/2, pp. 191 segs

CONTINI, P., e Sand, Philippe, *Methods to expedite environment protection: international standards*, *in AJIL* 1972/2, pp. 37 segs

COOKE, J., e Earle, M., *Towards a precautionary approach to fisheries management*, *in RECIEL*, 1993/3, pp. 252 segs

COPPER-ROYER, J., *Les conditions du retrait d'un acte administratif individuel*, *in AJDA*, 1954, pp. 141 segs

CORCELLE, G.,

- La dimension «environnement» du marché unique, *in RMCUE*, n^o 334, 1990, pp. 125 segs
- La perspective communautaire du principe de précaution, *in RMCUE*, n^o 450, 2001, pp. 447 segs

CORDEIRO, António, *A protecção de terceiros em face de decisões urbanísticas*, Coimbra, 1995

CORDINI, G.,

- La notion d'ingérence en matière de l'environnement. L'apport d'une analyse comparative des législations, in *RIDC*, 1992/3, pp. 689 segs
- Diritto ambientale comparato, Pádua, 1997

CORDONIER SEGGER, M.-Claire, e Gehring, M. G., The WTO and precaution: sustainable development implications of the WTO asbestos dispute, in *JEL*, 2003/3, pp. 289 segs

CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, (reimp.), Coimbra, 1993

CORREIA BAPTISTA, E., *Direito Internacional Público*, I, Lisboa, 1998

CORSO, G., Autorizzazioni di polizia, in *Dig. disc. pubblicistiche*, II, 4ª ed., Turim, 1987, pp. 76 segs

CORTEZ, Margarida,

- A inactividade administrativa formal como causa de extinção do procedimento e as suas consequências, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 367 segs
- Contributo para uma reforma da lei da responsabilidade civil da Administração, in *Responsabilidade civil extra-contratual do Estado. Trabalhos preparatórios da reforma*, Coimbra, 2002, pp. 257 segs

COSTA PINA, C., Mercado de direitos de emissão de CO₂, in *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, I, Lisboa, 2006, pp. 467 segs

COUZINET, J. F., Cas de force majeure et cas fortuit: Causes d'exonération de la responsabilité administrative, in *RDPSP*, 1993/6, pp. 1385 segs

CRETELLA JÚNIOR, J.,

- Tratado de Direito Administrativo, III, São Paulo, 1967
- As cláusulas de «privilégio» nos contratos administrativos, in *RIL*, nº 89, 1986, pp. 303 segs

CROSS, F., Paradoxical perils of the precautionary principle, in *WLLR*, 1996, pp. 851 segs

CRUZ VILAÇA, J. L., The precautionary principle in EC Law, in *EPL*, 2004/2, pp. 369 segs

CUNHA RODRIGUES, J. N., Liberdade e segurança, in *RPCC*, 1994/4, pp. 299 segs

CUNHAL SENDIM, J., *Responsabilidade civil por danos ecológicos*, Coimbra, 1998

CZAJKA, D., Der Stand von Wissenschaft und Technik als Gegenstand richtlicher Sachaufklärung, in *DÖV*, 1982/3, pp. 99 segs

DAEMEN, T., The European Community's evolving precautionary principle. Comparisons with the United States and ramifications for Doha Round trade negotiations, in *EELR*, 2003/1, pp. 6 segs

DAVID, Virginie, e Hermitte, M.-Angèle, *Avaliação dos riscos e princípio da precaução*, in *Princípio da precaução*, org. de M. Dias Varela e A. F. Barros Platiau, Belo Horizonte, 2004, pp. 93 segs

DE CASTELNAU, R., *Précaution, prévention, responsabilité: le droit contre l'insécurité juridique*, in *AJDA*, 2001/11, pp. 907 segs

DE GROVE-VALDEYRON, N., *Libre circulation et protection de la santé publique: la crise de "la vache folle"*, in *RMCUE*, n° 403, 1996, pp. 759 segs

DE LUCAS, J., *La polémica sobre los deberes de solidaridad*, in *RCEC*, n° 19, 1994, pp. 9 segs

DE MALAFOSSE, J., *Les principes généraux du Droit de l'Environnement*, in *Mélanges en hommage à L. Boyer*, Toulouse, 1996, pp. 405 segs

DE ROANY, C., *Des principes de précaution. Analyse de critères communs et interprétation différenciée*, in *RJE*, 2004/2, pp. 143 segs

DE SADELEER, N.,

- *Les principes du polluer-payeur, de prévention et de précaution*, Bruxelles, 1999
- *The enforcement of the precautionary principle by German, French and Belgian Courts*, in *RECIEL*, 2000/2, pp. 144 segs
- *Les avatars du principe de précaution en Droit public: effet de mode au révolution silencieuse?*, in *RFDA*, 2001/3, pp. 547 segs
- *Les clauses de sauvegarde prévues à l'article 95 du Traité CE*, in *RTDE*, 2002/1, pp. 53 segs
- *O estatuto do princípio da precaução no Direito Internacional*, in *Princípio da precaução*, org. de M. Dias Varela e A. F. Barros Platiau, Belo Horizonte, 2004, pp. 47 segs

DE SALVIA, M., *Tutela dell'ambiente e Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo: verso una ecologia del diritto?*, in *RIDU*, 1989/3, pp. 432 segs

DEBROUX, X., *Le choix de la base juridique dans l'action environnementale de l'Union Européenne*, in *CDE*, 1995/3-4, pp. 383 segs

DEGENHART, C., *Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht*, in *NJW*, 1989/39, pp. 2435 segs

DEHARBE, D., *Le pladoyer*, in *RDPSP*, 2002/3, pp. 830 segs

DÉJEANT-PONS, M.,

- *L'insertion du droit de l'homme à l'environnement dans les systèmes régionaux de protection des droits de l'homme*, in *RUDH*, 1991/11, pp. 461 segs
- *Le droit de l'Homme à l'environnement, droit fondamental au niveau européen dans le cadre du Conseil de l'Europe, et la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, in *RJE*, 1994/4, pp. 373 segs

DELBEZ, L., *La révocation des actes administratifs. Contribution à la théorie générale de l'annulation par la voie administrative*, in *RDPS*, 1928, pp. 463 segs

DELGADO PIQUERAS, F., *Regimén jurídico del derecho constitucional al medio ambiente*, in *REDC*, nº 38, 1993, pp. 49 segs

DELL'ANNO, P.,

- *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Pádua, 1989
- *Manuale di Diritto Ambientale*, Milão, 1998

DELANNOI, G., *Sagesse, prudence, précaution*, in *RJE*, 2000 - nº especial, pp. 11 segs

DELATTE, J.-René, *Le retrait des actes administratifs individuels*, in *AFDL*, 1965, pp. 93 segs

DELVOLVÉ, P., e Laubadère, A. de, Moderne, F., *Traité des contrats administratifs*, II, 2ª ed., Paris, 1984

DELVOLVÉ, G., Long, M., Weil, P., Braibant, G., e Genevois, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11ª ed., Paris, 1996

DENNINGER, E.,

- *La reforma constitucional en Alemania: entre etica y seguridad jurídica*, in *REP*, nº 84, 1994, pp. 69 segs
- *Stato di prevenzione e diritti dell'uomo*, in *Nomos*, 1996/2, pp. 47 segs

DESDENTADO DAROCA, E., *El precario administrativo*, Pamplona, 1999

DESIDERI, C., *Potere pubblico e forme tradizionali di proprietà collettiva*, in *RTDP*, 1971/3, pp. 1082 segs

DI FABIO, Udo,

- *Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung*, in *N+R*, 1991/8, pp. 353 segs
- *Vorläufiger Verwaltungsakt bei ungewissem Sachverhalt*, in *DÖV*, 1991/15, pp. 629 segs
- *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, Tübingen, 1994
- *Gefahr, Vorsorge, Risiko: Die Gefahrenabwehr unter dem Einflub des Vorsorgeprinzips*, in *Jura*, 1996/11, pp. 566 segs

DI PLINIO, G., *Sei miliardi di ragioni*, in *Principi di Diritto Ambientale*, a cura di G. Di Plinio e P. Fimiani, Milão, 2002

DIAS GARCIA, A., *A autorização administrativa*, in *BMJ* 425 (1993), pp. 5 segs

DIAS GARCIA, Maria da Glória, *Parecer sobre o loteamento urbanístico da Aldeia do Meco*, in *O caso Meco. Pareceres jurídicos e peças processuais*, II, MAOT, 2002, pp. 159 segs

DIAS GARCIA, Maria da Glória, Freitas do Amaral, D., Caupers, J., Martins Claro, J., Raposo J., Siza Vieira, P., e Pereira da Silva, V., *Código do Procedimento Administrativo, Anotado*, 3ª ed., Coimbra, 1997

DIDIER, P., **Le principe de précaution: une approche communautaire et internationale**, in *Journal des Tribunaux - Droit Européen*, nº 69, 2000, pp. 118 segs

DIÉZ-PICAZO, L. M., **Reflexiones sobre la idea de Constitución europea**, in *RIE*, vol. 20, 1993, nº 2, pp. 533 segs

DINIZ DE AYALA, Bernardo,

- **O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa**, Lisboa, 1995
- **Considérations sur l'interchangeabilité entre acte administratif et contrat administratif dans le Droit portugais**, in *REDP*, 1998/2, pp. 423 segs

DISTEFANO, E. M., **La scienza dice la verità al potere?**, in *JUS*, 2002/3, pp. 395 segs

DONATI, D., **Atto complesso, autorizzazione, approvazione**, Modena, 1903 (republicado nos *Scritti di Diritto Pubblico, I, Raccolti a cura delle Università di Modena e di Padova nel XX anniversario della morte dell'autore*, Pádua, 1966, pp. 387 segs)

DOUMA, W.,

- **The precautionary principle**, in *Úlfljóttur*, 1996/2, pp. 417 segs
- **The beef hormone dispute: does WTO law preclude precautionary health standards?**, in *International Law and the Hague's 75th anniversary*, org. Wybo P. Heere, Haia, 1999, pp. 333 segs
- **The beef hormone dispute and the use of national standards under WTO Law**, in *EELR*, 1999/5, pp. 137 segs
- **The precautionary principle in the Netherlands**, in *Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O'Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 163 segs
- **Fleshing out the precautionary principle by the Court of First Instance**, in *JEL*, 2003/3, pp. 394 segs

DOUMBÉ-BILLÉ, S., **Droit International et développement durable**, in *Les hommes et l'environnement, Études en hommage à A. Kiss*, Paris, 1998, pp. 245 segs

DOVERS, S., e Handmer, J., **Ignorance, the precautionary principle and sustainability**, in *Ambio*, 1995/2, pp. 92 segs

DOYLE, A., e Carney, T., **Precaution and prevention: giving direct effect to article 130R without direct effect**, in *EELR*, 1999/2, pp. 44 segs

DUARTE, David, **Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório**, Coimbra, 1996

DUARTE, Maria Luísa,

- **O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição (notas de uma reflexão crítica)**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, s/ data, pp. 665 segs
- **Tomemos a sério os limites de competência da União Europeia**, in *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*, II, Coimbra, 2006, pp. 357 segs

DÜHR, F., **Prinzip und System der Grundpflichten**, Münster/Hamburg/London, 2002

DUPUIS, G., e Guédon, Marie-José, *Droit Administratif*, 4^a ed., Paris, 1993

DUPUY, P.-Marie,

- **Soft law and the international law of the environment**, in *Michigan JIL*, 1991/1, pp. 420 segs
- **Où en est le Droit International de l'Environnement à la fin du siècle?**, in *RGDIP*, 1997/4, pp. 873 segs

DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, (8^a imp.), Londres, 1996

EARLE, M., e Cooke, J., **Towards a precautionary approach to fisheries management**, in *RECIEL*, 1993/3, pp. 252 segs

EARLL, R. C., **Commonsense and the precautionary principle - an environmentalist's perspective**, in *MPBul*, 1992/4, pp. 182 segs

EBINGER, B., *Der unbestimmte Rechtsbegriff im Recht der Technik*, Berlin, 1993

EHRING, L., González Vaqué, L., e Jacquet, C., **Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé**, in *RMUE*, 1999/1, pp. 79 segs

EIDE, A., **Human rights require responsibilities and duties**, in *Les droits de l'Homme à l'aube du XXIème siècle*, *Liber Amicorum Karel Vasak*, Bruxelles, 1999, pp. 581 segs

ELOY DE AZEVEDO, L., **Os interesses difusos no quadro da história do Ministério Público em Portugal**, in *RMP*, n° 100, 2004, pp. 135 segs

EMBED IRUJO, A., **El papel del Estado en el medio ambiente: vigilante o gestor?**, in *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX*, *Homenaje ao Profesor Dr. D. R. Martín Mateo*, III, Valência, 2000, pp. 3467 segs

ENTRINGER, B., **La précaution est-elle une vinaigrette stabilisée?**, in *Journal des Tribunaux*, Outubro de 1998, pp. 665 segs

EPINEY, A., *Umweltrecht in der Europäischen Union*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1997

ERBEL, G., **Der Streit um die «öffentliche Ordnung» als polizeirechtliches Schutzgut**, in *DVBl*, 1972/14, pp. 475 segs

ERICHSEN, H.-Uwe, **Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Executive**, in *VVDStRL* 35 (1977), pp. 171 segs

ESCRIBANO COLLADO, P., e López González, J. I., **El medio ambiente como función administrativa**, in *REDA*, n° 26, 1980, pp. 367 segs

ESTEVE PARDO, J.,

- Técnica, riesgo e derecho, Barcelona, 1999
- La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible, *in RAP*, nº 149, 1999, pp. 37 segs
- La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos, *in RAP*, nº 161, 2003, pp. 53 segs

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, *Direito Administrativo*, I, Coimbra, 1984

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, Costa Gonçalves, P., e Pacheco de Amorim, J., *Código do Procedimento Administrativo, Anotado*, 2ª ed., Coimbra, 1997

ESTEVES DE OLIVEIRA, Mário, e Esteves de Oliveira, R., *Código do Processo nos Tribunais Administrativos, Anotado*, I, Coimbra, 2004

ESTEVES DE OLIVEIRA, Rodrigo, e Esteves de Oliveira, Mário, *Código do Processo nos Tribunais Administrativos, Anotado*, I, Coimbra, 2004

ESTORNINHO, Maria João, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, 1990

EVANS, M.,

- The southern bluefin tuna dispute: provisional thinking on provisional measures?, *in YIEL*, 1999, pp. 7 segs
- The *Southern Bluefin Tuna* Arbitration, *in ICLQ*, 2001, pp. 447 segs

FABER, H., *Verwaltungsrecht*, 4ª ed., Tübingen, 1995

FAUSTO DE QUADROS,

- *Direito das Comunidades Europeias e Direito Internacional Público*, Lisboa, 1984
- *Serviço Público e Direito Comunitário*, *in Os caminhos da privatização da Administração Pública, IV Colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra, 2001, pp. 279 segs

FAUSTO DE QUADROS, e Gonçalves Pereira, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Coimbra, 1993

FAVRET, J.-Marc, Le principe de précaution ou la prise en compte par le Droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel, *in Le Dalloz*, 2001, nº 43, pp. 3462 segs

FELDHAUS, G.,

- Der Vorsorgegrundsatz des Bundes-Immissionschutzgesetz, *in DVBl*, 1980/4, pp. 133 segs
- Entwicklung und Rechtsnatur von Umweltstandards, *in UPR*, 1982/5, pp. 137 segs
- Beste verfügbare Techniken und Stand der Technik, *in NVwZ*, 2001/1, pp. 1 segs

FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas, *in RAP*, nº 127, 1992, pp. 103 segs

FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T. R.,

- Inscripciones y autorizaciones industriales, *in RAP*, nº 53, 1967, pp. 421 segs
- El medio ambiente en la Constitución española, *in DocA*, nº 190, 1981, pp. 337 segs

FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T. R., e García de Enterría, E., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 8ª ed., Madrid, 1997

FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, T. R., e García de Enterría, E., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4ª ed., Madrid, 1993

FERNÁNDEZ SOLA, N., *Incidence interne de la participation de la Communauté Européenne aux accords multilatéraux de protection de l'environnement*, in *RMCUE*, nº 362, 1992, pp. 793 segs

FERRARA, R., *La protezione dell'ambiente nella Repubblica federale tedesca: tendenze evolutive*, in *FI*, 1987, Parte V, cc. 20 segs

FERREIRA DE ALMEIDA, J. M., *Legalidade e estabilidade objectiva do contrato administrativo*, in *SI*, nºs 211/216, 1988, pp. 121 segs

FEUCHTE, P., *Prognose, Vorsorge und Planung bei der Genehmigung industrielle Anlagen*, in *DV*, 1977/10, pp. 291 segs

FÉZAS VITAL, D., *A teoria da imprevisão e as concessões de serviços públicos na jurisprudência do Conselho de Estado francês*, in *RLJ*, 1929, nºs 2382 a 2386

FIEVET, G., *Réflexions sur le concept de développement durable: prétention économique, principes stratégiques et protection des droits fondamentaux*, in *RBDI*, 2001/1, pp. 128 segs

FIGUEIREDO DIAS, J. E.,

- *Tutela ambiental e contencioso administrativo*, Coimbra, 1997
- *Direito e Política do Ambiente*, CEFA, Coimbra, 1999
- *A licença ambiental no novo regime da PCIP*, in *CEDOJA*, 2001/1, pp. 65 segs
- *Que estratégia para o Direito Ambiental norte-americano do século XXI: o «cacete» ou a «cenoura»?*, in *BFDUC*, Vol. LXXVII, 2001, pp. 291 segs
- *O deferimento tácito da DIA - mais um repto à alteração do regime vigente*, em anotação ao Acórdão do Tribunal de Justiça, de 14 de Junho de 2001, in *CEDOJA*, 2001/2, pp. 72 segs
- *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, Coimbra, 2002
- *A estabilidade jurídica da autorização administrativa no Direito do Ambiente alemão*, texto escrito para integrar os *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, ainda inédito, gentilmente cedido pelo Autor

FISHER, E.,

- *Precaution, precaution everywhere: developing a «common understanding» of the precautionary principle in the European Community*, in *MJECL*, 2001/1, pp. 7 segs
- *Is the precautionary principle justiciable?*, in *JEL*, 2001/3, pp. 315 segs
- *Risk and the challenges for administrative law*, in *REDP*, 2003/1, pp. 707 segs

FISHER, L., e Harding, L., *The precautionary principle in Australia: from aspiration to practice?*, in *Interpreting the precautionary principle*, org. de T. O'Riordan e J. Cameron, Londres, 1994, pp. 252 segs

FITZMAURICE, J., *The ruling of the International Court of Justice in the Gabčíkovo-Nagymaros*

case: a critical analysis, in *EELR*, 2000/3, pp. 80 segs

FITZMAURICE, Malgosia, International protection of the environment, in *RCADI*, 2001-I, pp. 13 segs

FLEMING, D., The economics of taking care: an evaluation of the precautionary principle, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 145 segs

FLORY, M., A propos des doutes sur le droit au développement, in *Les hommes et l'environnement, Études en hommage à A. Kiss*, Paris, 1998, pp. 165 segs

FONTOURA DE MEDEIROS, F. L., *Meio Ambiente. Direito e dever fundamental*, Porto Alegre, 2004

FORSTHOFF, E., *Traité de Droit Administratif allemand* (trad. de M. Fromont), Bruxelles, 1969

FORTES MARTÍN, A., *El régimen jurídico de la autorización ambiental integrada*, Madrid, 2004

FORTI, U., *Autorizzazione (Diritto Amministrativo)*, in *EdD*, I, pp. 1580 segs

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

FOULETIER, M., La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, in *RFDA*, 2000/5, pp. 963 segs

FRACCHIA, F., *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Nápoles, 1996

FRANC, M., Traitement juridique du risque et principe de précaution, in *REDP*, 2003/1 - n° subordinado ao tema *Public Law and Risk*, pp. 59 segs

FRANCHINI, F., *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milão, 1957

FREESTONE, D.,

- The 1992 Maastricht Treaty - Implications for european environmental law, in *EELR*, 1992/6, pp. 23 segs
- Caution or precaution: «A rose by other name...»? , in *YIEL*, 1999, pp. 25 segs

FREESTONE, D., e Hey, E., Origins and development of the precautionary principle, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 3 segs

FREESTONE, D., e Hey, E., Implementing the precautionary approach: challenges and opportunities, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 249 segs

FREIRE DE BARROS, A., A teoria da imprevisão no Direito Privado, in *ROA*, nºs 3/4, 1950, pp. 244 segs

FREITAS DO AMARAL, Diogo,

- A utilização do domínio público pelos particulares, Lisboa, 1965
- Direito Administrativo, III, polic., Lisboa, 1989
- Apreciação da Dissertação de Doutoramento do licenciado Fernando Alves Correia, O plano urbanístico e o princípio da igualdade, in *RFDUL*, 1992, pp. 91 segs
- Direito do Urbanismo. Sumários, Lisboa, 1992
- Lei de Bases do Ambiente e Lei das Associações de defesa do ambiente, in *Direito do Ambiente*, INA, 1992, pp. 367 segs
- Ordenamento do território, urbanismo e ambiente: objecto, autonomia e distinções, in *RJUA*, nº 1, 1994, pp. 11 segs
- Curso de Direito Administrativo, I, 2ª ed., Coimbra, 1994
- Curso de Direito Administrativo, II, Coimbra, 2001
- Manual de Introdução ao Direito, I, Coimbra, 2004

FREITAS DO AMARAL e Medeiros, Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas - o caso Aquaparque, in *RDES*, 2000/3-4, pp. 299 segs

FREITAS DO AMARAL, D., Caupers, J., Martins Claro, J., Raposo, J., Garcia, Maria da Glória, Siza Vieira, P., e Pereira da Silva, V., Código do Procedimento Administrativo, Anotado, 3ª ed., Coimbra, 1997

FROMONT, M., République Fédérale d'Allemagne. La jurisprudence constitutionnelle en 1978, in *RDSP*, 1979, pp. 1645 segs

FÜHR, M., Ökologische Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in *N+R*, 1998/1, pp. 6 segs

FULLEM, G., The precautionary principle: environmental protection in the face of scientific uncertainty, in *Willamette LR*, 1995/2, pp. 495 segs

FUTRELL, J. W., Campbell-Mohn, C., Breen, B., Environmental Law: from resources to recovery, St. Paul, Minnesota, 1993

GAETANO SCOCA, F.,

- Tutela dell'ambiente: la difforme utilizzazione della categoria dell'interesse diffuso da parte dei giudici amministrativo, civile e contabile, in *D&S*, 1985/4, pp. 637 segs
- Tutela dell'ambiente: impostazione del problema dal punto di vista giuridico, in *QR*, 1989/3, pp. 533 segs

GAENTZSCH, G., Ausbau des Individualschutzes gegen Umweltbelastungen als Aufgabe des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts, in *NZVw*, 1986/8, pp. 601 segs

GAINES, S., International trade, environmental protection and development as a sustainable development triangle, in *RECIEL*, 2002/1, pp. 259 segs

GALEOTTI, S., Il valore della solidarietà, in *D&S*, 1996/1, pp. 1 segs

GALVÃO TELLES, Inocência, Direito das Obrigações, I, Coimbra, 1957

GARCIA, S. M., *The precautionary principle: its implications in capture fisheries management*, in *O&CM*, vol. 22, 1994, pp. 99 segs

GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., *Consideraciones sobre la acción pública y el medio ambiente*, in *RDUyMA*, nº 145, 1995, pp. 141 segs

GARCIA DE ENTERRÍA, E.,

- *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, in *RAP*, nº 2, 1950, pp. 83 segs
- *La figura del contrato administrativo*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, II, Milão, 1965, pp. 637 segs

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., e Fernández-Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, 8ª ed., Madrid, 1997

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., e Fernández-Rodríguez, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4ª ed., Madrid, 1993

GARRIDO FALLA, F.,

- *Las transformaciones del concepto jurídico de policia administrativa*, in *RAP*, 1953, pp. 11 segs
- *Los medios de la policia y la teoria de las sanciones administrativas*, in *RAP*, 1959, pp. 11 segs

GASPARRI, P., *L'invalidità successiva degli atti amministrativi*, Pisa, 1939

GAWEL, E., *Beschleunigung im Umweltzulassungsrecht*, in *DÖV*, 1999/7, pp. 281 segs

GEHRING, M. G., e Cordonier Segger, M.-Claire, *The WTO and precaution: sustainable development implications of the WTO asbestos dispute*, in *JEL*, 2003/3, pp. 289 segs

GENEVOIS, B., Weil, P. Braibant, G., Delvolvé, G., e Long, M., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11ª ed., Paris, 1996

GERMANN, M., *Das Vorsorgeprinzip als vorverlagerte Gefahrenabwehr*, Wien/New York, 1993

GIANNINI, M. S.,

- *Difesa dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *RTDP*, 1971/3, pp. 1122 segs
- «Ambiente»: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *RTDP*, 1973/1, pp. 15 segs
- *Diritto Amministrativo*, II, 3ª ed., Milão, 1993
- *Genesi e sostanza dei principi generali del Diritto*, in *Scritti in onore di A. Predieri*, II, Milão, 1996, pp. 901 segs

GIL SARAIVA, Rute, *A aposta no desenvolvimento sustentado. Breve perspectiva, em especial no âmbito do Direito Internacional*, *Dissertação em Ciências Jurídico-Internacionais*, inédita, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001

GIMENO SENDRA, V., *El nuevo sistema de medidas cautelares en la LJCA de 1998*, in *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XX. Homenaje ao Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, II, coord. de Sosa Wagner, Valencia, 2000, pp. 2249 segs

GIRAUD, C., *Le droit et le principe de précaution: leçons d'Australie*, in *RJE*, 1997/1, pp. 21 segs

GODARD, O.,

- **Le principe de précaution, un principe politique d'action**, in *RJE* - 2000, nº especial, pp. 127 segs
- **O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais**, in *Princípio da precaução*, org. de M. Dias Varela e A. F. Barros Platiau, Belo Horizonte, 2004, pp. 156 segs

GOLDFARB, W., Plater, Z., Abrams, R., e Graham, R., *Environmental law and policy: nature, law and society*, 2ª ed., St. Paul, Minnesota, 1998

GOMES CANOTILHO, J. J.,

- **O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos**, Coimbra, 1974
- **Procedimento administrativo e defesa do ambiente**, in *RLJ*, 1990/91, nºs 3794 segs
- **Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais**, in *BFDUC*, 1993, pp. 1 segs
- **Relações jurídicas poligonais, ponderação ecológica de bens e controlo judicial preventivo**, in *RJUA*, nº 1, 1994, pp. 55 segs
- **Protecção do ambiente e direito de propriedade (crítica de jurisprudência ambiental)**, Coimbra, 1995
- **Juridicização da ecologia ou ecologização do Direito**, in *RJUA*, nº 4, 1995, pp. 69 segs
- **Privatismo, associativismo e publicismo na justiça administrativa do ambiente. As incertezas do contencioso ambiental**, in *RLJ*, 1995, nºs 3857 segs
- **Juridicização da ecologia ou ecologização do Direito**, in *RJUA*, nº 4, 1995, pp. 69 segs
- **Introdução ao Direito do Ambiente**, coord., Lisboa, 1998
- **Constituição e «tempo ambiental»**, in *CEDOUA*, 1999/2, pp. 9 segs
- **Estado Constitucional e democracia sustentada**, in *CEDOUA*, 2001/2, pp. 9 segs
- **O direito constitucional passa; o Direito Administrativo passa também**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 705 segs
- **Intervenções humanitárias e sociedade de risco. Contributos para uma aproximação ao problema do risco nas intervenções humanitárias**, in *N&D*, nº 97, 2001, pp. 19 segs
- **Electrosmog e relações de vizinhança ambiental - Algumas considerações**, in *CEDOUA*, 2002/2, pp. 9 segs
- **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed., Coimbra, 2003
- **O direito ao ambiente como direito subjectivo**, in *Estudos sobre direitos fundamentais*, Coimbra, 2004, pp. 177 segs

GOMES CANOTILHO, J. J., e Moreira, Vital, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991

GOMES CANOTILHO, J. J., e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, 3ª ed., Coimbra, 1993

GOMES CANOTILHO, J. J., e Machado, Jónatas, «Reality shows» e liberdade de programação, Coimbra, 2003

GOMES CANOTILHO, J. J., e Moreira, Vital, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, I, 4ª ed. revista, Coimbra, 2007

GOMÉZ-FERRER MORANT, R., El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional, *in DocA*, nº 208, 1986, pp. 81 segs

GONÇALVES, Pedro,

- Apontamento sobre a função e a natureza dos pareceres vinculantes, *in CJA*, nº 0, 1996, pp. 3 segs
- Os meios de tutela perante os danos ambientais provocados no exercício da função administrativa, Coimbra, 1996
- Revogação (de actos administrativos), *in DJAP*, VII, Lisboa, 1996, pp. 303 segs
- A concessão de serviços públicos, Coimbra, 1999
- Advertências da Administração Pública, *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 723 segs
- O contrato administrativo. Uma instituição do Direito Administrativo do nosso tempo, Coimbra, 2003
- Entidades privadas com poderes públicos, Coimbra, 2005

GONÇALVES, Pedro Costa, Esteves de Oliveira, M., e Pacheco de Amorim, J., *Código do Procedimento Administrativo, Anotado*, 2ª ed., Coimbra, 1997

GONÇALVES MONIZ, Ana Raquel,

- O domínio público. O critério e o regime jurídico da dominialidade, Coimbra, 2004
- Quando caem em desgraça os discípulos de Hipócrates - Algumas questões sobre responsabilidade civil médica da Administração, Anotação ao Acórdão do STA de 20 de Abril de 2004, *in CJA*, nº 50, 2005, pp. 15 segs

GONÇALVES PEREIRA, A., *Erro e ilegalidade no acto administrativo*, Lisboa, 1962

GONÇALVES PEREIRA, A., e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Coimbra, 1993

GONZALEZ, G., La caducité des actes administratifs unilatéraux, *in RDPSP*, 1991/6, pp. 1675 segs

GONZÁLEZ VAQUÉ, L., Ehring, L., e Jacquet, C., Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé, *in RMUE*, 1999/1, pp. 79 segs

GOOSSENS, C., Le régime juridique des autorisations requises pour l'exploitation des établissements industriels en Belgique, *in RISA*, nº 1, 1953, pp. 608 segs

GORMLEY, W. P.,

- The right to a safe and decent environment, *in IJIL*, 1988/1, pp. 1 segs
- The legal obligation of the international community to guarantee a pure and decent environment: the expansion of human rights norms, *in GIELR*, vol. 3, 1990, pp. 85 segs

GOSALBO BONO, R., El derecho del medio ambiente a la luz del Derecho Comparado y del Derecho de la Comunidad Económica Europea, *in PJ*, nº especial/IV, pp. 127 segs

GOTLIEB, A. E., The impact of technology on the development of contemporary international law, *in RCADI*, 1981-I, pp. 115 segs

GOUVEIA MARTINS, Ana, *O princípio da precaução no Direito do Ambiente*, Lisboa, 2002

GRABITZ, E., Zweck und Mab der Vorsorge nach dem Bundes-lmissionschutzgesetz, in *WisVw*, 1984/4, pp. 232 segs

GRADONI, L., La nuova direttiva comunitaria sugli organismi geneticamente modificati, in *DC&SI*, 2001/4, pp. 735 segs

GRAHAM, R., Goldfarb, W., Plater, Z., e Abrams, R., *Environmental law and policy: nature, law and society*, 2ª ed., St. Paul, Minnesota, 1998

GRANET, M.-Béatrice, Principe de précaution et risques d'origine nucléaire: quelle protection pour l'environnement?, in *JDI*, 2001/3, pp. 755 segs

GRASSI, S., Principi costituzionali e comunitari per la tutela dell'ambiente, in *Scritti in onore di A. Predieri*, II, Milão, 1996, pp. 907 segs

GROS, M., La controverse du principe de précaution, in *RDPSP*, 2002/3, pp. 821 segs

GROS ESPIELL, H., Introduction, in *Droit International. Bilân et perspectives*, II, coord. de M. Bedjaoui, Paris, 1991, pp. 1238 segs

GUÉDON, Marie-José, e Dupuis, G., *Droit Administratif*, 4ª ed., Paris, 1993

GUERRA MARTINS, A., A Carta dos Direitos Fundamentais da União europeia e os direitos sociais, in *D&J*, 2001/2, pp. 189 segs

GUETTIER, C., *Droit des contrats administratifs*, Paris, 2004

GUIBAL, M., La justification des atteintes a la liberté du commerce et de l'industrie, in *AJDA*, 1972/7, pp. 330 segs

GUILLON, E., e Bringuier, P., Le pouvoir de retrait des actes administratifs, in *AJDA*, 1978/6, pp. 300 segs

GÜNDLING, D.,

- Our responsibility to future generations, in *Agora: What obligations does our generation owe to the next? An approach to global environmental responsibility*, in *AJIL*, Vol. 94, 1990, pp. 207 segs
- The status in International Law of the principle of precautionary action, in *IJECL*, 1990/1, 2, 3, pp. 23 segs

GULLETT, W., Environmental protection and the «precautionary principle»: a response to scientific uncertainty in environmental management, in *EPLJ*, 1997/1, pp. 52 segs

GUSY, C., Grundpflichten und Grundgesetz, in *JZ*, 1982/19, pp. 657 segs

GUTIÉRREZ ESPADA, C., La contribución del Derecho Internacional del medio ambiente al desarrollo del Derecho Internacional contemporáneo, in *ADI*, vol. XIV, 1998, pp. 113 segs

HAMONIAUX, T., Principe de précaution et refus de la France de lever l'embargo sur la viande bovine britannique, in *AJDA*, 2002/2, pp. 164 segs

HANCHER, L., EC Environmental policy - a pre-cautionary tale?, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 187 segs

HANDL, G., Human rights and protection of the environment: a mildly «revisionist» view, in *Derechos humanos, desarrollo sustentable y medio ambiente*, Brasília, 1992, pp. 117 segs

HANDMER, J., e Dovers, S., Ignorance, the precautionary principle and sustainability, in *Ambio*, 1995/2, pp. 92 segs

HANNEQUART, Jean-Pierre, e Roelants du Vivier, F., Une nouvelle stratégie européenne pour l'environnement dans le cadre de l'Acte Unique, in *RMC*, n° 316, 1988, pp. 225 segs

HANS, J. H., e Scott, J., The Convention on the future of Europe: an environmental perspective, in *JEL*, 2003/3, pp. 323 segs

HARDING, R., e Fisher, L., The precautionary principle in Australia: from aspiration to practice?, in *Interpreting the precautionary principle*, org. de T. O'Riordan e J. Cameron, Londres, 1994, pp. 252 segs

HARTLOFF, V., Le contentieux de l'environnement en République Fédérale allemande, in *RJE*, 1995 - n° especial, pp. 89 segs

HEIMLICH, J., Der Begriff «Stand der Technik» im deutschen und europäischen Umweltrecht, in *N+R*, 1998/11, pp. 582 segs

HELDEWEG, M., e Seerden, R., Towards a *Ius Commune* in public environmental law? Report on the Conference on Comparative Environmental Law in the European Union, Maastricht 12-13 June 1997, in *EELR*, 1998/2, pp. 40 segs

HERDEGEN, M., Risiken für Umwelt und Gesundheit im Spannungsfeld nationaler und internationaler Regulierungsphilosophien, in *Das Recht der Wasser - und Entsorgungswirtschaft, Regelungsmab und Steuermkraft des Umweltrechts*, coord. de W. R. Breuer, Köln/Berlin/Bonn/München, 2000, pp. 61 segs

HERMITTE, M.-Angèle, e Noiville, C., La dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement. Une première application du principe de prudence, in *RJE*, 1993/3, pp. 391 segs

HERMITTE, M.-Angèle, e David, Virgine, Avaliação dos riscos e princípio da precaução, in *Princípio da precaução*, org. de M. Dias Varela e A. F. Barros Platiau, Belo Horizonte, 2004, pp. 93 segs

HESSE, C., Significado de los derechos fundamentales, in Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, *Manual de Derecho Constitucional* (trad. de *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1994), Madrid, 1996, pp. 83 segs

HEWISON, G., *The precautionary approach to fisheries management: an environmental perspective*, in *IJMCL*, 1996/3, pp. 301 segs

HEY, E.,

- **The precautionary approach. Implications of the revision of the Oslo and Paris Conventions**, in *MP*, 1991/7, pp. 244 segs
- **The precautionary concept in Environmental policy and law: institutionalizing caution**, in *The GIELR*, 1992, pp. 303 segs
- **Considerations regarding the *Hormones Case*, the precautionary principle and international dispute settlement procedures**, in *LJIL*, n° 13, 2000, pp. 239 segs

HEY, E., e Freestone, D., **Origins and development of the precautionary principle**, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 3 segs

HEY, E., Freestone, D., **Implementing the precautionary approach: challenges and opportunities**, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 249 segs

HICKEY, J., e Walker, V., **Refining the precautionary principle in International Environmental Law**, in *VELJ*, 1995/3, pp. 423 segs

HILL, R., Johnston, S., e Sendashonga, C., **Risk assessment and precaution in the Biosafety Protocol**, in *RECIEL*, 2004/3, pp. 263 segs

HOFMANN, H.,

- **Natur und Naturschutz im Spiegel des Verfassungsrechts**, in *JZ*, 1988/6, pp. 265 segs
- **Vielfalt, Sicherheit und Solidarität statt Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit?**, in *Sicherheit, Vielfalt, Solidarität. Ein neues Paradigma des Verfassungsrechts?*, org. de J. Bizer e H.-Joachim Koch, Baden-Baden, 1998, pp. 101 segs

HOHMANN, H., **Precautionary legal duties and principles of modern environmental law**, Londres, 1994

HOLDER, J., **Safe science? The precautionary principle in International Law**, in *The impact of EC Environmental Law in the United Kingdom*, org. de J. Holder, Londres, 1997, pp. 123 segs

HOPPE, W., **Staatsaufgabe Umweltschutz**, in *VVDStRL* 38, 1980, pp. 211 segs

HORGUÉ BAENA, C., **La modificación del contrato administrativo de obra. *El ius variandi***, Madrid, 1997

HORNSTEIN, D., **Reclaiming environmental law: a normative critique of comparative risk analysis**, in *Columbia LR*, vol. 92, 1992, pp. 562 segs

HUERGO LORA, A., **La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo**, in *RAP*, n° 145, 1998, pp. 889 segs

ICARD, P.,

- L'articulation de l'ordre juridique communautaire et des ordres nationaux dans l'application du principe de précaution, *in RJE*, 2000 - n° especial, pp. 29 segs
- Le principe de précaution: exception à l'application du Droit Communautaire?, *in RTDE*, 2002/3, pp. 471 segs
- Le principe de précaution et le refus de mettre fin à l'embargo sur la viande britannique, *in JCP*, 2002, n°s 31/35, pp. 1468 segs

IGLESIAS, M. Teresa, La zona internacional de os fondos marinos como patrimonio común de la humanidad: una aspiración truncada, *in Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*, Madrid, 1998, pp. 177 segs

INFANTE MOTA, P., O sistema GATT/OMC. Introdução histórica e princípios fundamentais, Coimbra, 2005

IPSEN, J., Die Genehmigung technischer Grobanlagen. Rechtliche Regelung und neuere Judikatur, *in AÖR*, Band 107, 1982, pp. 259 segs

ISENSEE, J., Die verdrängten Grundpflichten des Bürgers, *in DÖV*, 1982/15, pp. 609 segs

IYNEDJIAN, M., Le principe de précaution en Droit International Public, *in RDISDP*, 2000/3, pp. 247 segs

IZCARA PALACIOS, S., La contaminación agraria y el principio de cautela. Hacia una regulación de los riesgos medioambientales originados por la intensificación agraria en la Unión Europea, *in REE*, n° 21, 1999, pp. 49 segs

JACQUET, C., González Vaqué, L., e Ehring, L., Le principe de précaution dans la législation communautaire et nationale relative à la protection de la santé, *in RMUE*, 1999/1, pp. 79 segs

JADOT, B., Ordre publique écologique et droits acquis, *in AP*, 1983/1, pp. 22 segs

JARASS, H.,

- Reichweite des Bestandsschutzes industrieller Anlagen gegenüber umweltrechtlichen Mabnahmen, *in DVBl*, 1986/7, pp. 314 segs
- Der rechtliche Stellenwert technischer und wissenschaftlicher Standards, *in NJW*, 1987/21, pp. 1225 segs

JÉZE, G., Théorie générale des contrats administratifs (III), *in RDPSP*, 1931, pp. 70 segs, e Théorie générale des contrats administratifs (VI), *in RDPSP*, 1932, pp. 244 segs

JÉZOUGO, Y.,

- Les principes généraux du Droit de l'Environnement, *in RFDA*, 1996/2, pp. 209 segs
- Le juge administratif et l'ordonnancement du Droit de l'Environnement, *in RJE*, 2004 - n° especial, pp. 19 segs

JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, P., *El principio de prevención en el Derecho Internacional del medio ambiente*, Madrid, 2001

JOHNSON, S., *Did we really save the Earth at Rio?*, in *The Earth Summit: The United Nations Conference on Environment and Development (UNCED)*, London/Dordrecht/Boston, 1993, pp. 3 segs

JOHNSTON, S., Hill, R., e Sendashonga, C., *Risk assessment and precaution in the Biosafety Protocol*, in *RECIEL*, 2004/3, pp. 263 segs

JORDÁ CAPITÁN, E., *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Navarra, 2001

JORDAN, A., *The precautionary principle in the European Union*, in *Reinterpreting the precautionary principle*, Londres, 2001, pp. 143 segs

JORDANO FRAGA, J.,

- *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995
- *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho Público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Barcelona, 2000

JUSTE RUIZ, J., *Derecho Internacional del medio ambiente*, Madrid, 1999

KAMMINGA, M., *The precautionary approach in International Human Rights Law: how it can benefit the environment*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 171 segs

KARPEN, U., *La tutela dell'ambiente come diritto fondamentale o come finalità statale? Un elemento per una nuova Costituzione dopo la riunificazione della Germania*, in *GC*, 1991/1, pp. 1055 segs

KARYDIS, G., *L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable*, in *RTDE*, 2002/1, pp. 1 segs

KEMPER, K., *Der vorläufige Verwaltungsakt*, in *DVBl*, 1989/19, pp. 981 segs

KISS, A.,

- *Peut-on définir le droit de l'Homme à l'environnement?*, in *RJE*, 1976/1, pp. 15 segs
- *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, in *RCADI*, 1982/II, pp. 103 segs
- *La protection de l'environnement en Europe*, in *AE*, XXX (1982), pp. 75 segs
- *Le droit à la conservation de l'environnement*, in *RUDH*, n° 12, 1990, pp. 445 segs
- *Environnement et développement ou environnement et survie?*, in *JDI*, 1991/2, pp. 265 segs
- *Droit et risque*, in *APhD*, Tomo 36, 1991, pp. 49 segs
- *Direito Internacional do Ambiente*, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 147 segs
- *The rights and interests of future generations and the precautionary principle*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 19 segs
- *La acción internacional de la Unión Europea*, in *Derecho mediambiental de la Unión Europea*, coord. de J. Picon Riquez, Madrid, 1996, pp. 199 segs

- **L'irréversibilité et le droit des générations futures**, in *RJE*, 1998 - n° especial, pp. 49 segs
KISS, A., e Shelton, D., *International Environmental Law*, 2ª ed., Nova Iorque, 2000

KLASING, A., Beyer, R., Coffey, C., e Von Homeyer, I., **The Draft Constitution for Europe and the Environment. The impact of institutional changes, the reform of the instruments and the principle of subsidiarity**, in *EELR*, 2004/7, pp. 218 segs

KLEIN, H., **Zur Auslegung des Rechtsbegriffs der "öffentlichen Sicherheit und Ordnung"**, in *DVBl*, 1971/7, pp. 233 segs

KLOEPFER, M., **Umweltschutz und Verfassungsrecht - Zum Umweltschutz als Staatspflicht**, in *DVBl*, 1988/7, pp. 305 segs

KLOEPFER, M., e Kröger, H., **Zur Konkretisierung der immissionsschutzrechtlichen Vorsorgepflicht**, in *N+R*, 1990/1, pp. 8 segs

KLOEPFER, M., Rehbinder, M., e Schmidt-Assmann, E., **Umweltgesetzbuch**, 2ª ed., Berlin, 1991

KNAPP, B., **La collaboration des particuliers et de l'État à l'exécution des tâches d'intérêt général**, in *Mélanges H. Zwahlen*, Lausanne, 1977, pp. 363 segs

KÖBLER, R., **Die «clausula rebus sic stantibus» als allgemeiner Rechtsgrundsatz**, Tübingen, 1991

KÖCK, W.,

- **Die rechtliche Bewältigung technischer Risiken**, in *KJ*, Band 26, 1993, pp. 125 segs
- **Risikovorsorge als Staatsaufgabe**, in *AÖR*, vol. 121, 1996, pp. 1 segs

KOPP, F., **Verwaltungsakte unter Vorbehalt und sonstige vorläufige Verwaltungsakte**, in *DVBl*, 1989/5, pp. 238 segs

KRÄMER, L.,

- **The Single European Act and environment protection: reflections on several new provisions in Community Law**, in *CMLR*, 1987/24, pp. 659 segs
- **Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad europea**, Madrid/Barcelona, 1999

KRÖGER, H., e Klopfer, M., **Zur Konkretisierung der immissionsschutzrechtlichen Vorsorgepflicht**, in *N+R*, 1990/1, pp. 8 segs

KWIATKOWSKA, B., **The Ireland v United Kingdom (Mox Plant) Case: applying the doctrine of treaty parallelism**, in *IJMCL*, 2003/1, pp. 1 segs

LAGUNA DE PAZ, J. C., **Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado**, in *RAP*, n° 1555, 2001, pp. 27 segs

LAMEIRAS MARQUES, M., **Licenças e autorizações no novo regime da urbanização e edificação**, in *RAL*, n° 174, 1999, pp. 815 segs

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

LARMUSEAU, I., The precautionary principle introduced in belgian jurisprudence: the need for consistency, in *EELR*, 2000/2, pp. 40 segs

LAVRYSEN, L., The precautionary principle in belgian jurisprudence: unknown, unloved?, in *EELR*, 1998/3, pp. 75 segs

LAUBADÈRE, A. de,

- Le pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, in *RDPS*, 1954, pp. 36 segs
 - Administration et contrat (1967), in *Pages de doctrine*, II, s/ local, 1980, pp. 239 segs
- LAUBADÈRE, A. de, Moderne, F., e Delvolvé, P., *Traité des contrats administratifs*, II, 2^a ed., Paris, 1984

LEE, M., *EU Environmental Law. Challenges, Change and Decision-making*, Oxford/Portland, 2005

LESSONA, S., Interesse privato e dovere di abrogazione di provvedimenti succesivamente inefficaci, in *RTDP*, 1952, pp. 289 segs

LETTERA, F., Lo Stato ambientale e le generazioni future, in *RGA*, 1992/2, pp. 235 segs

LEWALLE, P., L'abrogation des actes administratifs, in *AFDL*, 1971, pp. 63 segs

LIVET, P., *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, Paris, 1974

LOMBA, Pedro, Sobre a teoria das medidas de polícia administrativa, in *Estudos de Direito de Polícia*, I, coord. de Jorge Miranda, Lisboa, 2003, pp. 177 segs

LOMBARDI, G., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milão, 1967

LONG, M., Weil, P., Braibant, G., Delvolvé, G., e Genevois, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11^a ed., Paris, 1996

LOPERENA ROTA, D., *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, 1996

LOPES, Ricardo, A imprevisão nas relações contratuais, in *SJ*, n° 1, 1951, pp. 33 segs

LÓPEZ BRAVO, C., *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*, Sevilha, 1999

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I., e Escribano Collado, P., El medio ambiente como función administrativa, in *REDA*, n° 26, 1980, pp. 367 segs

LÓPEZ MENUDO, F., El derecho a la protección del medio ambiente, in *RCEC*, n° 10, 1991, pp. 161 segs

LÓPEZ RAMÓN, F.,

- Caracteres del derecho comunitario europeo ambiental, *in RAP*, nº 142, 1997, pp. 53 segs
- Derechos fundamentales, subjectivos y colectivos al medio ambiente, *in REDA*, nº 95, 1997, pp. 347 segs
- El derecho ambiental como derecho de la función pública de protección de los recursos naturales, *in La protección jurídica del medio ambiente*, Pamplona, 1997, pp. 105 segs

LOUIS-LUCAS, P., *Le retrait des actes administratifs individuels*, *in D.Ch.*, 1952, pp. 107 segs

LOUREIRO, João,

- O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares (Algumas considerações), Coimbra, 1995
- Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência, *in Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 797 segs

LOUREIRO BASTOS, F.,

- Os acordos mistos em Direito Comunitário, Lisboa, 1997
- A internacionalização dos recursos naturais marinhos, Lisboa, 2005

LÜBBE-WOLFF, G., *Präventiver Umweltschutz. Auftrag und Grenzen des Vorsorgeprinzips im deutschen und im europäischen Recht*, *in Sicherheit, Vielfalt, Solidarität. Ein neues paradigma des Verfassungsrechts?*, coord. de J. Bizer e J. Koch, Baden-Baden, 1998, pp. 47 segs

LUCAS CARDOSO, J., *Do problema dos conceitos indeterminados em Direito Administrativo*, *in Revista Polis*, nº 1, 1994, pp. 11 segs

LUCCHINI, L., *Le principe de précaution en Droit International de l'Environnement: ombres plus que lumières*, *in AFDI*, 1999, pp. 710 segs

LUCHTERHANDT, O., *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland*, Berlin, 1988

LÜTHER, J.,

- Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia, *in PD*, 1989/4, pp. 673 segs
- Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Germania, *in GC*, 1986/12, pp. 2555 segs

LYSTER, R., *The relevance of the precautionary principle: Friends of Hinchinbrook Society Inc vs Minister for the Environment*, *in EPLJ*, 1997/5, pp. 390 segs

MAC CROIRIE, Benedita,

- O recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional, *in Estudos em comemoração do décimo ano da licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, 2004, pp. 151 segs
- A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, Coimbra, 2005

MAÇÃS, M^a Fernanda, **A caducidade no Direito Administrativo: breves considerações**, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, II, Coimbra, 2005, pp. 121 segs

MACDONALD, J. M., **Appreciating the precautionary principle as an ethical evolution in ocean management**, in *OD&IL*, Vol. 26, 1995, pp. 255 segs

MacGARVIN. M., **Fisheries: taking stock**, in Harremoës, P., Gee, D., MacGarvin, M., Stirling, A., Keys, J., Wynne, B., e Guedes Vaz, S., *The precautionary principle in the 20th century. Late lessons from early warnings*, London/Sterling VA, 2002, pp. 10 segs

MACERA, Bernard-Franck, **El deber industrial de respetar el ambiente**, Madrid, 1998

MACHADO, Jónatas, e Gomes Canotilho, J. J., **«Reality shows» e liberdade de programação**, Coimbra, 2003

MACHETE, Pedro, **A audiência dos interessados no procedimento administrativo**, Lisboa, 1995

MACHETE, Rui, **A evolução do conceito de serviço público e a natureza das relações entre concessionário ou autorizado e o utente**, in *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Prof. João Lumbrals*, Coimbra, 2000, pp. 1011 segs

MACIEIRINHA, Tiago, **A audiência dos interessados e o direito fundamental ao ambiente**, in *CJA*, n^o 51, 2005, pp. 14 segs

MADDALENA, P.,

- **Il diritto all'ambiente ed i diritti dell'ambiente nella costruzione della teoria del risarcimento del danno pubblico ambientale**, in *RGA*, 1990/3, pp. 469 segs
- **L'ambiente valore costituzionale nell'ordinamento comunitario**, in *CS*, II, 1999, pp. 945 segs

MADIOT, Y., **Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral: recherches sur la notion d'acte mixte en Droit Public français**, Paris, 1971

MAGALHÃES COLLAÇO, Isabel, **O risco nuclear e os problemas jurídicos que suscita**, in *Arquivos da Universidade de Lisboa*, nova série, n^o 3, 1961, pp. 213 segs

MAGALHÃES COLLAÇO, J. M. Tello de, **Concessões de serviços públicos. Sua natureza jurídica**, Coimbra, 1914

MALHOTRA, A., **A commentary on the state of future generations as a subject of international law**, in *Future generations and international law*, coord. E. Agius e S. Busutill, Londres, 1998, pp. 39 segs

MALJEAN-DUBOIS, S., **L'arrêt rendu par la Cour Internationale de Justice le 25 septembre 1997 en l'affaire relative au projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)**, in *AFDI*, 1997, pp. 286 segs

MANTERO, A., **Le situazioni favorevoli del privato del rapporto amministrativo**, Pádua, 1979

MARGÉNAUD, J.-Pierre, **Droit de l'Homme a l'environnement et Cour Européenne des droits de l'Homme**, in *RJE*, 2003 - n° especial, pp. 15 segs

MARQUES GUEDES, A. M., **Os contratos administrativos**, in *BFDUL*, 1991, pp. 9 segs

MARTENS, C.-Peter, **Die Ökonomisierung des Rechtsbegriffs «Stand der Technik» durch die sechste Novelle zum WHG**, in *NVwZ*, 1998/1, pp. 13 segs

MARTENS, W.,

- **Imissionsschutzrecht und Polizeirecht**, in *DVBl*, 1981/13, pp. 597 segs
- **Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr**, in *DÖV*, 1982/3, pp. 89 segs

MARTIN, G.,

- **Précaution et évolution du droit**, in *Ch.D.*, 1995, pp. 299 segs
- **Le concept de risque et la protection de l'environnement: évolution parallèle ou fertilisation croisée?**, in *Les hommes et l'environnement, Études en hommage à A. Kiss*, Paris, 1998, pp. 451 segs
- **Mesures provisoires et irréversibilité en Droit français**, in *RJE*, 1998 - n° especial, pp. 131 segs

MARTIN-BIDOU, P., **Le principe de précaution en Droit International de l'Environnement**, in *RGDIP*, 1999/3, pp. 631 segs

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., **Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias**, in *RAP*, n° 24, 1957, pp. 117 segs

MARTÍN MATEO, R.,

- **Silencio positivo y actividad autorizante**, in *RAP*, n° 48, 1965, pp. 205 segs
- **La calidad de vida como valor jurídico**, in *RAP*, 1988, pp. 51 segs
- **Tratado de Derecho ambiental**, I, Madrid, 1991

MARTINS CLARO, J., Freitas do Amaral, D., Caupers, J., Raposo, J., Garcia, Maria da Glória, Siza Vieira, P., e Pereira da Silva, V., **Código do Procedimento Administrativo, Anotado**, 3ª ed., Coimbra, 1997

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., **Servicio público, servicio universal y “obligación de servicio público” en la perspectiva del derecho comunitario: los servicios esenciales y sus regímenes alternativos**, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública, IV Colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra, 2001, pp. 249 segs

MASTROMATTEO, A., **A lost opportunity for European regulation of genetically modified organisms**, in *ELR*, 2000/4, pp. 425 segs

MATHIEU, B., **L'avenir du principe de précaution?**, in *JCP*, n° 45, 2001, pp. 2025 segs

MAURER, H., **Allgemeines Verwaltungsrecht**, 10ª ed., München, 1995

MAYER, O., **Derecho Administrativo alemán** (tradução de *Le Droit Administratif allemand*, Paris, 1904), I e II, 2ª ed., Buenos Aires, 1982

MAZUREK, A.-Gabrielle, e S. Bär, **Le Droit européen de l'Environnement à la lecture du Traité d'Amsterdam: modifications et perspectives**, in *RJE*, 1999/3, pp. 375 segs

MAZZOLA, M. Adriano, **Il principio di minimizzazione del rischio tra il regolamento sulle radiofrequenze, la legge quadro ed il decreto Gasparri**, in *RGA*, 2003/1, pp. 99 segs

MBENGUE, M., e Boisson de Chazournes, L., **La Déclaration de Doha de la Conférence Ministerielle de l'Organisation Mondiale du Commerce et sa portée dans les relations commerce/environnement**, in *RGDIP*, vol. 106, 2002, pp. 855 segs

McCARTHY, T., **Human rights and human duties: do we need a declaration of human responsibilities? Some observations**, in *Les droits de l'Homme à l'aube du XXIème siècle, Liber Amicorum Karel Vasak*, Bruxelles, 1999, pp. 655 segs

McGARVIN, M., **Science, precaution, facts and values**, in *Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O'Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 35 segs

McGILLIVRAG, D., e Bell, S., **Environmental Law**, 5ª ed., Londres, 2000

McINTYRE, O., e Mosedale, T., **The precautionary principle as a norm of customary international law**, in *JEL*, 1997, nº 2, pp. 221 segs

McNEILS, N., **EU Communication on the precautionary principle**, in *JIEL*, 2000, pp. 545 segs

MEDEIROS, Rui,

- **O ambiente na Constituição**, in *RDES*, 1993, pp. 377 segs
- **A decisão de inconstitucionalidade**, Lisboa, 1999
- **A Carta dos Direitos Fundamentais da União europeia, a Convenção europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português**, Lisboa, 2001

MEDEIROS, Rui e Freitas do Amaral, D., **Responsabilidade civil do Estado por omissão de medidas legislativas - o caso Aquaparque**, in *RDES*, 2000/3-4, pp. 299 segs

MEDEIROS, Rui, e Miranda, Jorge, **Constituição Portuguesa Anotada**, I, Coimbra, 2005

MEILÁN GIL, J. L.,

- **Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión**, in *RAP*, nº 71, 1973, pp. 59 segs
- **La dimensión temporal de la planificación urbanística**, in *SJ*, nºs 253/255, 1995, pp. 43 segs

MELO ALEXANDRINO, J. A., e Rebelo de Sousa, M., **Constituição da República portuguesa, Comentada**, Lisboa, 2000

MELO MACHADO, J., **Teoria jurídica do contrato administrativo**, Coimbra, 1936

MELO ROCHA, M., *A avaliação de impacto ambiental como princípio de Direito do Ambiente nos quadros internacional e europeu*, Porto, 2000

MENDELSON, M., (relator), *Statement of principles applicable to the formation of general customary international law*, *Committee on formation of customary general international law*, International Law Association, London Conference (2000)

MENEZES CORDEIRO, A.,

- **Da alteração das circunstâncias**, *Separata dos Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Paulo Cunha*, Lisboa, 1987, pp. 21 segs
- **Da boa-fé no Direito Civil**, II, Coimbra, 1984
- **Tratado de Direito Civil**, Vol. I, Tomo II, 2ª ed., Coimbra, 2002

MEYER-BISCH, P., *D'une succession de générations à un système des droits humains*, in *Les droits de l'Homme à l'aube du XXIème siècle*, *Liber Amicorum Karel Vasak*, Bruxelas, 1999, pp. 333 segs

MEZZETTI, L., *L'ambiente tra diritti fondamentali e apparato di governo: il caso tedesco*, in *LR*, 1987/5, pp. 968 segs

MILLSTONE, E., e Von Zwanenberg, P., **"Mad cow disease" 1980s-2000: how reassurances undermined precaution**, in Harremoës, P., Gee, D., MacGarvin, M., Stirling, A., Keys, J., Wynne, B., e Guedes Vaz, S., *The precautionary principle in the 20th century. Late lessons from early warnings*, London/Sterling VA, 2002, pp. 170 segs

MIRANDA, João,

- **O papel da Assembleia da República na construção europeia**, Coimbra, 2000
- **A dinâmica jurídica do planeamento territorial. A alteração, a revisão e a suspensão dos planos**, Coimbra, 2002

MIRANDA, Jorge,

- **O direito eleitoral na Constituição**, II, Lisboa, 1978, pp. 461 segs
- **A Constituição e o Direito do Ambiente**, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 353 segs
- **Solidariedade e autonomia regional**, in *OD*, 1996/I-II, pp. 9 segs
- **Manual de Direito Constitucional**, V, Coimbra, 1997
- **Manual de Direito Constitucional**, II, 4ª ed., Coimbra, 2000
- **Manual de Direito Constitucional**, IV, 3ª ed., Coimbra, 2000
- **Ideias para uma revisão constitucional em 1996**, in *Constituição e Cidadania*, Coimbra, 2003, pp. 101 segs
- **Curso de Direito Internacional Público**, 2ª ed., Cascais, 2004

MIRANDA, Jorge, e Medeiros, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, I, Coimbra, 2005

MODERNE, F., e Delvolvé, P., e Laubadère, A. de, *Traité des contrats administratifs*, II, 2ª ed., Paris, 1984

MONTEIRO, Cláudio, **O embargo e a demolição de obras no Direito Administrativo**, *Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas*, inédita, Faculdade de Direito de Lisboa, 1995

MONTEIRO, L. Miguel, *Da vontade contratual na configuração da prestação de trabalho*, in *RDES*, 1990/1-4, pp. 283 segs

MONTINI, M., *Il principio di necessità ambientale come criterio di bilanciamento tra commercio internazionale e protezione dell'ambiente*, in *RGA*, 2002/1, pp. 137 segs

MONTORO CARRASCO, J. S., *Solidariedad y derecho al medio ambiente*, in *BFD*, nº 12, 1997, pp. 593 segs

MONTORO CHINER, M. J.,

- *El estado ambiental de derecho. Bases constitucionales*, in *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Professor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, coord. de Sosa Wagner, II, Valencia, 2000, pp. 3437 segs
- *La tutela dell'ambiente in Spagna. Profili costituzionali e amministrativi*, in *Diritto Ambientale e Costituzione*, a cura di A. Amirante, Milão, 2000, pp. 47 segs

MOOR, Pierre, *Droit Administratif*, II, Berna, 1991

MOREIRA, Isabel, *Por uma leitura fechada e integrada da cláusula aberta dos direitos fundamentais*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, V, Coimbra, 2003, pp. 113 segs

MOREIRA, José Carlos, *Do domínio público*, I, Coimbra, 1931

MOREIRA, Vital,

- *A tutela dos direitos fundamentais na União europeia*, in *Carta dos Direitos Fundamentais da União europeia*, coord. de Vital Moreira, Coimbra, 2001, pp. 121 segs
- *Serviço público e concorrência. A regulação do sector eléctrico*, in *Os caminhos da privatização da Administração Pública, IV Colóquio luso-espanhol de Direito Administrativo*, Coimbra, 2001, pp. 223 segs

MOREIRA, Vital, e Gomes Canotilho, J. J., *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991

MOREIRA, Vital, e Gomes Canotilho, J. J., *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, I, 4ª ed. revista, Coimbra, 2007

MOREIRA DA SILVA, L., *A segunda revisão da Convenção de Montego Bay ou o fim do Mare Liberum*, in *RJ*, nº 24, 2001, pp. 53 segs

MORILLO-VERDE PÉREZ, J. I., *El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades ineditas*, in *RAP*, nº 159, 2002, pp. 87 segs

MOSEDALE, T., e McIntyre, O., *The precautionary principle as a norm of customary international law*, in *JEL*, 1997/2, pp. 221 segs

MOTA DE CAMPOS, J., *A ordem constitucional portuguesa e o Direito Comunitário*, s/ local, 1981

NAVARRO BATISTA, N., *Fondos marinos y patrimonio común de la humanidad*, Salamanca, 2000

NEVES, Ana, *A mobilidade funcional na Função Pública*, Lisboa, 2003

NICKLER, P., *A tragedy of the commons in coastal fisheries: contending prescriptions for conservation, and the case of the Atlantic bluefin tuna*, in *BCELR*, 1999/3, pp. 549 segs

NICKLISCH, F., *Das Recht im Umgang mit dem Ungewissen in Wissenschaft und Technik*, in *NJW*, 1986/37, pp. 2287 segs

NIETO, A., *La inactividad material de la Administración: veinticinco años después*, in *DocA*, nº 208, 1986, pp. 11 segs

NOIVILLE, C.,

- **Principe de précaution et Organisation mondiale du commerce. Le cas du commerce alimentaire**, in *JDI*, 2000/2, pp. 263 segs
- **Princípio da precaução e Organização Mundial do Comércio: da oposição filosófica para os ajustes técnicos?**, in *Princípio da precaução*, org. de M. Dias Varela e A. F. Barros Platiau, Belo Horizonte, 2004, pp. 317 segs

NOIVILLE, C., e Hermitte, M.-Angèle, *La dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement. Une première application du principe de prudence*, in *RJE*, 1993/3, pp. 391 segs

NOLLKAEMPER, A.,

- **The precautionary principle in International Environmental Law: what's new under the sun?**, in *MPBul*, 1991/3, pp. 107 segs
- **"What you risk is what you value", and other dilemmas encountered in the legal assaults on risks**, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 73 segs

NORTON, B., *Environmental ethics and the rights of future generations*, in *STP*, 1981/7, pp. 319 segs

O'RIORDAN, T., *The precautionary principle and civic science*, in *Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O'Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 95 segs

OCHOA MONZÓ, J., *Riesgos mayores y protección civil*, Madrid, 1996

OLIVEIRA, Fernanda Paula *Quem dá, pode voltar a tirar...? Novas regras de ordenamento e direitos adquiridos, Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 11 de Novembro de 2004*, in *CEDOUA*, 2004/1, pp. 141 segs

OLIVEIRA, Fernanda Paula, e Simões, J. Eduardo, *O novo regime jurídico do urbanismo e edificação*, in *CEDOUA*, 2001/2, pp. 35 segs

OLIVEIRA ASCENSÃO, J.,

- **O Urbanismo e o direito de propriedade**, in *Direito do Urbanismo*, INA, 1989, pp. 319 segs
- **Direito Civil. Teoria Geral**, III, Coimbra, 2002
- **Onerosidade excessiva por «alteração das circunstâncias»**, in *ROA*, 2005/III, pp. 625 segs

D'OLIVEIRA MARTINS, A., **O desenvolvimento sustentável e o regime dos cursos de água internacionais**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. Silva Cunha*, Coimbra, 2005, pp. 39 segs

ORSI BATTAGLINI, A., **Autorizzazioni amministrative**, in *Dig. disc. pubblicistiche*, II, 4ª ed., Turim, 1987, pp. 58 segs

ORTEGA ÁLVAREZ, L., **El concepto de medio ambiente**, in *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, coord. de L. Ortega Álvarez, Valladolid, 1998, pp. 43 segs

OSSENBÜHL, F.,

- **Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private**, in *VVDStRL*, Band 29, 1971, pp. 137 segs
- **Vom unbestimmten Gesetzbegriff zur letztverbindlichen Verwaltungsentscheidung**, in *DVBl*, 1974/8-9, pp. 309 segs
- **Der polizeiliche Ermessens- und Beurteilungsspielraum**, in *DÖV*, 1976/13,14, pp. 463 segs
- **Die Bewertung technischer Risiken bei der Rechtsetzung**, in *DÖV*, 1982/20, pp. 833 segs
- **Vorsorge als Rechtsprinzip im Gesundheits-, Arbeits- und Umweltschutz**, in *NVwZ*, 1986/3, pp. 161 segs

OST, F., **Un environnement de qualité: droit individuel ou responsabilité collective?**, in *L'actualité du Droit de l'Environnement*, Bruxelles, 1995, pp. 23 segs

OTERO, Paulo,

- **A Autoridade internacional dos fundos marinhos**, Lisboa, 1988
- **Acto administrativo**, §4º da voz *Procedimento Administrativo*, in *DJAP*, VI, Lisboa, 1994, pp. 490 segs
- **O poder de substituição em Direito Administrativo**, I, Lisboa, 1995
- **O poder de substituição em Direito Administrativo**, II, Lisboa, 1995
- **Estabilidade contratual, modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas**, in *ROA*, 1996/III, pp. 913 segs
- **Impugnações administrativas**, in *CJA*, nº 28, 2001, pp. 50 segs
- **Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**, Coimbra, 2003
- **O valor hierárquico-normativo do Direito Internacional Público na ordem jurídica portuguesa**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. Silva Cunha*, Coimbra, 2005, pp. 697 segs

PACHECO DE AMORIM, J., Esteves de Oliveira, M., e Costa Gonçalves, P., **Código do Procedimento Administrativo, Anotado**, 2ª ed., Coimbra, 1997

PADRÃO, João, e ATAÍDE, Augusto de, **Condicionamento industrial**, in *DJAP*, II, Lisboa, 1990, pp. 563 segs

PAGLIARI, G., **Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva dei provvedimenti amministrativi**, Pádua, 1991

PAIVA BRANDÃO, D., **Considerações sobre a teoria da imprevisão**, in *BFDUC*, Suplemento ao volume XVII (1944), pp. 173 segs

PAIS VASCONCELOS, Pedro, *Direitos de personalidade*, Coimbra, 2006

PALLEMAERTS, M.,

- *La Conférence de Rio: Grandeur et décadence du Droit International de l'Environnement?*, in *RBDI*, 1995/1, pp. 175 segs
- *International Law and sustainable development: any progress in Johannesburg?*, in *RECIEL*, 2003/1, pp. 1 segs

PALMA, M. Fernanda, *Direito Penal do Ambiente - Uma primeira abordagem*, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 431 segs

PAOLILLO, F., *El regimen de explotación de los fondos marinos*, in *Prospettive del Diritto del Mare all'alba del XXI secolo*, 1999, pp. 173 segs

PÂQUES, M., *De l'acte unilatéral au contrat dans l'action administrative*, Bruxelles, 1991

PARADELL-TRIUSS, L., *Principles of International Environmental Law: an overview*, in *RECIEL*, nº 9, 2000, pp. 93 segs

PAREJO ALFONSO, L.,

- *Origen y desarrollo del Derecho medioambiental en el ordenamiento comunitario europeo*, in *Derecho medioambiental de la Unión Europea*, coord. de J. Picon Riquez, Madrid, 1996, pp. 41 segs
- *El Estado Social Administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios publicos*, in *RAP*, nº 153, 2000, pp. 217 segs

PAUNER CHULVI, C., *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*, Madrid, 2001

PAJNO, A., *Gli articoli 19 e 20 della legge n. 241 prima e dopo la legge 24 dicembre 1993 n. 537. Intrapresa dell'attività privata e silenzio della'amministrazione*, in *DPA*, 1994/1, pp. 22 segs

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

PAZ FERREIRA, E., *Da dívida pública e das garantias dos credores do Estado*, Coimbra, 1995

PECCOLO, G., *Le droit à l'environnement dans la Constitution italienne*, in *RJE*, 1994/4, pp. 335 segs

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Derecho y derechos fundamentales*, Madrid, 1993

PEINE, F.-Joseph, *Der vorläufige Verwaltungsakt*, in *DÖV*, 1986/20, pp. 849 segs

PELLOUX, R., *Vrais et faux droits de l'Homme. Problèmes de définition et de classification*, in *RDPSP*, 1981/1, pp. 53 segs

PÉQUIGNOT, J., Contenu et effets spéciaux des contrats administratifs, in *Juris-Classeur Administratif*, 1953, fasc. 511

PEREIRA COUTINHO, L. P.,

- Regime orgânico dos direitos, liberdades e garantias e determinação normativa. Reserva de Parlamento e reserva de acto legislativo, in *RJ*, nº 24, 2000, pp. 533 segs
- As duas subtracções. Esboço de uma reconstrução da separação entre os poderes de legislar e de administrar, in *RFDUL*, 2000/1, pp. 99 segs

PEREIRA DA COSTA, A., *Dos animais (O Direito e os Direitos)*, Coimbra, 1998

PEREIRA DA SILVA, V.,

- Para um contencioso administrativo dos particulares, Coimbra, 1989
- Em busca do acto administrativo perdido, Coimbra, 1996
- Responsabilidade administrativa em matéria de ambiente, Lisboa, 1997
- Verdes são também os direitos do Homem, in *Portugal-Brasil, Ano 2000*, Coimbra, 1999, pp. 127 segs
- Como a Constituição é verde, Lisboa, 2001
- Verde. Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente, Coimbra, 2002
- O contencioso administrativo no divã da psicanálise. Ensaio sobre as acções no novo contencioso administrativo, Coimbra, 2005

PEREIRA DA SILVA, V., Freitas do Amaral, D., Caupers, J., Martins Claro, J., Raposo, J., Garcia, Maria da Glória, e Siza Vieira, P., *Código do Procedimento Administrativo, Anotado*, 3ª ed., Coimbra, 1997

PEREIRA REIS, J.,

- Contributos para uma teoria do Direito do Ambiente, Mem Martins, 1987
- A jurisprudência portuguesa no domínio da protecção do ambiente, in *Temas de Direito do Ambiente*, Lisboa, 1989, pp. 119 segs
- Lei de Bases do Ambiente - Anotada e Comentada, Lisboa, 1993

PÉREZ GÁLVEZ, J. F., Responsabilidad por acto sanitario y progreso de la «ciencia» o de la «técnica», in *RAP*, nº 104, 1999, pp. 657 segs

PÉREZ LUÑO, A.,

- Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, 4ª ed., Madrid, 1991
- Las generaciones de derechos humanos, in *RCEC*, nº 10, 1991, pp. 203 segs
- Estado constitucional y derechos de la tercera generación, in *AFD*, vol. XIV, 1997, pp. 545 segs

PÉREZ MARTOS, J., La configuración jurídica del meio ambiente en el derecho español, in *RDUyMA*, nº 159, 1998, pp. 169 segs

PÉREZ MORENO, A., Reflexiones sobre la sustantividad del derecho ambiental, in *RAP*, nºs 100/102, 1983, pp. 2767 segs

PERKINS SPYKE, N., Public participation in environmental decisionmaking at the new millennium: structuring new spheres of public influence, *in EA*, Vol. 26, 1999, pp. 263 segs

PETERSON, F., *Schutz und Vorsorge*, Berlin, 1993

PETIT, Y., Les circonstances nouvelles dans le contentieux de la légalité des actes administratifs unilatéraux, *in RDPSP*, 1993/5, pp. 1293 segs

PEVATO, Paula, A right to environment in International Law: current status and future outlook, *in International Environmental Law*, I, coord. Paula Pevato, Trowbridge, 2001, pp. 309 segs

PISANT, E., Développement et environnement, nouvel ordre et coopération, *in L'événement européen*, n°s 23/24, 1993, pp. 209 segs

PLAGEMANN, H., e Tietzsch, R., "Stand der Wissenschaft" und "Stand der Technik" als unbestimmte Rechtsbegriffe, Tübingen, 1980

PLANCHET, P., Le précédent, moyen d'évaluation du risque naturel, *in RJE*, 1998/4, pp. 485 segs

PLATER, Z., Abrams, R., Goldfarb, W., e Graham, R., *Environmental law and policy: nature, law and society*, 2ª ed., St. Paul, Minnesota, 1998

PONCE SOLÉ, J., Prevención, precaución y actividad autorizatoria en el ámbito del medio ambiente. A propósito de los regímenes de autorización ambiental, licencia ambiental y comunicación previa de la Ley catalana 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la administración ambiental, *in RDUyMA*, n° 183, 2001, pp. 147 segs

PONTIER, J.-Marie,

- De la solidarité nationale, *in RDPSP*, 1983/4, pp. 899 segs
- L'imprévisibilité, *in RDPSP*, 1985/1, pp. 5 segs

PORRAS NADALES, A., Derechos e intereses. Problemas de tercera generación, *in RCEC*, n° 10, 1991, pp. 219 segs

PORTOCARRERO, Marta, *Modelos de simplificação administrativa*, Porto, 2002

POSNER, R., *Catastrophe: Risk and response*, New York, 2004

POSTIGLIONE, A.,

- Ambiente: suo significato giuridico unitario, *in RTDP*, 1985/1, pp. 32 segs
- Per un tribunale internazionale dell'ambiente, coord., Milão, 1990

PRIEUR, M., *Droit de l'environnement*, 3ª ed., Paris, 1996

PUGLIESE, F., Il procedimento amministrativo tra autorità e «contrattazione», *in RTDP*, 1971/3, pp. 1469 segs

PUREZA, J. Manuel, **O património comum da humanidade: rumo a um direito internacional da solidariedade?**, Lisboa, 1998

QUEIRÓ, Afonso, **Lições de Direito Administrativo**, I, polic. Coimbra, 1976

RABBI-BALDI CABANILLAS, R., **Notas para una fundamentación del derecho ambiental**, in *OD*, 1996/I-II, pp. 45 segs

RAFFENSPERGER, C., e Tickner, J., **The american view on the precautionary principle**, in *Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O'Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 183 segs

RAINAUD, J.-Marie, **Le contrat administratif: volonté des parties ou loi de service public?**, in *RDSP*, 1985/5, pp. 1183 segs

RAMBAUD, P., **Un nouveau principe du Droit communautaire: le principe de précaution**, in *Mélanges Paul Sabourin*, Bruxelles, 2001, pp. 311 segs

RANELLETTI, O.,

- **Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative**, in *GI*, 1894, IV, pp. 7 segs
- **Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative**, in *Scritti giuridici scelti*, III, Camerino, 1992, pp. 255 segs

RAPOSO, J., **Da revogação dos actos administrativos**, in *Contencioso Administrativo*, Braga, 1986, pp. 167 segs

RAPOSO, J., Freitas do Amaral, D., Caupers, J., Martins Claro, J., Garcia, Maria da Glória, Siza Vieira, P., e Pereira da Silva, V., **Código do Procedimento Administrativo, Anotado**, 3ª ed., Coimbra, 1997

RAUSCHNING, D., **Staatsaufgabe Umweltschutz**, in *VVDStRL* 38, 1980, pp. 167 segs

RAWLS, John, **A theory of justice**, Oxford, 1972

REAL FERRER, G., **El medio ambiente en la Constitución española de 1978**, in *RJE*, 1994/4, pp. 319 segs

REBELO DE SOUSA, Marcelo, **A transposição das directivas comunitárias para a ordem jurídica nacional**, in *CCL*, nºs 4/5, 1992, pp. 69 segs

REBELO DE SOUSA, Marcelo, **Regime jurídico do acto administrativo**, in *CCL*, nºs 9/10 - *Estudos sobre o Código do Procedimento Administrativo*, 1994, pp.165 segs

REBELO DE SOUSA, Marcelo, e Melo Alexandrino, J. A., **Constituição da República portuguesa, Comentada**, Lisboa, 2000

REBELO DE SOUSA, Marcelo, e Salgado Matos, A., **Direito Administrativo geral**, I, Lisboa, 2004

REHBINDER, E., **Das Vorsorgeprinzip im internationalen Vergleich**, Düsseldorf, 1991

REHBINDER, M., Kloepfer, M., e Schmidt-Assmann, E., **Umweltgesetzbuch**, 2ª ed., Berlin, 1991

REICH, A., *Gefahr-Risiko-Restrisiko*, Düsseldorf, 1989

REILLY, B., “Clear and present danger”: a role for the United Nations Security Council in protecting the global environment, in *Melbourne ULR*, 1996, pp. 763 segs

REIS CONDESSO, F., *Direito do Ambiente*, Coimbra, 2001

REIS NOVAIS, J.,

- *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, 1987
- *Separação de poderes e limites da competência legislativa da Assembleia da República*, Lisboa, 1997
- *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003
- *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004
- *Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, in *Direitos Fundamentais - Trunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006, pp. 69 segs;
- *Ainda sobre o ius aedificandi (...mas agora como problema de direitos fundamentais)*, in *Direitos Fundamentais - Trunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006, pp. 117 segs

RÉMOND-GUILLOUD, M., *Ressources naturelles et choses sans maître*, in *D.Ch.*, 1985, pp. 27 segs

RENGELING, H.-Werner,

- *Die Immissionsschutzrechtliche Vorsorge als Genehmigungsvoraussetzung*, in *DVBl*, 1982/14, pp. 622 segs
- *Der Stand der Technik bei der Genehmigung umweltgefährdender Anlagen*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1985

REST, A., *Implementing the principles of intergenerational equity and responsibility*, in *EPL*, 1994/6, pp. 314 segs

RICHER, C., *Droit des contrats administratifs*, Paris, 1995

RIEDEL, E., *Menschenrechte der dritten Dimension*, in *EGZ*, 1989/1-2, pp. 9 segs

RIVERO, J.,

- *Prefácio à obra de P. Livet, L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, Paris, 1974
- *Déclarations parallèles et nouveaux droits de l'homme*, in *RTDH*, 1990/4, pp. 323 segs

ROBIN DE ANDRADE, José,

- *A revogação dos actos administrativos*, 2ª ed., Coimbra, 1985
- *Revogação administrativa e a revisão do Código do Procedimento Administrativo*, in *CJA*, nº 28, 2001, pp. 37 segs

ROCHA DE GOUVEIA, A., *Da teoria da imprevisão nos contratos civis*, Lisboa, 1958

RODGERS, W., *Benefits, costs and risks: oversight of health and environmental decisionmaking*, in *HELR*, 1980, pp. 191 segs

ROELANTS DU VIVIER, F., e Hannequart, Jean-Pierre, **Une nouvelle stratégie européenne pour l'environnement dans le cadre de l'Acte Unique**, in *RMC*, n° 316, 1988, pp. 225 segs

ROHDE, A., **Staatsaufgabe Umweltschutz: Probleme der Praxis**, in *DÖV*, 1979/13-14, pp. 485 segs

ROMANO, C., **The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a world to come... like it or not**, in *OD&IL*, 2001, pp. 313 segs

ROMBACH, P., **Der Faktor Zeit im Umweltrechtlichen Genehmigungsverfahren**, Baden-Baden, 1994

ROMERO MELCHOR, S., **Evaluación y gestión de los riesgos en el ámbito de la protección de la salud: de la ciencia a la política?**, in *GJ*, n° 218, 2002, pp. 103 segs

ROMI, R., **Les principes du Droit de l'Environnement dans la «Charte Constitutionnelle»: «jouer le jeu» ou mettre les principes «hors-jeu»?**, in *RJE*, 2003 - n° especial (*La Charte constitutionnelle en débat*), pp. 45 segs

ROSSOLINI, R., **Morbo della “mucca pazza” e tutela comunitaria della salute**, in *DC&SI*, 1997/3, pp. 353 segs

ROUYÈRE, A., **L'exigence de précaution saisie par le juge. Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'État**, in *RFDA*, 2000/2, pp. 266 segs

RUIZ FABRI, H., **La prise en compte du principe de précaution par l'OMC**, in *RJE*, 2000 - n° especial, pp. 55 segs

RUIZ VIEYTEZ, E. J., **El derecho al ambiente como derecho de participación**, Zarautz, 1990

RUPP, H.,

- **Die verfassungsrechtliche Seite des Umweltschutzes**, in *JZ*, 1971/13, pp. 401 segs
- **Ergänzung des Grundgesetzes um eine Vorschrift über den Umweltschutz?**, in *DVBl*, 1985/17, pp. 990 segs

SACH, K., **Genehmigung als Schutzschild?**, Berlin, 1994

SACCHI MORSIANI, G., **Autorizzazioni in funzioni di controllo**, in *RaDP*, 1961, pp. 50 segs

SACHS, M., **Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat**, in *DVBl*, 1995/17, pp. 873 segs

SAILER, C., **Subjektives Recht und Umweltschutz**, in *DVBl*, 1976/14, pp. 521 segs

SAINZ DE ROBLES RODRIGUEZ, F. C., **El llamado «silencio administrativo»: un escándalo en el Estado de Derecho**, in *La protección jurídica del ciudadano. Estudios em homenaje al Profesor J. González Pérez*, I, Madrid, 1993, pp. 617 segs

SAINZ MORENO, F., *Ejercicio privado de funciones publicas*, in *RAP*, n°s 100/102, II, 1983, pp. 1699 segs

SALMON, N., *A european perspective on the precautionary principle, food safety and the free trade imperative of the WTO*, in *ELR*, vol. 27, 2002, pp. 138 segs

SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea*, in *ADC*, 2002/III, pp. 115 segs

SANCY, M., *La nouvelle directive IPPC: le recours au concept de meilleure technique disponible. Quelques réflexions*, in *Les hommes et l'environnement, Études en hommage à A. Kiss*, Paris, 1998, pp. 381 segs

SAND, Peter, *The precautionary principle: coping with risk*, in *IJIL*, 2000, pp. 1 segs

SANDS, Philippe,

- *The “greening” of International Law: emerging principles and rules*, in *IJGLS*, 1994/1, pp. 293 segs
- *L'affaire des essais nucléaires II (Nouvelle-Zélande c. France): contribution de l'instance au Droit International de l'Environnement*, in *RGDIP*, 1997/2, pp. 447 segs
- *O princípio da precaução*, in *Princípio da precaução*, org. de M. Dias Varela e A. F. Barros Platiau, Belo Horizonte, 2004, pp. 29 segs

SANDS, Philippe, e Contini, P., *Methods to expedite environment protection: international standards*, in *AJIL* 1972/2, pp. 37 segs

SANDULLI, A.,

- *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *RTDP*, 1957/4, pp. 784 segs
- *Manuale di Diritto Amministrativo*, I, XV ed., Nápoles, 1989
- *Abilitazioni. Autorizzazioni. Licenze (1957)*, in *Scritti giuridici*, III, Nápoles, 1990, pp. 233 segs

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Silencio positivo: una primera reflexión sobre las posibilidades de revitalizar una técnica casi olvidada*, in *DocA*, n° 208, 1986, pp. 107 segs

SANTI ROMANO, *Osservazioni sulla invalidità successiva degli atti amministrativi*, in *Scritti minori*, II, Milão, 1950, pp. 335 segs

SANTONASTASO, F., *Libertà di iniziativa economica e tutela dell'ambiente*, Milão, 1996

SANTULLI, C., *Les droits acquis*, in *RFDA*, 2001/1, pp. 87 segs

SCHULZE-FIELITZ, H., *La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale tedesco*, in *Diritto Ambientale e Costituzione*, a cura di A. Amirante, Milão, 2000, pp. 69 segs

SCHMIDT, R., *Der Staat der Umweltvorsorge*, in *DÖV*, 1994/18, pp. 749 segs

SCHMIDT, Thorsten, *Grundpflichten*, Baden-Baden, 1999

SCHMIDT-ASSMANN, E., I limiti del sindacato dei tribunali amministrativi, in *DPA*, 1995/4, pp. 683 segs
 SCHMIDT-ASSMANN, E., Kloepfer, M., Reh binder, M., *Umweltgesetzbuch*, 2ª ed., Berlin, 1991

SEERDEN, R., e Heldeweg, M., Towards a *ius Commune* in public environmental law? Report on the Conference on Comparative Environmental Law in the European Union, Maastricht 12-13 June 1997, in *EELR*, 1998/2, pp. 40 segs

SINGH, N., Right to the environment and sustainable development as a principle of international law, in *SD*, 1988/1, pp. 45 segs

SCHALLY, W., Lang, W., La Convention cadre sur les changements climatiques, in *RGDIP*, 1993/2, pp. 321 segs

SCHERZBERG, A., Risiko als Rechtsproblem. Ein neues Paradigma für das technische Sicherheitsrecht, in *VA*, 1993/4, pp. 484 segs

SCHMIDT, W., Abschied vom “unbestimmten Rechtsbegriff”, in *NJW*, 1975/39, pp. 1753 segs

SCHRÖDER, C., *Vorsorge als Prinzip des Immissionschutzrechts*, Frankfurt/Bern/New York/Paris, 1987

SCHRÖDER, M., Aktuelle Entwicklungen im europäischen Umweltrecht, in *N+R*, 1998/1, pp. 1 segs

SCHULTE, M., Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege, in *DVBl*, 1988/11, pp. 512 segs

SCHWERDTFEGER, G., Das System der Vorsorge im BImSchG, in *WisVw*, 1984/4, pp. 217 segs

SCOTT, J., Hans, J. H., The Convention on the future of Europe: an environmental perspective, in *JEL*, 2003/3, pp. 323 segs

SCOVAZZI, T.,

- Considerazioni sulle norme internazionali in materia di ambiente, in *RDI*, 1989/3, pp. 591 segs
- La partecipazione del pubblico alle decisioni sui progetti che incidono sull’ambiente, in *RGA*, 1989/3, pp. 485 segs
- Sul principio precauzionale nel Diritto dell’ambiente, in *RDI*, 1992/3, pp. 699 segs
- Il diritto dell’individuo ad agire per la tutela dell’ambiente: descrizioni e impressioni, in *JUS*, vol. 46, 1999, pp. 495 segs

SEEWALD, O., Die Bedeutung der Gesundheit im Umweltrecht, in *N+R*, 1988/4, pp. 161 segs

SELLNER, D., Zum Vorsorgegrundsatz im Bundes-Immissionschutzgesetz, in *NJW*, 1980/23, pp. 1255 segs

SENDASHONGA, C., Hill, R., e Johnston, S., Risk assessment and precaution in the Biosafety Protocol, in *RECIEL*, 2004/3, pp. 263 segs

SENDER, H., Grundprobleme des Umweltrechts, in *JuS*, 1983/4, pp. 255 segs

SERRANO TRIANA, A., *Sentido y actualidad del Derecho Administrativo*, Madrid, 1989

SÉRVULO CORREIA, J. M.,

- *Noções de Direito Administrativo*, I, Lisboa, 1982
- *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, 1987
- *Contrato administrativo*, in *DJAP*, III, Lisboa, 1990, pp. 54 segs
- *Polícia*, in *DJAP*, VI, Lisboa, 1994, pp. 393 segs
- *Zonas de caça associativa e consentimento dos proprietários*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Pedro Soares Martínez*, I, Coimbra, 2000, pp. 753 segs
- *Direitos Fundamentais. Sumários*, polic., Lisboa, 2002
- *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa, 2005
- *O incumprimento do dever de decidir*, , in *CJA*, nº 54 2005, pp. 6 segs

SHEATE, W., *The EC Directive on strategic environmental assessment: a much-needed boost for environmental integration*, in *EELR*, 2003/12, pp. 331 segs

SHELTON, D.,

- *Human rights, environmental rights and the right to the environment*, in *SJIL*, vol. 28, 1991, pp. 103 segs
 - *The impact of scientific uncertainty on environmental law and policy in the United States*, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/ London/Boston, 1996, pp. 209 segs
 - *Certitude et incertitude scientifiques*, in *RJE*, 1998 - nº especial, pp. 39 segs
- SHELTON, D., e Kiss, A., *International Environmental Law*, 2ª ed., Nova Iorque, 2000

SIFAKIS, A., *Precaution, prevention and the EIA directive*, in *EELR*, 1998/12, pp. 349 segs

SILVA LEAL, A., *O direito à segurança social*, in *Estudos sobre a Constituição*, II, Lisboa, 1978, pp. 335 segs

SILVEIRA, J. Tiago, *O deferimento tácito (Esboço do regime jurídico do acto tácito positivo na sequência de pedido do particular)*, Coimbra, 2004

SILVERGLADE, B., *Judicial control of regulatory action based on cost-benefit analysis*, in *ALR*, 1984/1, pp. 387 segs

SIMÕES, J. Eduardo, e Oliveira, Fernanda Paula, *O novo regime jurídico do urbanismo e edificação*, in *CEDOUA*, 2001/2, pp. 35 segs

SINKONDO, M., *La notion de contrat administratif: acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration?*, in *RTDC*, 1993/2, pp. 239 segs

SIOUTIS, G., *La gestion du risque et la protection de l'environnement*, in *REDP*, 2003/1, pp. 133 segs

SIZA VIEIRA, P., Freitas do Amaral, D., Caupers, J., Martins Claro, J., Raposo, J., Garcia, Maria da Glória, e Pereira da Silva, V., *Código do Procedimento Administrativo, Anotado*, 3ª ed., Coimbra, 1997

SMETS, H., *Une Charte des droits fondamentaux sans droit à l'environnement*, in *REDE*, 2001/4, pp. 383 segs

SOARES, Rogério,

- Interesse público, legalidade e mérito, Coimbra, 1955
- Direito Administrativo, Lições (polic.), Coimbra, 1978
- Princípio da legalidade e administração constitutiva, Coimbra, 1982
- Administração Pública e controlo judicial, in *RLJ*, nº 3845, 1994, pp. 226 segs

SOHN, L. B., *The Stockholm Declaration on the human environment*, in *HILJ*, vol. 14, 1973, pp. 423 segs

SOHNLE, J., *Irruption du Droit de l'Environnement dans la jurisprudence de la C.I.J.: l'affaire Gabcikovo-Nagymaros*, in *RGDIP*, 1998/1, pp. 85 segs

SOMSEN, H., *Derecho comunitario del medio ambiente: Tratado, instituciones, procedimiento de decisión e instrumento jurídico*, in *Derecho mediambiental de la Unión Europea*, coord. de J. Picon Riquez, Madrid, 1996, pp. 1 segs

SOROMENHO-MARQUES, V., *O Futuro frágil: os desafios da crise global do ambiente*, Lisboa, 1998

SOTO KLOSS, E., *El cambio de circunstancias como causal de modificación o extinción del acto administrativo en el Derecho francés*, in *RAP*, nº 64, 1971, pp. 53 segs

SOUSA MENDES, P., *Vale a pena um Direito Penal do Ambiente?*, Lisboa, 2000

SOUSA PINHEIRO, A., e Brito Fernandes, M., *Comentário à IV revisão constitucional*, Lisboa, 1999

STEBBING, A., *Environmental capacity and the precautionary principle*, in *MPBul*, 1992/6, pp. 287 segs

STEINBERG, R., *Der ökologische Verfassungsstaat*, Frankfurt am Main, 1998

STELZER, M., *The positioning of fundamental rights within governmental policies of risk management*, in *REDP*, 2003/1, pp. 189 segs

STERN, B., *A Nova Ordem Económica Internacional*, ICEP, 1988

STERN, K., *Das Staatsrecht des Bundesrepublik Deutschland*, III/2, München, 1994

STIRLING, A., *The precautionary principle in Science and Technology*, in *Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O'Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 61 segs

STOBER, R.,

- Grundpflichten und Grundgesetz, Berlin, 1979
 - Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in *NVwZ*, 1982/9, pp. 473 segs
- STOBER, R. Wolff, H., e Bachof, O., *Verwaltungsrecht*, I, 10^a ed., München, 1995

STOKES, E., Precautionary steps: the development of the precautionary principle in EU jurisprudence, in *EL&M*, 2003/1, pp. 8 segs

STONE, C., Should trees have standing? Toward legal rights for natural objects (originalmente publicado na *Southern California Law Review*, 1976), in *International Environmental Law*, I, coord. Paula Pevato, Trowbridge, 2001, pp. 450 segs

STORM, P.-Christoph, Restrisiko - Ein interdisziplinäres Gespräch im Umweltbundesamt, in *ZUp*, 1980/4, pp. 903 segs

SUPANICH, G., The legal basis of intergenerational responsibility: an alternative view - the sense of intergenerational identity, in *YIEL*, 1992, pp. 94 segs

SYMONIDES, J., The human right to a clean, balanced and protected environment, in *Diritti dell'uomo e ambiente. La partecipazione dei cittadini alle decisioni sulla tutela dell'ambiente*, a cura di Teresa Tonchia, Pádua, 1990, pp. 239 segs

TALLACHINI, M., Earth Summit 92, in *RIDH*, 1992/2, pp. 527 segs

TEIXEIRA DE SOUSA, M., *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, Lisboa, 2003

TEIXEIRA RIBEIRO, J. J., Problemas jurídicos do condicionamento, in *RLJ*, n^os 3010 e 3011, 1953, pp. 193 segs e 209 segs

TERRITO, M., The precautionary principle in marine fisheries conservation and the U.S. Sustainable Fisheries Act of 1996, in *VLR*, 2000/3, pp. 1351 segs

THIEFFRY, P., Le contentieux naissant des organismes génétiquement modifiés: précaution et mesures de sauvegarde, in *RTDE*, 1999/1, pp. 81 segs

THORME, M., Establishing environment as a human right, in *DJILP*, 1991/2, pp. 301 segs

TICKNER, J., e Raffensperger, C., The american view on the precautionary principle, in *Reinterpreting the precautionary principle*, org. de T. O'Riordan, J. Cameron e A. Jordan, Londres, 2001, pp. 183 segs

TIETZSCH, R., e Plagemann, H., "Stand der Wissenschaft" und "Stand der Technik" als unbestimmte Rechtsbegriffe, Tübingen, 1980

TINKER, C., State responsibility and the precautionary principle, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 53 segs

TONCHIA, T., Tutela dell'ambiente come diritto alla personalità umana: lineamenti normativi per un nuovo approccio al problema, in *Diritti dell'uomo e ambiente. La partecipazione dei cittadini alle decisioni sulla tutela dell'ambiente*, a cura di Teresa Tonchia, Pádua, 1990, pp. 211 segs

TORNOS MAS, J., La simplificación procedimental en el ordenamiento español, in *RAP*, nº 151, 2000, pp. 39 segs

TORRE-SCHAUB, M., Le principe de précaution dans la lutte contre le réchauffement climatique: entre croissance économique et protection durable, in *REDE*, 2003/2, pp. 151 segs

TRUCHET, D., Douze remarques rapides sur le principe de précaution, in *JCP*, nº 12, 2002, pp. 533 segs

TRUTE, H.-Heinrich, From past to future risk - from private to public law, in *REDP*, 2003/1 - nº subordinado ao tema *Public Law and Risk*, pp. 73 segs

TSIOUMANI, E., Genetically modified organisms in the EU: public attitudes and regulatory developments, in *RECIEL*, 2004/3, pp. 279 segs

UIBOPUU, H.-Jüri, The internationally guaranteed right of an individual to a clean environment, in *CLY*, 1977/1, pp. 101 segs

UNTERMAIER, J., Droit de l'homme a l'environnement et libertés publiques. Droit individuel ou droit collectif. Droit pour l'individu ou obligation pour l'Etat, in *RJE*, 1978/4, pp. 329 segs

URBANO CALVÃO, Filipa,

- Os actos precários e os actos provisórios no Direito Administrativo, Porto, 1998
- Direito ao ambiente e tutela processual das relações de vizinhança, in *Estudos de Direito do Ambiente*, Porto, 2003, pp. 193 segs
- Revogação dos actos administrativos no contexto da reforma do Código do Procedimento Administrativo, in *CJA*, nº 54 2005, pp. 33 segs

URIBE VARGAS, D., La troisième génération des droits de l'homme, in *RCADI*, 1984/1, pp. 359 segs

VAN DYKE, J., Applying the precautionary principle to ocean shipments of radioactive materials, in *ODIL*, 1996/4, pp. 379 segs

VAN HOECKE, M., Time & Law: Is it the nature of law to last? A conclusion, in *Time & Law: Is it the nature of law to last?*, coord. de F. Ost e M. Van Hoecke, Bruxelas, 2000, pp. 451 segs

VANDER ELST, R., La laïcisation, les trois générations et les trois niveaux des droits de l'homme, in *RTDH*, nº 10, 1992, pp. 132 segs

VANDERMEERSCH, D., The Single European Act and the environmental policy of the European Economic Community, in *ELR*, 1987/6, pp. 407 segs

VANDERZWAAG, D.,

- The concept and principles of sustainable development: “Rio-formulating” common law doctrines and environmental laws, in *WYAJ*, 1993, pp. 39 segs
- The precautionary principle in environmental law and policy: elusive rhetoric and first embraces, in *JELP*, 1998, pp. 355 segs

VARELA DIAZ, S., La idea de deber constitucional, in *REDC*, nº 4, 1982, pp. 69 segs

VASAK, Karel, Le droit international des droits de l’homme, in *RCADI*, 1974/IV, pp. 333 segs

VAZ, M. Afonso, Lei e reserva da lei, Porto, 1992

VAZ SERRA, A., Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias, in *BMJ* 68 (1957), pp. 293 segs

VELASCO CABALLERO, F.,

- El medio ambiente en la Constitución: derecho público subjetivo y/o principio rector?, in *RAAP*, nº 19, 1994, pp. 77 segs
- Las cláusulas accesorias del acto administrativo, Madrid, 1996

VELOSO, José António, Sobre a natureza não sancionatória da revogação da autorização das instituições de crédito e outras questões de fiscalização de actividades reservadas: algumas notas de justificação de decisões legislativas, in *D&J*, 2000/1, pp. 63 segs

VERSCHUUREN, J., Backes, C., The precautionary principle in International, european and Dutch wildlife law, in *CJELP*, 1998/1, pp. 43 segs

VESSEY, J., The principle of prevention in International Law, in *ARI&EL*, 1998/3, pp. 181 segs

VIBHUTE, K. I., Environment, present and future generations: inter-generational equity, justice and responsibility, in *IJIL*, 1998/1, pp. 65 segs

VICTOR, M., Precaution or protectionism? The precautionary principle, genetically modified organisms and allowing unfounded fear to undermine free trade, in *TL*, 2001/1, pp. 295 segs

VIEIRA DE ANDRADE, J. C.,

- O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos, Coimbra, 1992
- Revogação do acto administrativo, in *D&J*, 1992, pp. 53 segs
- A «revisão» dos actos administrativos no direito português, in *CCL*, nºs 9/10 - *Estudos sobre o Código do Procedimento Administrativo*, 1994, pp. 185 segs
- Validade (do acto administrativo), in *DJAP*, VII, Lisboa, 1996, pp. 581 segs
- A protecção dos direitos fundamentais na justiça administrativa reformada, in *RLJ*, nº 3929, 2001, pp. 226 segs
- Os direitos fundamentais na Constituição de 1976, 3ª ed., Coimbra, 2003
- O «direito ao mínimo de existência condigna» como direito fundamental a prestações estaduais positivas - uma decisão singular do Tribunal Constitucional, in *JC*, nº 1, 2004, pp. 21 segs
- A justiça administrativa (Lições), 7ª ed., Coimbra, 2005
- Anotação ao Acórdão do STA de 20 de Outubro de 2004, in *RLJ*, 2005, nº 3934, pp. 58 segs

VILHENA DE FREITAS, L., **O poder de modificação unilateral do contrato administrativo pela Administração e as garantias contenciosas do seu co-contratante perante esse exercício**, *Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas*, em dois volumes, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2002, inédita

VILLANI, Ugo, **Il regime di sfruttamento dei fondi marini**, in *Prospettive del Diritto del Mare all'alba del XXI secolo*, 1999, pp. 149 segs

VILLAR PALASÍ, J. L., **La actividad industrial del Estado en el derecho Administrativo**, in *RAP*, nº 3, 1950, pp. 53 segs

VILLATA, R., **Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata**, Milão, 1974

VINCENT, J.-Yves, **Le retrait des actes administratifs unilatéraux**, in *RTDE*, 1974/1, pp. 31 segs

VITORINO, A., **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**, Cascais, 2000

VLACHOS, G., **Le retrait des actes administratifs**, in *RA*, 1970, pp. 412 segs

VON BREITENSTEIN, D., **La loi allemande relative à la responsabilité en matière d'environnement: pierre angulaire du Droit de l'Environnement?**, in *RJE*, 1993/2, pp. 231 segs

VON HOMEYER, I., Beyer, P., Coffey, C., Klasing, A., **The Draft Constitution for Europe and the Environment. The impact of institutional changes, the reform of the instruments and the principle of subsidiarity**, in *EELR*, 2004/7, pp. 218 segs

VON LERSNER, H., **Vorsorgeprinzip**, in *Handwörterbuch des Umweltsrechts*, II, org. de O. Kimminich, H. F. von Lersner e P.-Christoph Storm, Berlin, 1988, pp. 1086 segs

VON MOLTKE, K., **The relationship between policy, science, technology, economics and law in the implementation of the precautionary principle**, in *The precautionary principle and International Law*, org. de D. Freestone e E. Hey, The Hague/London/Boston, 1996, pp. 97 segs

VON MÜNCH, I., **A protecção do meio ambiente na Constituição**, in *RJUA*, 1994/1, pp. 41 segs

VON ZWANENBERG, P., e Millstone, E., **"Mad cow disease" 1980s-2000: how reassurances undermined precaution**, in Harremoës, P., Gee, D., MacGarvin, M., Stirling, A., Keys, J., Wynne, B., e Guedes Vaz, S., *The precautionary principle in the 20th century. Late lessons from early warnings*, London/Sterling VA, 2002, pp. 170 segs

YAMIN, F., **The Kyoto protocol: origins, assessment and future challenges**, in *RECIEL*, 1998/2, pp. 113 segs

YANNAKOPOULOS, C., **La notion de droits acquis en Droit Administratif français**, Paris, 1997

YOKOTA, Y., **Reflections on the future of economic, social and cultural rights**, in *The future of international human rights*, coord. de B. Weston e S. Marks, Nova Iorque, 1999, pp. 201 segs

YOUNG, M., *Inter-generational equity, the precautionary principle and ecologically sustainable development*, in *N&R*, 1995/1, pp. 16 segs

YOUSOUFI, A., *Réflexions sur l'apport de la «troisième génération des droits de l'Homme»*, in *Les droits de l'Homme à l'aube du XXIème siècle, Liber Amicorum Karel Vasak*, Bruxelles, 1999, pp. 427 segs

WADE-GERY, W., Cameron, J., e Abouchar, J., *Precautionary principle and future generations*, in *Future generations and environmental law*, org. E. Agius e S. Busutti, Londres, 1998, pp. 93 segs

WAGNER, H., *Die Risiken von Wissenschaft und Technik als Rechtsproblem*, in *NJW*, 1980/13, pp. 665 segs

WAGNER, M., *Die Genehmigung umweltrelevanter Vorhaben in parallelen und konzentrierten Verfahren*, Berlin, 1987

WAHL, R.,

- *Genehmigung und Planungsentscheidung*, in *DVBl*, 1982/1, pp. 51 segs
- *Risikobewertung der Exekutive und richtlicher Kontrolledichte. Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren*, in *NZW*, 1991/5, pp. 409 segs

WALKER, V.,

- *The siren songs of science: toward a taxonomy of scientific uncertainty for decisionmakers*, in *Connecticut LR*, Vol. 23, 1991, pp. 567 segs
- *Keeping the WTO from becoming the «World Trans-Science Organisation»: scientific uncertainty, science policy and factfinding in the growth hormones dispute*, in *Cornell ILR*, 1998, pp. 251 segs

WALKER, V., e Hickey, J., *Refining the precautionary principle in International Environmental Law*, in *VELJ*, 1995/3, pp. 423 segs

WEIL, P., *Vers une normativité relative en Droit International?*, in *RGDIP*, 1982, pp. 5 segs

WEIL, P., Braibant, G., Delvolvé, G., Long, M., e Genevois, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11^a ed., Paris, 1996

WIJFELLS, A., *La validité rebus sic stantibus des conventions: quelques étapes du développement historique (Moyen-Âge – temps modernes)*, in *Temps et Droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer?*, coord. de F. Ost e M. Van Hoecke, Bruxelles, 1998, pp. 247 segs

WILDER, R. J., *Law of the Sea Convention as stimulus for robust environmental policy: the case for precautionary action*, in *Environment* (University of Chicago), 1996, pp. 207 segs

WOLF, R., *Der Stand der Technik*, Hannover, 1986

WOLFF, H., Bachof, O., e Stober, R., *Verwaltungsrecht*, I, 10^a ed., München, 1995

WOLFRUM, R., *Purposes and principles of International Environmental Law*, in *GYIL*, 1990, pp. 308 segs

WOOLF, Environmental risk: the responsibilities of the Law and Science, in *EL&M*, 2001/3, pp. 131 segs

ZANOBINI, G., L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici, in *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milão, 1955, pp. 87 segs

II. Jurisprudência

Tribunal Constitucional

Acórdão 285/92, in *DR I*, de 17 de Agosto de 1992, pp. 3962 segs
 Acórdão 866/96, in *DR I-A*, de 18 de Dezembro de 1996, pp. 4514 segs
 Acórdão 329/99, in *DR-II*, de 20 de Julho de 1999, pp. 10576 segs
 Acórdão 517/99, in *DR-II*, de 11 de Novembro de 1999, pp. 17054 segs
 Acórdão 639/99, in *DR-II*, de 23 de Março de 2000, pp. 5514 segs
 Acórdão 57/01, in *DR II*, de 12 de Abril de 2001, pp. 6566 segs
 Acórdão 544/01, in *DR II*, de 1 de Fevereiro de 2001, pp. 2116 segs
 Acórdão 509/02, *DR-I*, de 12 de Fevereiro de 2003, pp. 905 segs

Supremo Tribunal Administrativo (Secção do Contencioso Administrativo)

Consulta homologada a 29 de Janeiro de 1916, in *Resoluções do STA*, nº 28 (1916), pp. 61 segs
 Consulta homologada a 9 de Fevereiro de 1918, in *Resoluções do STA*, nº 30 (1918), pp. 66 segs
 Consulta homologada a 31 de Agosto de 1918, in *Resoluções do STA*, nº 30 (1918), pp. 361 segs
 Acórdão (do Supremo Conselho de Administração Pública) de 6 de Julho de 1932, in *Colecção de Acórdãos do Supremo Conselho da Administração Pública*, 1932, vol. 3, pp. 513 segs
 Acórdão de 2 de Junho de 1939, in *OD*, 72º ano (1940), pp. 23 segs
 Acórdão de 6 de Junho de 1941, in *OD*, ano 73º (1941), pp. 263 segs
 Acórdão de 14 de Abril de 1950, in *Col. Ac. STA*, 1950, pp. 262 segs
 Acórdão de 30 de Junho de 1950, in *Col. Ac. STA*, 1950, pp. 437 segs
 Acórdão de 7 de Julho de 1950, in *Col. Ac. STA*, 1950, pp. 454 segs
 Acórdão de 5 de Dezembro de 1952, in *Col. Ac. STA*, 1952, pp. 614 segs
 Acórdão de 17 de Abril de 1953, in *Col. Ac. STA*, 1953, pp. 254 segs
 Acórdão de 5 de Junho de 1953, in *Col. Ac. STA*, 1953, pp. 407 segs
 Acórdão de 3 de Julho de 1953, in *Col. Ac. STA*, 1953, pp. 499 segs
 Acórdão de 18 de Junho de 1954, in *Col. Ac. STA*, 1954, pp. 230 segs
 Acórdão de 21 de Outubro de 1955, in *Col. Ac. STA*, 1955, pp. 759 segs
 Acórdão de 21 de Outubro de 1955, in *Col. Ac. STA*, 1955, pp. 787 segs
 Acórdão de 27 de Julho de 1956, in *Col. Ac. STA*, 1956, pp. 664 segs
 Acórdão de 17 de Maio de 1957, in *Col. Ac. STA*, 1957, pp. 307 segs
 Acórdão de 24 de Maio de 1957, in *Col. Ac. STA*, 1957, pp. 315 segs
 Acórdão de 21 de Março de 1958, in *Col. Ac. STA*, 1958, pp. 280 segs
 Acórdão de 11 de Julho de 1958, in *Col. Ac. STA*, 1958, pp. 673 segs

Acórdão de 9 de Janeiro de 1959, *in Col. Ac. STA*, 1959, pp. 10 segs
Acórdão de 15 de Janeiro de 1960, *in Col. Ac. STA*, 1960, pp. 55 segs
Acórdão de 19 de Fevereiro de 1960, *in Col. Ac. STA*, 1960, pp. 310 segs
Acórdão de 3 de Fevereiro de 1961, *in Col. Ac. STA*, 1961, pp. 112 segs
Acórdão de 3 de Março de 1961, *in Col. Ac. STA*, 1961, pp. 209 segs
Acórdão de 19 de Janeiro de 1962, *in Col. Ac. STA*, 1962, pp. 43 segs
Acórdão de 4 de Maio de 1962, *in Col. Ac. STA.*, 1962, pp. 224 segs
Acórdão de 18 de Maio de 1962, *in Col. Ac. STA*, 1962, pp. 303 segs
Acórdão de 18 de Maio de 1962, *in Col. Ac. STA*, 1962, pp. 316 segs
Acórdão de 1 de Junho de 1962, *in Col. Ac. STA*, 1962, pp. 361 segs
Acórdão de 26 de Outubro de 1962, *in Col. Ac. STA*, 1962, pp. 791 segs
Acórdão de 8 de Março de 1963, *in Col. Ac. STA*, 1963, pp. 311 segs
Acórdão de 15 de Março de 1963, *in Col. Ac. STA*, 1963, pp. 322 segs
Acórdão de 16 de Outubro de 1964, *in Col. Ac. STA*, 1964, pp. 805 segs
Acórdão de 10 de Janeiro de 1969, *in ApDG* de 2 de Junho de 1971, pp. 12 segs
Acórdão de 17 de Outubro de 1969, *in ApDG* de 10 de Novembro de 1971, pp. 937 segs
Acórdão de 12 de Dezembro de 1969, *in ApDG* de 10 de Novembro de 1971, pp. 1249 segs
Acórdão de 1 de Maio de 1970, *in ApDG* de 27 de Janeiro de 1972, pp. 535 segs
Acórdão de 15 de Maio de 1970, *in ApDG* de 27 de Janeiro de 1972, pp. 629 segs
Acórdão de 14 de Janeiro de 1971, *in ApDG* de 14 de Setembro de 1972, pp. 21 segs
Acórdão de 18 de Março de 1971, *in ApDG* de 14 de Setembro de 1972, pp. 288 segs
Acórdão de 24 de Junho de 1971, *in ApDG* de 23 de Outubro de 1972, pp. 668 segs
Acórdão de 2 de Março de 1972, *in ApDG* de 24 de Setembro de 1973, pp. 211 segs
Acórdão de 18 de Maio de 1972, *in ApDG* de 29 de Setembro de 1973, pp. 627 segs
Acórdão de 15 de Fevereiro de 1973, *in ApDG* de 25 de Julho de 1974, pp. 190 segs
Acórdão de 14 de Junho de 1973, *in ApDG* de 26 de Outubro de 1974, pp. 812 segs
Acórdão de 19 de Julho de 1973, *in ApDG* de 31 de Janeiro de 1975, pp. 1087 segs
Acórdão de 15 de Novembro de 1973, *in ApDG* de 2 de Abril de 1975, pp. 1445 segs
Acórdão de 22 de Novembro de 1973, *in ApDG* de 2 de Abril de 1975, pp. 1506 segs
Acórdão de 16 de Maio de 1974, *in ApDG* de 2 de Junho de 1975, pp. 969 segs
Acórdão de 16 de Janeiro de 1976, *in ApDG* de 28 de Setembro de 1977, pp. 87 segs
Acórdão de 16 de Dezembro de 1976, *in ApDR* de 24 de Agosto de 1978, pp. 1968 segs
Acórdão de 28 de Julho de 1977, *in ApDR* de 28 de Agosto de 1980, pp. 1611 segs
Acórdão de 17 de Novembro de 1977, *in ApDR* de 11 de Dezembro de 1980, pp. 1979 segs
Acórdão de 20 de Fevereiro de 1980, *in ApDR* de 11 de Abril de 1984, pp. 887 segs
Acórdão de 19 de Junho de 1980, *in ApDR* de 22 de Agosto de 1984, pp. 2640 segs
Acórdão de 20 de Janeiro de 1987, *in ApDR*, de 7 de Maio de 1993, pp. 274 segs
Acórdão de 22 de Outubro de 1987, *in AD*, 1989, pp. 129 segs
Acórdão de 9 de Março de 1989, *in ApDR* de 14 de Novembro de 1994, pp. 1945 segs
Acórdão de 4 de Junho de 1992, *in ApDR* de 16 de Abril de 1996, pp. 3699 segs
Acórdão de 25 de Junho de 1992, *in ApDR*, de 16 de Abril de 1996, pp. 4269 segs
Acórdão de 30 de Junho de 1992, *in ApDR* de 16 de Abril de 1996, pp. 4477 segs
Acórdão de 9 de Junho de 1993, *in ApDR* de 19 de Agosto de 1996, pp. 3382 segs
Acórdão de 21 de Junho de 1994, *in ApDR* de 31 de Dezembro de 1996, pp. 4975 segs
Acórdão de 14 de Março de 1995, *in ApDR* de 18 de Julho de 1997, pp. 2525 segs
Acórdão do Pleno, de 14 de Outubro de 1999, *in ApDR* de 21 de Junho de 2001, pp. 1081 segs
Acórdão de 20 de Janeiro de 2000, *in ApDR*, de 8 de Novembro de 2002, pp. 269 segs
Acórdão de 6 de Junho de 2002, proc. 46.577

Acórdão de 23 de Outubro de 2002, proc. 1102/02
Acórdão de 19 de Fevereiro de 2003, proc. 01031/02
Acórdão de 29 de Abril de 2003, proc. 047545
Acórdão de 22 de Janeiro de 2004, proc. 1665/02
Acórdão de 20 de Abril de 2004, proc. 982/03
Acórdão de 22 de Janeiro de 2004, *in CJA*, nº 51, 2005, pp. 14 segs

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão de 7 de Janeiro de 1993, *in CJ*, 1993/I, pp. 164 segs
Acórdão de 2 de Julho de 1996, proc. 96A483
Acórdão de 1 de Março de 2001, proc. 01A058
Acórdão de 26 de Novembro de 2002, proc. 02A2742

Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

Acórdão de 22 de Março de 1961, casos 42 e 49-59/61, *Rec.* 1961, pp. 107 segs
Acórdão de 12 de Julho de 1962, caso 14/61, *in Rec.* 1962, pp. 489 segs
Acórdão de 31 de Março de 1971, caso 22/70, *in Rec.* 1971-1, pp. 263 segs
Acórdão de 18 de Março de 1980, caso 91/79, *in Rec.* 1980-3, pp. 1099 segs
Acórdão de 7 de Fevereiro de 1985, caso 240/83, *in Rec.* 1985-2, pp. 538 segs
Acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, caso C-360/87, *in Col.* 1991, I-791 segs
Acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, caso C-131/88, *in Col.* 1991, I-825 segs
Acórdão de 24 de Novembro de 1993, caso C-405/92, *in Col.* 1993, I-6133 segs
Acórdão de 14 de Julho de 1994, caso C-379/92, *in Col.* 1994, I-3453 segs
Acórdão de 12 de Julho de 1996, caso C-180/96, *in Col.* 1996, I-2265 segs
Acórdão de 21 de Março de 2000, caso C-6/99, *in Col.* 2000, I-1651 segs
Acórdão de 11 de Julho de 2000, caso C-473/98, *in Col.* 2000, I-5681 segs
Acórdão de 14 de Junho de 2001, caso C-230/00, *in CEDOUA*, 2001/2, pp. 67 segs
Acórdão de 13 de Dezembro de 2001, caso C-1/00, *in Col.* 2001, I-9989 segs
Acórdão do TJ de 22 de Maio de 2002, caso C-393/01, *in Col.* 2003, I-5405 segs
Acórdão de 24 de Outubro de 2002, caso C-121/00, *in Col.* 2002, I-9193 segs

Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias

Despacho de 30 de Junho de 1999, caso T-13/99R, *in Col.* 1999, II-1961 segs
Despacho de 30 de Junho de 1999, caso T-70/99R, *in Col.* 1999, II-2027 segs
Acórdão de 11 de Setembro de 2002, Caso T-13/99, *in Col.* 2002, II-3305 segs
Acórdão de 26 de Novembro de 2002, Caso T-74/00, *in Col.* 2002, II-4945 segs.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

Acórdão de 9 de Dezembro de 1994, Caso *López Ostra c. Espanha*, proc. 16798/90
Acórdão de 8 de Julho de 2003, Caso *Hatton e outros c. Reino Unido*, proc. 36022/97

