

# O debate jurídico sobre o fracking em Espanha<sup>1</sup>

## Resumo

Várias Comunidades Autónomas Espanholas aprovaram leis que proíbem a prática da fratura hidráulica, ou *fracking*. Contra esta proibição, as autoridades centrais do Estado reagiram com a modificação leve das normas básicas e interpondo recursos de inconstitucionalidade. O debate social e político transporta-se assim para o campo jurídico, que é onde este estudo se situa para tentar oferecer uma primeira aproximação às questões constitucionais que agora mesmo marcam a discussão.

### I. Introdução

Para efeitos legais, a fratura hidráulica, ou *fracking*, é “um processo mediante o qual se injecta a alta pressão um fluído de fracturação – mistura composta normalmente por água, areia e aditivos químicos (em geral, entre 0,5% e 2 % de todo o fluído de fracturação) – para quebrar a rocha, abrir e alargar as fracturas com o objectivo de permitir que os hidrocarbonetos fluam para o interior do poço”<sup>2</sup>. A expansão desta técnica que permite aproveitar os denominados “hidrocarbonetos não convencionais” tem merecido duas respostas radicais. Uma, que dá primazia a considerações económicas, consiste em facilitar ao máximo a prática de *fracking*, aliviando as exigências de protecção ambiental (como, aparentemente, vem ocorrendo nos Estados Unidos). A outra, por outro lado, inverte as prioridades e opta cautelosamente pela sua absoluta proibição. Este último cenário foi o verificado em França, com a Lei nº 2011-835, de 13 de Julho de 2011, que proíbe a prospeção e a exploração de minas de hidrocarbonetos líquidos ou gasosos através da fratura hidráulica e revoga as licenças exclusivas das prospeções que tenham projetos que utilizam esta técnica<sup>3</sup>. Esta lei foi impugnada perante o Tribunal Constitucional o qual, na Decisão nº 2013-346 QPC, de 11 de Outubro de 2013, declarou que a proibição do *fracking* é plenamente compatível com a Constituição Francesa.

Entre os dois extremos, a União Europeia mantém uma posição intermédia. Certamente, integra o contexto global da política energética que, por sua vez, está condicionado por três principais fatores: a segurança do aprovisionamento numa situação de dependência externa (agravada por episódios como a atual crise na Ucrânia), a liberalização do mercado interno da energia (procurando preços razoáveis que não prejudiquem a competitividade nos merca-

<sup>1</sup> Este trabalho foi realizado na Universidade de La Rioja no âmbito do Projeto de Investigação DER2012-38346-Co2-02, financiado pelo Ministério da Economia e da Competitividade. Traduzido por Carlos Sérgio Madureira Rodrigues, Jurista e Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

<sup>2</sup> COM(2014) 23 final, p. 6.

<sup>3</sup> Veja-se, a propósito, o magnífico estudo de E. MOREU CARBONELL, “Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (Fracking)”, Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol. 3, núm 2 (2012), pp. 16-25.

dos internacionais) e a decidida assunção de compromissos na luta contra as alterações climáticas (que integra desde há anos nesta política exigências de proteção ambiental). Convém também recordar que até ao Tratado de Lisboa a Ação comunitária nesta matéria carecia de uma base jurídica expressa. Atualmente, a energia inclui-se nas matérias de competência compartilhada com os Estados-Membros (artigo 4º TFUE). Os objetivos da política energética da União identificam-se no número 1 do artigo 194º do TFUE. Consistem em garantir a segurança de aprovisionamento, fomentar a eficiência energética assim como o desenvolvimento das energias renováveis e fomentar a interconexão das redes. E tudo isto no “contexto do mercado interno”, “atendendo à necessidade de preservar e melhorar o meio ambiente” e com espírito de solidariedade. O número 2 do artigo 194º TFUE remete para o procedimento legislativo ordinário a adoção das medidas necessárias para alcançar estes objetivos. Pelo seu lado, o número 3 do referido artigo remete para “um procedimento legislativo especial” (que requer unanimidade do Conselho) a adoção dessas medidas “quando sejam essencialmente de carácter fiscal”. Contudo, o referido número 2 assegura que tais medidas “não afetam o direito de os Estados-Membros determinarem as condições de exploração dos seus recursos energéticos, a sua escolha entre diferentes fontes energéticas distintas e a estrutura geral do seu aprovisionamento energético”<sup>4</sup>.

Assim, condensando documentos políticos anteriores, o contexto geral é agora delimitado, em papel, pelo Programa Geral de Ação da União para 2020 em matéria de Ambiente (“Viver bem, dentro dos limites do nosso planeta”), aprovado pela Decisão 1386/2013, de 20 de Novembro, do Parlamento Europeu e do Conselho. O Programa propõe-se converter a UE numa “economia hipocarbónica, eficiente no uso dos recursos, ecológica e competitiva”. Deste modo, o debate sobre o *fracking* situa-se num momento de “transição energética”<sup>5</sup>. Assim o recorda oportunamente a Comissão ao finalizar a sua mais recente comunicação a este respeito<sup>6</sup>. “A curto e médio prazo”, diz, o “gás natural”, incluindo o de xisto, “pode desempenhar um papel na transformação do sector energético, desde que substituam combustíveis fósseis que emitem mais carbono”. Mas “o objetivo a longo prazo de “descarbonização do nosso sistema energético exige a melhoria contínua da eficiência energética, a poupança de energia e a utilização crescente das tecnológicas hipocarbónicas, nomeadamente na exploração das fontes de energia renováveis”.

Estes pressupostos podem explicar a disposição aparentemente conciliadora das disposições europeias hoje diretamente aplicáveis ao *fracking*. A primeira é, embora sem menção expressa, a Diretiva 2013/30/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Junho de 2013, relativa à segurança das operações *offshore* de petróleo e gás. A segunda, se bem que com natureza de *soft law*, a Recomendação da Comissão 2014/70/UE, de 22 de Janeiro, relativa a princípios mínimos para a exploração e a produção de hidrocarbonetos (designadamente gás de xisto) mediante fratura hidráulica maciça. Em ambos os casos torna-se evidente que a decisão primária compete aos Estados-Membros. Em concreto, são eles que “devem decidir” se querem permitir o *fracking*. Não obstante, se o fizerem, ficam submetidos às exigências que impõe a Diretiva para operações *offshore*. Nos demais casos, são convidados a “aplicar os princípios mínimos estabelecidos na presente Recomendação” num determinado prazo

<sup>4</sup> Ao desenhar a política ambiental, a alínea c) do número 2 do artigo 192º do TFUE requer também unanimidade para “as medidas que afetem consideravelmente a escolha de um Estado – Membro entre diferentes fontes de energia e a estrutura geral do seu aprovisionamento energético”.

<sup>5</sup> B. PÉREZ DE LAS HERAS, “Las políticas de seguridad energética en la Unión Europea y los Estados Unidos: desafíos globales y compromisos comunes en la transición hacia un modelo energético más sostenible”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, 47, (2014), pp. 13-47.

<sup>6</sup> COM(2014)23 final, p. 12.

e a “informar anualmente a Comissão das medidas adotadas em sequência da presente Recomendação, fazendo-o pela primeira vez até Dezembro de 2014” (considerando 16.1).

Anteriormente, em Espanha, que é um Estado territorialmente descentralizado e no qual as Comunidades Autônomas gozam de autonomia política que lhes permite aprovar normas com categoria de lei, têm-se adotado várias decisões negativas (II). Deve entender-se, todavia, que a posterior decisão do legislador estatal foi, ainda que ambígua, positiva (III). Mas, como não vinha acompanhada de todas as cautelas pertinentes, foi notificado para proceder à transposição da Diretiva antes de 19 de Julho de 2015 e para se adaptar à totalidades dos “princípios” da Recomendação antes de 28 de Julho de 2014. Isto cria uma situação provisória na qual, além do inevitável conflito de competências, se suscitam outras questões jurídicas não menos complexas (IV).

## II. AS LEIS REGIONAIS SOBRE O *FRACKING*

### II.1. A proibição do *fracking* na Cantabria

A primeira norma específica que surge é a Lei 1/2013, de 15 de Abril, que regula a proibição da técnica de fratura hidráulica como técnica de pesquisa e extração de gás não convencional no território da Comunidade Autónoma de Cantabria<sup>7</sup>. Um título tão longo contrasta com o seu conteúdo breve. Vem precedida de um preâmbulo que se inicia com a afirmação de que o *fracking* “semeia atualmente dúvidas tanto do ponto de vista da saúde como da perspectiva da proteção do meio ambiente”. Assegura que “os riscos que a utilização desta técnica podem gerar foram expostos” em documentos do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia<sup>8</sup>. Interpreta que ali se “contempla o princípio da precaução, aplicável a este caso” e que se “relaciona com os objetivos” da Diretiva Quadro da Água (2000/60/CE). Acrescenta também que existe uma “preocupação social” com tais riscos, “principalmente em âmbitos territoriais com as características geológicas de Cantabria”. E, por isso, “adota-se a presente medida de forma a suspender a atividade” de *fracking* “enquanto permaneçam dúvidas e incógnitas que existem atualmente”. O preâmbulo termina com uma enumeração pouco cuidadosa das competências que habilitam esta Comunidade para atuar nas matérias de “ordenamento do território e do litoral, urbanismo e habitação; proteção do meio-ambiente e dos ecossistemas; saúde e higiene; promoção, prevenção e restauração da saúde; indústria e regime mineral e energético”.

O articulado contém apenas três preceitos, uma disposição transitória e outra final. O artigo 1 estabelece que “é proibido em todo o território da Comunidade Autónoma de Cantabria o uso da fratura hidráulica, ou *fracking*, como técnica que, por intermédio da injeção de aditivos químicos, é suscetível de ser utilizada para a pesquisa e extração de gás de xisto ou não convencional”. O artigo 2 impõe às “autoridades e funcionários” tanto autonómicos como locais o dever de zelar “pelo respeito e cumprimento do disposto na presente lei”; também o dever de adotar “dentro das suas respetivas competências, as medidas oportunas para a paralisação das atividades proibidas “bem como a reposição da situação alterada no seu estado originário”. O artigo 3 tipifica o uso do *fracking* como “infração urbanística” que,

<sup>7</sup> Fazendo um comentário de urgência, M. GÓMEZ PUENTE, “Derecho y políticas ambientales en Cantabria”, Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol. 4, núm. 1 (2013).

<sup>8</sup> Refere-se, em concreto, aos relatórios “repercussões da extração de gás e petróleo de xisto no meio-ambiente e na saúde humana” (15 de Junho de 2011) e “Contribuição para a identificação de possíveis riscos ambientais e para a saúde humana derivados das operações de extração de hidrocarbonetos mediante fratura hidráulica na Europa” (10 de Agosto de 2012). Posteriormente, o Parlamento Europeu elaboraria outros dois documentos sobre este assunto: “Projecto de relatório sobre as repercussões médio-ambientais da extração de gás e petróleo de xisto” (Setembro de 2012). Conteúdo extraído de E. MOREU CARBONELL, op. cit. pp. 10-13.

“por implicar um uso proibido do solo”, será punível de acordo com a legislação regional do solo. A disposição transitória diz que esta Lei “será aplicável às licenças e qualquer outro título habilitante da atividade proibida”. Incluindo “aos já concedidos” antes de 26 de abril de 2013, data da sua entrada em vigor.

Esta Lei foi aprovada com a unanimidade dos três grupos que integram o Parlamento de Cantabria [Partido Popular (PP), Partido Socialista – PSOE e o Partido Regionalista de Cantabria]. O Governo Autônomico está presidido pelo mesmo partido político que o Governo Nacional (PP). Mas nada de isto impediu que a lei cantábrica tenha sido impugnada perante o Tribunal Constitucional pelas razões que mais à frente serão analisadas. Como consequência da interposição do recurso, ficaram automaticamente suspensas a sua vigência e aplicação<sup>9</sup>.

## II.2 A proibição do *fracking* em La Rioja

Nos mesmos moldes foi emitida pouco depois a Lei 7/2013, de 21 de Junho, pela qual é regulada a proibição no território da Comunidade Autónoma de La Rioja da técnica de fratura hidráulica como técnica de pesquisa e extração de gás não convencional. Diferentemente da anterior, a exposição de motivos inicia-se com considerações de carácter geral sobre a proteção jurídica do ambiente no TFUE. Aí explica que a distinção entre os princípios da prevenção e da precaução (cautela)<sup>10</sup>. Na continuação, alude ao “importante debate social e científico” que surgiu e acrescenta, como justificação inovadora e verdadeira, que existem “vários países europeus que estabeleceram moratórias ou proibições do uso do *fracking*”. Para ilustrar os riscos associados a esta atividade remete aos mesmos documentos europeus que a Lei Cantábrica. E, “neste contexto”, conclui, “a presente lei tem por objeto proibir a utilização da técnica de fratura hidráulica, enquanto não exista prova científica que determine com exatidão a existência ou não de consequências ambientais”. A exposição de motivos termina invocando as normas de competência em que legislador de La Rioja se abriga: proteção do meio-ambiente, regime energético, saúde, ordenamento do território e urbanismo.

A Lei contém quatro títulos, uma disposição transitória e outra final. O artigo 1 não só proíbe “o uso” do *fracking* (inclusive para armazenamento geológico) mas também “a concessão de licenças ou outros títulos habilitantes que permitam” a sua prática. O artigo 2 impõe que “a autoridade ambiental” regional “deverá ordenar a suspensão das atividades que impliquem o uso da fratura hidráulica quando tenha conhecimento das mesmas”. Mas a principal singularidade radica no facto do artigo 3 regular um “regime sancionador” completo. Em vez de remeter para o normativo urbanístico, tipifica como “infrações muito graves” tanto o “uso” do *fracking* como “a concessão de licenças ou títulos habilitantes que permitam a sua utilização”. Tais infrações “poderão ser sancionadas como uma multa entre os 250.001 e os 2.500.000 euros”. A competência para impor estas multas atribui-se “ao conselheiro com competências em matéria de meio-ambiente”. O artigo 4 concretiza o regime das multas coercitivas que poderão impor-se “quando o obrigado não repare o dano causado ou não suspenda a atividade uma vez realizado o requerimento para tal efeito”. Finalmente, a disposição transitória, ainda que com uma redação diferente, confere à proibição o mesmo alcance temporal que a sua equivalente cantábrica. Inclui assim as licenças “já concedidas” embora, aparentemente, nesta região não existisse nenhuma antes da data de entrada em vigor da Lei (25 de Junho de 2013).

<sup>9</sup> Por Despacho do Tribunal Constitucional de 11 de Fevereiro de 2014, publicada no Boletim Oficial do Estado (BOE) de 15 de Fevereiro de 2014.

<sup>10</sup> Com referência expressa à Comunicação da Comissão sobre a utilização do princípio da precaução de 2 de Fevereiro de 2000, à resolução adotada pelo Conselho Europeu de Nice de 7 a 9 de Dezembro de 2000 e ao acórdão do TJUE de 7 de Setembro de 2004.

Esta Lei também foi aprovada com a unanimidade dos três grupos que integram o Parlamento de La Rioja [Partido Popular (PP, com maioria absoluta), Partido Socialista – PSOE e Partido Riojano]. Mas também não se livrou da correspondente impugnação perante o Tribunal Constitucional. Como consequência da interposição do recurso de inconstitucionalidade, a sua vigência e a sua aplicação foram automaticamente suspensas<sup>11</sup>.

### II.3 A proibição do *fracking* em Navarra

A terceira norma a considerar é a Lei Foral 30/2013, de 15 de Outubro, que proíbe no território da Comunidade Foral de Navarra o uso da fratura hidráulica como técnica de pesquisa e extração de gás não convencional. Segue o padrão da norma cantábrica com escassas variantes, de tal forma que tem vindo a ser considerada como uma “má cópia daquela”<sup>12</sup>. A singularidade do seu preâmbulo reside na omissão de qualquer referência ao princípio da precaução e no destaque dos valores desta Comunidade Foral que poderiam ver-se prejudicados pelo *fracking*. “A agricultura e a indústria agro-alimentar”, diz, “é, junto com a sua natureza e o seu valor paisagístico, um dos elementos da sua identidade”. Na mesma linha, acrescenta, “a pureza das suas águas e a preservação da natureza pela sua baixa ocupação do território têm feito com que sejamos uma referência a nível nacional em turismo rural, ecoturismo, *birding*, etc.”

Relativamente ao seu articulado, deve-se notar que a observação da proibição do *fracking* vem acompanhada de uma definição de “hidrocarbonetos não convencionais”<sup>13</sup>. O artigo 2 diferencia-se do precedente cantábrico no facto de as proibições que impõe a autoridades e funcionários não alcançam as Administrações Locais. Quanto ao restante, não se fornece nada de novo: o uso do *fracking* tipifica-se também como uma infração urbanística (artigo 3) e a proibição projeta-se igualmente sobre os direitos minerais “já concedidos” à data da sua entrada em vigor (29 de outubro de 2013).

Mas com esta Lei rompe-se pela primeira vez a unanimidade política ao não ser aprovada pelo PP [nem pela União do Povo Navarro (UPN), partido regionalista que preside o Governo Foral em minoria]. É fruto de uma proposta apresentada pela oposição, o grupo parlamentar socialista, que foi finalmente aprovada por 27 votos a favor<sup>14</sup> e 23 contra. Na data de encerramento da escrita deste trabalho, a Lei navarra mantinha-se em vigor, ainda que tudo aponte para a sua eminente impugnação<sup>15</sup>.

### II.4 A rejeição da proibição no País Basco

Pese o seu reduzido tamanho, a Comunidade Autónoma do País Basco ou Euskadi tem uma arquitetura institucional complexa. As “instituições comuns” são o Parlamento (legislativo) e o Governo (executivo). Mas coexistem com as “instituições forais” que são as Juntas Gerais (Assembleias Gerais) e as Assembleias Legislativas, de cada um dos seus Territórios Históricos (as antigas “províncias” de Álava, Guipúzcoa e Vizcaya). Em Álava a polémica

<sup>11</sup> Por Despacho do Plenário do Tribunal Constitucional de 8 de Abril de 2014, publicado no BOE de 12 de Abril de 2014.

<sup>12</sup> J. F. ALENZA GARCÍA, “Derecho y políticas ambientales en Navarra”, Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol. IV, Núm. 2 (2013).

<sup>13</sup> Incluindo no conceito tantos “os líquidos ou gases que estivessem presos na rocha-mãe cuja permeabilidade seja inferior a 1 millidarcy” como os “gases que estivessem presos em veios de carbono ou de carvão e que não deixariam nem se desprenderiam dela sem a injeção de grandes quantidade água à pressão misturada com aditivos químicos”.

<sup>14</sup> O PSN-PSOE conseguiu o apoio de Bildu, Aralar-NB, Izquierda-Ezkerra e não afiliados.

<sup>15</sup> Resolução de 10 de Janeiro de 2014, publicada no BOE de 27 de Janeiro de 2014.

sobre o *fracking* está a ser vivida com grande intensidade. A reivindicação social chegou às Assembleias Gerais e foram estas que levaram a iniciativa ao Parlamento Basco. Em concreto, propunham introduzir uma modificação legal com o texto seguinte: “dentro dos limites e zonas de afetação dos espaços naturais protegidos não poderá levar-se a cabo qualquer exploração mineira, nem a céu aberto, nem de forma subterrânea. De igual maneira, é proibida a prospeção e exploração de hidrocarbonetos mediante a técnica de fracturação hidráulica ou *fracking*”. Como se vê, e diferentemente das três anteriores, seria uma proibição parcial; territorialmente limitada a zonas que, pelos seus valores ambientais, tenham a qualificação de espaços naturais protegidos.

Contudo, esta proposta foi recusada pela Lei 2/2013, de 10 de Outubro, que modifica a Lei 16/1994, de 30 de Junho, de Conservação da Natureza do País Basco. Fê-lo, conforme a exposição de motivos, por considerar que, ainda que seja “louvável na sua intenção”, a proposta “não acerta no modo de abordar de forma correta o problema”. Assim, o articulador da lei modificada omite qualquer menção ao *fracking*. Não obstante, deve entender-se implicitamente afetado pela nova redação do número 4 do artigo 17º da Lei 16/1994. No seu âmbito, “dentro dos limites dos espaços naturais protegidos e das suas zonas de afeção são proibidas as atividades extrativas que sejam incompatíveis com os valores ambientais que se protegem. Serão os instrumentos de planificação e/ou gestão de cada espaço natural protegido os que determinam essa incompatibilidade, motivando adequadamente a incompatibilidade das atividades com os valores ambientais e os critérios de proteção dos ditos espaços e das suas zonas de afeção. Em todo o caso, nas situações em que essas atividades possam ser compatíveis com os valores ambientais que se protegem, os projetos para as atividades extrativas em espaços naturais protegidos serão submetidos na íntegra, tanto os trabalhos extrativos propriamente ditos como as instalações previstas, à obrigatória avaliação de impacto ambiental individualizada, a qual incluirá todos os trabalhos necessários para a reposição da situação anterior e a recuperação dos valores ambientais preexistentes”<sup>16</sup>.

A redação triunfou com 53 votos a favor (PNV, PSOE, PP e UPD) e 21 contra (Bildu). Na sua declaração de voto, o porta-voz socialista disse que “o *fracking* é um tema pendente que se abordará nesta Câmara se a iniciativa legislativa popular surgir com proposta”<sup>17</sup>. Por enquanto, não constam discrepâncias por parte do Governo da Nação.

## II.5 A proibição relativa do *fracking* na Catalunha

Por último, é testada na Catalunha uma nova variante que se separa de todos os antecedentes até aqui descritos. Com efeito, a Lei 2/2014, de 27 de janeiro, sobre medidas fiscais, administrativas, financeiras e do sector público, modifica numerosas normas. Entre elas, para o que aqui importa, o Texto Refundido da Lei do urbanismo, aprovado pelo Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de Agosto. Em concreto, o artigo 167.1 da Lei 2/2014 inclui um novo parágrafo no preceito que regula o “regime de uso do solo não urbanizável”. Deste modo, o artigo 47.10 da Lei do urbanismo diz agora o seguinte: “Na exploração dos recursos naturais em solo não urbanizável, no caso de aproveitamento de hidrocarbonetos, não está permitida a utilização da tecnologia da fratura hidráulica quando esta possa ter efeitos negativos sobre as características geológicas, ambientais, paisagísticas ou socioeconómicas da zona, ou em relação com outros âmbitos de competência da Generalidade”.

<sup>16</sup> Após a revogação da Lei 16/1994, esta redação figura agora no número 4 do artigo 19º do Texto Reformulado da Lei de Conservação da Natureza do País Basco, aprovado pelo Decreto Legislativo 1/2014, de 15 de Abril.

<sup>17</sup> Parlamento Basco. Diário de Sessões. X Legislatura, nº 45, sessão correspondente a 10 de Outubro de 2013, pp. 22-30.

Aparentemente, a medida tem um âmbito territorial mais limitado que as proibições precedentes. Mas há que notar que o conceito de solo não urbanizável apenas exclui terrenos urbanos ou urbanizáveis que, *a priori*, parecem incompatíveis com o “aproveitamento de hidrocarbonetos”. Em qualquer caso, é mais amplo que a proposta basca, pois projeta-se sobre todo o solo não urbanizável e não exclusivamente sobre a porção que acomoda os espaços naturais protegidos. Quanto à sua natureza, a medida não deixa de ser uma proibição – relativa – dado que o *fracking* “não está permitido” em certas hipóteses. O problema pode estar na determinação de quem vai e como avaliar a ocorrência dos “efeitos negativos” em torno dos quais giram as tais hipóteses. Parece que com uma fórmula tão aberta o legislador catalão renuncia a fazê-lo por si mesmo. Neste sentido, requer que tanto a Administração regional como os Municípios estabeleçam proibições mais ou menos localizadas no exercício dos seus poderes de planificação global (ordenação do território e urbanismo) ou sectorial. Confere-lhes também um amplo espectro de razões para motivar o indeferimento de licenças, autorizações e permissões da sua competência que, em regime de concorrência com os títulos previstos pela Lei 34/1998, de 7 de outubro, do sector de hidrocarbonetos (LSH), a efetiva realização da atividade possa necessitar. Repare-se que, mesmo quando seja estatal, a avaliação de impacte ambiental não integra nem supre a necessidade de muitas outras autorizações concorrentes. Por exemplo, as de produção e de gestão de resíduos, emissões para o ar, licença de atividade classificada ou equivalente, controlo preventivo dos usos do solo, etc.<sup>18</sup>.

Se isto é assim, cabe questionar até que ponto era necessária uma lei com semelhante conteúdo. Com ou sem lei própria de proibição, parece que todas as Comunidades Autónomas se encontram na mesma situação<sup>19</sup>. Contudo, a regulação catalã também vai a caminho do Tribunal Constitucional<sup>20</sup>.

### III. A reação estatal

#### III.1 Novidades na legislação básica

A reação do legislador estatal contra as primeiras proibições regionais chega com a Lei 17/2013, de 29 de Outubro, para garantia do fornecimento e aumento da concorrência nos sistemas elétricos insulares e extra-peninsulares. Pelo seu título conclui-se que não é uma norma específica sobre o *fracking*. Mas no preâmbulo reconhece-se que na sua elaboração esteve muito presente o “intenso debate social” que “se está a produzir em diversos países e Espanha não é exceção”<sup>21</sup>. Assim, “com o objetivo de clarificar aspetos jurídicos relacionados com técnicas de exploração e produção de hidrocarbonetos e de garantir a unidade de critério em todo o território espanhol”, incorporaram-se as duas novidades seguintes:

- Por um lado “introduz-se uma disposição” com a qual “se torna explícita a inclusão no âmbito objetivo” da LSH “de determinadas técnicas habituais na indústria extrativa reconhecendo-se o seu carácter básico, em concreto, as técnicas de fracturação hidráulica”.

<sup>18</sup> T. QUINTANA LÓPEZ, *Concesión de minas y protección del medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, passim.

<sup>19</sup> O Acórdão do Supremo Tribunal de 14 de Fevereiro de 2012 confirma a validade de um Plano Geral de Ordenamento Urbano que proíba a realização de atividades extrativas – inclusive as já existentes – em todo o solo não urbanizável.

<sup>20</sup> Resolução de 21 de Abril de 2014 publicada no BOE de 12 de Maio de 2014.

<sup>21</sup> De facto, depois o Grupo Parlamentar “A esquerda plural” apresentou uma “Proposta de Lei de proibição de prospeções e explorações de hidrocarbonetos não convencionais mediante fratura hidráulica (*fracking*). Enquanto a sua tramitação, pode ver-se o seu conteúdo – muito similar, salvo na exposição de motivos, à Lei cántabra – no Boletim Oficial das Cortes Gerais (Boletín Oficial de las Cortes Generales). Congresso dos Deputados, série B, núm. 104-1, de 16 de Janeiro de 2013.

Assim, desde então, o número 5 do artigo 9º da LSH diz o seguinte: “No desenvolvimento dos trabalhos a efetuar no quadro dos títulos mencionados neste artigo<sup>22</sup> poderão aplicar-se métodos geo-físicos e geo-químicos de prospeção, perfuração com sondas verticais ou desviadas com eventual aplicação das técnicas habituais na indústria, entre elas, a fratura hidráulica, a estimulação de poço, bem como técnicas de recuperação secundária e aqueles outros métodos aéreos, marinhos ou terrestres que sejam necessários para o seu objetivo. Convém reter que “o disposto nesta Lei tem carácter de base a emitir ao abrigo das competências que correspondem ao Estado no artigo 149.1.13 e 25 da Constituição Espanhola (CE), que atribui ao Estado a competência exclusiva para determinar as bases e coordenação da planificação geral da atividade económica e as bases do regime mineral e energético, respetivamente (quarta Disposição final da Lei 17/2013). Ainda que a vontade do legislador seja impor “a unidade de critério”, o carácter de base da norma apenas permite, em princípio, estabelecer um mínimo comum denominador normativo que pode ser objeto de desenvolvimento regional. O argumento de que este não permite às Comunidades Autónomas “legislar” sobre estas matérias, “devendo limitar-se aos desenvolvimento regulamentar”, não tem o mais mínimo apoio na jurisprudência constitucional<sup>23</sup>.

- Por outro lado, “para a autorização deste tipo de projetos se exigirá uma prévia declaração de impacte ambiental favorável”. Para tal fim, acrescentou-se um novo parágrafo e) ao grupo 2 do Anexo I do Texto Refundido da Lei de Avaliação de Impacte Ambiental de projetos, aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de Janeiro (Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental – TRLEIA). Num primeiro momento, esse parágrafo recebeu a redação seguinte: “Os projetos que consistem na realização de perfurações para a prospeção, investigação ou exploração de hidrocarbonetos que requeiram a utilização de técnicas de fratura hidráulica”. Mas esta fórmula teve uma vigência muito curta porque o TRLEIA seria integralmente derogado e substituído pouco depois pela Lei 21/2013, de 9 de Dezembro, de Avaliação Ambiental (Ley de evaluación ambiental – LEA). Desde então, a referência ao assunto encontra-se no Anexo I, Grupo 2, parágrafo d). O que se submete agora à denominada Avaliação de Impacte Ambiental ordinária são “os projetos que consistam na realização de perfurações para a prospeção, investigação ou exploração de hidrocarbonetos, armazenamento de CO<sub>2</sub>, armazenamento de gás e geotérmica de média e alta entalpia, que requeiram a utilização de técnicas de fratura hidráulica. Com a precisão de que “não se incluem neste parágrafo as perfurações de sondas de investigação que tenham por objeto os testes antes de fazer projetos de perfuração que requeiram a utilização de técnicas de fracturação hidráulica”. Não é demais recordar que o TRLEIA foi modificado pela Lei 17/2013 sem mencionar o título de competência que habilita o Estado para ditar legislação de base em matéria de meio ambiente (artigo 149.1.23 CE). Em qualquer caso, este defeito pode entender-se como corrigido pela LEA vigente. A previsão relativa ao *fracking* tem carácter básico e, por conseguinte, pode ser objeto de desenvolvimento normativo regional sempre que seja para se alcançar uma maior proteção ambiental.

<sup>22</sup> Refere-se às licenças de exploração, de investigação e concessões de exploração de hidrocarbonetos.

<sup>23</sup> Argumenta-se, no entanto, e reiteradamente, a alegação de de L. PÉREZ DE AYALA y D. ANTÓN VEGA, “Sobre la constitucionalidad de un anteproyecto de Ley autonómica que contempla la prohibición absoluta de la actividad de extracción de gas no convencional en el territorio de una Comunidad Autónoma”, in M.A. Recuerda Girela (coord.), Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014, Thomson, Cizur, 2014, pp. 331-371.

### III.2. Os recursos de inconstitucionalidade contra as leis regionais

Paralelamente, e como já se adiantou, o Presidente Rajoy interpôs até ao momento dois recursos de inconstitucionalidade. Os seus argumentos mais prováveis podem deduzir-se de documentos oficiais que foram tornados públicos. Por exemplo, o Parecer do Conselho de Estado (Dictamen del Consejo de Estado 1353/2013, de 23 de Janeiro de 2014, prévio ao recurso de inconstitucionalidade contra a Lei Cantábrica). E o Parecer do Conselho de Estado 114/2014, de 20 de Março de 2014 (prévio ao recurso de inconstitucionalidade contra a lei de La Rioja). Estes pareceres, prescritivos mas não vinculativos, concluem afirmando que “existem fundamentos jurídicos suficientes para interpor recurso de inconstitucionalidade” contra ambas as leis. No seu juízo, “incorrem em inconstitucionalidade por excesso de competência ao dispor sobre a proibição de atividades *cuja regulação é da competência exclusiva do Estado*, por força do artigo 149.1.25 em relação com o artigo 149.1.13” (ênfase acrescentado). Em síntese, os motivos que sustentam o parecer do Conselho de Estado são os seguintes:

- a proibição não específica “se se limita às licenças e títulos habilitantes expedidos pela Comunidade Autónoma ou se se estende a quaisquer outros que o Estado poderia ter emitido”;

- os títulos de competência que o Estado certifica apresentam uma maior especificidade que os invocados pela Comunidade Autónoma, “sobre os quais neste caso prevalecem”;

- “a proibição absoluta de levar a cabo uma técnica de prospeção ou exploração em matéria de hidrocarbonetos não pode ser decidida por uma Comunidade Autónoma”. Altera o ordenamento jurídico mineral básico e comporta “um esvaziamento das competências estatais”.

- a proibição incorre adicionalmente em “inconstitucionalidade superveniente” porque “o Estado adotou uma série de normas posteriores” nas quais “se reconhece e regula expressamente” o *fracking*.

## IV. As questões em discussão

### IV. 1 O problema de competência

Como se vê, esta abordagem conduz a um conflito de carácter primariamente de competências. O sistema espanhol de justiça constitucional impede a interposição destes recursos sem antes se haver tentado resolver amistosamente as discrepâncias nas denominadas comissões bilaterais de cooperação. Nelas tiveram sem dúvida os representantes regionais ocasião de conhecer os argumentos estatais. Contudo, parece que não foram suficientemente convincentes e por isso não se verificou o acordo que haveria evitado os recursos. É de supor, portanto, que as Comunidades Autónomas afetadas confiam nas possibilidades da defesa jurídica das suas competências no Tribunal Constitucional.

Não é possível abordar aqui, em todas as suas particularidades, tão complexa questão. O que é urgente é o que se vai passar com levantamento ou não da suspensão. Por efeito do artigo 161.12 CE, a interposição deste tipo de recursos implica automaticamente a suspensão das leis regionais impugnadas. Mas em virtude desse mesmo preceito o Tribunal Constitucional tem que pronunciar-se sobre a manutenção ou levantamento de tal suspensão num prazo não superior a cinco meses. Este incidente processual suscita agora mesmo certa expectativa. Nor-

malmente, auto-vinculado pelo princípio orientador contido no artigo 45º CE, o Tribunal aplica “de forma constante um critério que poderíamos qualificar como *pro ambiente*, que consiste em considerar como interesse geral, preferente para estes efeitos, o ambiental e, portanto, apostar na vigência transitória, durante a tramitação do processo, da disposição protetora ou, quando aplicável, na mais protetora do meio-ambiente”. Assim, levanta-se a suspensão, a menos que o motivo da impugnação seja, precisamente, que a disposição impugnada reduza o nível de proteção oferecido pela legislação básica estatal, em cujo caso se mantém a suspensão”<sup>24</sup>.

Com estes precedentes parecia difícil argumentar a favor da manutenção da suspensão. Mas o Tribunal constitucional escapou a uma primeira pronúncia expressa sobre esta questão incidental. Com surpreendente celeridade, em vez do despacho que se esperava, o Tribunal decretou o Acórdão de 24 de junho de 2014 que, entrando no fundo da questão, anula de forma expedita a Lei Cantábrica 1/2013, exclusivamente por razões de competência.

Em todo o caso, o verdadeiramente importante não é a subsistência destas primeiras leis regionais impugnadas. Na realidade, e ainda aceitando os seus muitos defeitos técnicos, têm a virtude de levantar questões relativas ao controlo da discricionariedade de qualquer legislador<sup>25</sup>. Mais do que regras de competência, a admissibilidade de proibições absolutas dependeria de limites constitucionais substantivos como os seguintes.

#### IV.2. Segurança jurídica: o respeito de possíveis direitos pré-existentes.

Neste sentido, um dos relatórios Ministeriais que foram submetidos à consideração do Conselho de Estado apontava “que a regulação cantábrica pode vulnerabilizar o disposto no artigo 130.1 CE em relação aos artigos 45 e 128 da mesma, assim como a doutrina constitucional e a jurisprudência que os interpreta, com infração também do previsto no artigo 9.3 da CE”. A invocação deste último preceito iria referida à pretensão regional de projetar a proibição também sobre as licenças já concedidas. O artigo 9.3 CE garante, entre outras coisas, a segurança jurídica e a não-retroatividade de disposições sancionadoras não favoráveis ou restritivas de direitos individuais. Como as leis aqui consideradas não são “disposições sancionadoras” não parece necessário aventurar-se pelo tortuoso caminho da aplicação retroativa das normas. Mais dá a impressão de que o princípio presumivelmente violado é o da segurança jurídica<sup>26</sup>. Mas resulta que o Conselho de Estado não analisa esta censura nem se pronuncia sobre a sua consistência impugnatória. Ao interpretar o seu silêncio, deve entender-se que não as considerou como feridas de inconstitucionalidade.

Em Espanha, existe uma polémica acesa sobre a responsabilidade patrimonial do legislador. Mas a doutrina com maior autoridade defende que o Poder legislativo não se encontra limitado pelo princípio da legítima confiança<sup>27</sup>. No caso que agora se aborda, seria exaustivamente distinto se se entendesse que conduz a uma operação materialmente expropriatória<sup>28</sup>. A jurisprudência constitucional admite, ainda que com crescente restrições,

<sup>24</sup> G. VALENCIA MARTÍN, “Jurisprudencia ambiental del Tribunal Constitucional”, in F. López Ramón (coord.), Observatorio de políticas ambientales 1978-2006, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 228.

<sup>25</sup> Sobre as particularidades deste controlo, em geral, T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional, Madrid, Civitas, 1998.

<sup>26</sup> PÉREZ AYALA, op. cit., p. 367.

<sup>27</sup> Por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, La responsabilidad patrimonial del Estado Legislador en el Derecho español, Madrid, Thomson-Civitas, 2005.

<sup>28</sup> Em França, o Tribunal Constitucional descartou esta possibilidade porque “as autorizações de prospecção mineira, concedidas pela autoridade administrativa em perímetros definidos e por uma duração limitada, não podem assemelhar-se a bens objecto de um direito de propriedade para os seus titulares”. Por conseguinte, “as disposições impugnadas não supõem nem uma expropriação, no sentido do artigo 17 da Declaração de 1789, nem uma vulnerabilização contrária ao artigo 2 da Declaração de 1789”. Para mais que a extinção de tais autorizações tão

a possibilidade de expropriar mediante lei<sup>29</sup>. Mas as aqui consideradas não são leis (singulares) expropriatórias. Pode entender-se que se limitam a estabelecer a causa de utilidade pública que habilita para a posterior privação singular de eventuais direitos pré-existentes. A expropriação concretizar-se-ia mediante os eventuais atos administrativos posteriores de revogação das licenças pré-existentes conforme a legislação sectorial que as regule<sup>30</sup>. Noutras palavras, a segurança jurídica não impede que o legislador legitime a privação singular de direitos pré-existentes mas que permita fazê-lo sem respeitar as garantias económicas dos seus titulares. Este último seria inconstitucional, não por violação do artigo 9.3 CE, mas sim do artigo 33 CE.

### **IV.3. Solidariedade e proporcionalidade: rumo à renovação do método de ponderação de interesses**

#### **IV.3.1 A abordagem tradicional do tema**

Ultrapassado assim o obstáculo da segurança jurídica, o núcleo do debate giraria em torno de saber se uma proibição absoluta deste tipo respeita as exigências do princípio da proporcionalidade. Recupera assim para a atualidade uma já antiga jurisprudência constitucional sobre a tensão entre o desenvolvimento da atividade mineira e a proteção do meio-ambiente (Acórdão do Tribunal Constitucional 64/1982, de 4 de Novembro e 170/1989, de 19 de Outubro). Na primeira destas sentenças considerou-se contrária à Constituição uma lei catalã que impedia as atividades extrativas em espaços naturais. Na segunda, por outro lado, confirmou-se a validade de uma lei madrilena que estabelecia uma proibição similar mas restringida tanto em termos territoriais (só em reservas naturais) como materiais (só impedia a exploração de recursos minerais de escasso valor económico).

A doutrina que fundamenta estas decisões resulta da conexão entre três preceitos constitucionais. O primeiro é o que dispõe que “os poderes públicos velarão pela utilização racional de todos os recursos naturais, com a finalidade de proteger e melhorar a qualidade de vida e defender e restaurar o meio-ambiente, apoiando-se na indispensável solidariedade coletiva” (artigo 45.2 CE). O segundo estabelece que “toda a riqueza do país nas suas diferentes formas e, seja qual for a sua titularidade, está subordinada ao interesse geral” (artigo 128.1 CE). O terceiro, e último, indica que “os poderes públicos atenderão à modernização e desenvolvimento de todos os sectores económicos e, em particular, da agricultura, da pecuária, da pesca e do artesanato, com a finalidade de equiparar o nível de vida de todos os espanhóis” (artigo 130.1 CE).

Com estas ramificações, o intérprete máximo da Constituição afirmou pela primeira vez “a necessidade de proteção de ambos os bens constitucionais: o meio-ambiente e o desenvolvimento económico”. Neste sentido, admitiu restrições regionais às atividades extrativas “sempre que estas cargas e requisitos não alterem o ordenamento jurídico de base sobre minérios, sejam razoáveis, proporcionais ao fim proposto e não violem o princípio da solidariedade”. Na realidade, é a apreciação pelo Tribunal da falta de solidariedade que determina

---

pouco opera ali ope legis. A Lei francesa habilita um procedimento para rever as licenças pré-existentes de modo individualizado.

<sup>29</sup> Uma visão geral daquela jurisprudência encontra-se no artigo seguinte: R.J. SANTAMARÍA ARINAS, “Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina Boxus por el Tribunal Constitucional español”, Revista de Administración Pública, 193 (2014), pp. 165-195.

<sup>30</sup> Por exemplo, se tiverem autorizações ou licenças urbanísticas conforme o artigo 35.c) TRLS; preceito que é de aplicação plena.

que a proibição catalã deva ser “eliminada por inconstitucionalidade por exceder a finalidade da lei e por diminuir à riqueza nacional possíveis recursos minerais” (FJ6<sup>o</sup>). O que se submete ao juízo de proporcionalidade não é a proibição em si mesma mas os restantes preceitos legais impugnados (que habilitam a Administração para negar as autorizações sectoriais requeridas). E atende ao método de ponderação de interesses que aplica em termos francamente rudimentares, pois afasta as exigências do princípio da prevenção perante as da mera restauração.

#### IV.3.2 Novos fatores a considerar

Passaram-se mais de trinta anos desde então. Deve-se questionar se aquela primeira aproximação basta para resolver hoje uma questão como o *fracking*. Não faltam elementos novos para atualizar esta reflexão. Para começar, aquele discurso é traçado antes ser cunhado o conceito tridimensional de desenvolvimento sustentável no relatório Brutland, de 1987<sup>31</sup>, lançado quando o Reino de Espanha ainda não tinha aderido à Comunidade Europeia. O enquadramento atual da União Europeia foi sucintamente descrito na introdução deste trabalho. Basta recordar que o Direito Comunitário considera a proteção do ambiente como razão imperiosa de interesse geral que justifica restrições à liberdade de empresa. E que, em todo o caso, no sector que agora interessa a unidade de mercado não alcança a fase de produção (que engloba as operações que aqui interessam)<sup>32</sup>. A legislação europeia específica já se pronunciou sobre a premissa maior de modo que a proibição decretada por qualquer autoridade no âmbito das suas competências (autonomia institucional) não poderia ser contrária ao Direito europeu nem às liberdades económicas reconhecidos nos Tratados<sup>33</sup>.

Outro dado novo com interesse provém do Direito comparado. Sem ir mais longe, dentro da nossa própria cultura jurídica, o Tribunal Constitucional francês reputou a proibição do *fracking* como plenamente justificada<sup>34</sup>. De facto, mesmo reconhecendo sem ambiguidades que esta é “uma proibição geral e absoluta”, observa que com ela “o legislador perseguiu uma finalidade de interesse geral de proteção do meio ambiente.” Conclui que “não possui, no estado atual do conhecimento e da técnica, um carácter desproporcionado relativamente ao objetivo perseguido.”

No plano interno, cumpre recordar que em 1982 se ignorava o potencial de uma disciplina global como a ordenação do território. Atualmente, existe ainda muito trabalho por fazer. Contudo, é por aqui que o Texto Refundido da Lei do Solo, aprovado por Decreto Legislativo Real 2/2008, de 20 de junho (TRLR), dá entrada a exigências mais expansivas de desenvolvimento sustentável (artigo 2 TRLR). O qual se traduz na necessidade de integrar critérios de sustentabilidade não somente ambientais mas também económicos e sociais na regulação de todos e cada um dos usos do solo. E em que tal regulação incorpore “a ideia de autolimitação no presente para a preservação das bases físicas do nosso bem-estar futuro”<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> Uma aproximação útil, que não perde actualidade: D. LOPERENA ROTA, *Desarrollo sostenible y globalización*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

<sup>32</sup> Sobre a evolução do sub-sector, I. DEL GUAYO CASTIELLA, *El servicio público del gas. Producción, transporte y suministro*, Marcial Pons, Madrid, 1992 e, mais recente, *Tratado de Derecho del gas natural*, Marcial Pons, Madrid, 2010

<sup>33</sup> Sem conotar o novo quadro europeu, este argumento é utilizado por PÉREZ AYALA, op. cit. p. 365.

<sup>34</sup> Na sua Decisão 2013 – 346 examina e rejeita categoricamente as alegadas violações do princípio da igualdade, da liberdade de empresa, dos direitos adquiridos, do princípio da precaução e do equilíbrio entre meio-ambiente e desenvolvimento.

<sup>35</sup> P. MERCADO PACHECO, “Desarrollo sostenible y gobernanza: retóricas del derecho global y de la justicia ambiental”, in E. Pérez Alonso y otros (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirano lo blanch, Valencia, 2012, pp. 101-103.

Parece, pois, que aquela aproximação poderia tornar-se obsoleta e seria necessário avançar no sentido de uma renovação da metodologia então aplicada. O desafio não é fácil mas podem identificar-se, pelo menos, algumas premissas de partida. No plano da sustentabilidade económica, as prioridades do legislador sobre uns e outros sectores produtivos são hoje absolutamente pertinentes. Claro que, dentro do sector energético, os objetivos da economia hipocarbónica não podem estar ausentes da ponderação de interesses. Mas isto não esgota a primeira vertente do problema. O legislador pode perfeitamente identificar os interesses prioritários noutras atividades económicas. Não teria que confrontar, por exemplo, o objetivo da segurança energética com a emergente mas não menos legítima reivindicação de autossuficiência alimentar?

Na vertente social, cumpre fazer-se uma releitura do que se deve entender por solidariedade. Há trinta anos atrás, o Tribunal Constitucional deu a este conceito, que foi determinante para anular a proibição regional, um sentido exclusivamente espacial (solidariedade entre Comunidades Autónomas). Mas hoje teria que assumir também uma dimensão temporal (solidariedade intergeracional). Nesse sentido, a proibição do *fracking* não pretende subtrair nenhum recurso à riqueza do país de forma irreversível. O que se proíbe é o uso de uma determinada técnica para o seu aproveitamento. Se os recursos realmente existem, então eles permanecerão no mesmo local até que possam ser aproveitados em condições mais favoráveis. Deste modo, poderia dizer-se que se incentiva a inovação tecnológica. Mas, sobretudo, integra-se na reflexão o fator indispensável para que o instinto predador que impede um desenvolvimento duradouro ou durável<sup>36</sup>.

Por fim, no plano ambiental, a limitada tensão tradicionalmente ressalvada também requer ajustes.

### IV.3.3. A sujeição do *fracking* à avaliação de impacte ambiental

As restrições legais têm que ser “razoáveis” e “proporcionais ao fim proposto”. Mas a proporcionalidade não pode operar tanto contra o Legislativo como contra a Administração. Aqueles que prescindem desta *nuance*, consideram que a proibição do *fracking* não supera o triplo teste em que habitualmente se descompõe o princípio da proporcionalidade. Fundamentalmente, porque, na sua opinião, já existem medidas menos restritivas para alcançar o mesmo fim. Referem-se à sujeição da Avaliação de Impacte Ambiental que, dizem, é “mais do que suficiente”<sup>37</sup>.

Contra estas abordagens poder-se-ia argumentar que a finalidade destas medidas não é exatamente a proteção do ambiente mas sim algo mais amplo como é a contribuição para o desenvolvimento sustentável. O meio tão pouco é estritamente uma disposição ambiental mas uma técnica de racionalização dos usos do solo num quadro também mais amplo de ordenamento (necessariamente sustentável) do território. Neste novo cenário teria importância distinguir entre o recurso (os hidrocarbonetos) e a técnica (o *fracking*). Para a proibição desta invocou-se em alguns casos o princípio da precaução<sup>38</sup>. Em França não foi assim. Ali

<sup>36</sup> Sobre as complexas interações entre os fatores mencionados que, em definitivo, conduzem a uma reflexão crítica sobre a ideia de progresso: J. ESTEVE PARDO, Técnica, riesgo y Derecho, Ariel, Barcelona, 1999 e, mais recente, El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia, Marcial Pons, Madrid, 2009.

<sup>37</sup> PÉREZ DE AYALA, op. cit. p. 365.

<sup>38</sup> Sobre a progressiva restrição do alcance prático deste princípio, A. EMBID TELLO, Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos, Iustel, Madrid, 2010.

bastaram os princípios de prevenção e correção (na fonte). É um ponto a clarificar. Numa primeira aproximação disse-se que há que distinguir entre riscos conhecidos, potenciais e hipotéticos. A indução sísmica poderia estar entre estes últimos. O resto é o risco de contaminação química de recursos naturais como a água, o ar, o solo ou a biodiversidade. Sobre isto, a incerteza não está nos riscos mas no grau de eficácia das melhores técnicas disponíveis actualmente para evitá-los. Portanto, a gestão de tais riscos cai no âmbito clássico do princípio da prevenção, com a consequência importante que a prova de tal eficácia recai sobre o promotor.

O princípio da precaução aplica-se, de facto, à avaliação de impacte ambiental. A sujeição destes projetos à AIA deve acolher-se com satisfação. Até finais de 2013 não era assim. Era necessário recorrer ao Anexo II do TRLEIA para decidir, caso a caso, se se sujeitavam ou não. A prática terminava sempre com decisões de não sujeição<sup>39</sup>. As proibições regionais têm servido, pelo menos, para que a legislação estadual tenha melhorado neste aspeto<sup>40</sup>. No quadro da LEA, existem avanços evidentes quanto à informação que o promotor terá que fornecer, quanto às possibilidades de participação pública ou relativamente à exigência de considerar a “alternativa zero”. Mas a metodologia de identificação e caracterização de impactos avança oferecendo ainda zonas obscuras. A prática dirá se o faz com o rigor requerido, e também se os impactes críticos que se detetam não se resolvem com simples medidas corretoras ou “compensatórias” mas com as declarações de impacte desfavoráveis que merecem para que avaliação de impacte ambiental possa ser levada a sério.

#### **IV.3.4. Nas circunstâncias atuais, a medida menos lesiva não é suficiente para o fim perseguido**

Contudo, a questão ainda pendente no âmbito da proporcionalidade consiste em analisar se a sujeição à AIA é suficiente para alcançar o fim pretendido. No direito interno subsistem interrogações sobre se o que se sujeita é a concessão dos títulos de mineração ou de todos e cada um dos projetos concretos que se proponham a realizar durante a vigência de tais licenças ou concessões de domínio público<sup>41</sup>. Também requer uma análise atenta a articulação das declarações de impacte ambiental favoráveis com os demais controlos preventivos concorrentes sobrepostos. Particularmente duvidoso é determinar se é aqui inteiramente aplicável o estatuto jurídico dos produtores de resíduos perigosos<sup>42</sup>. Mas, sem necessidade de entrar por agora nestes detalhes internos, as mais recentes disposições europeias demonstram que a AIA não é suficiente sequer para afastar os riscos ambientais conhecidos do *fracking*.

De facto, a Recomendação 2014/70 reconhece a excecionalidade do juízo de proporcionalidade. No estado atual do conhecimento e da técnica, diz, “não se dispõe de experiência”. “A legislação vigente da União”, continua, “não aborda [o problema] de forma global”. E impõe “deveres”, como o “estudo de situação inicial”, a “avaliação de riscos” ou a “monitorização”

<sup>39</sup> Inclusive com indícios de fragmentação fraudulenta, como demonstra MOREU CARBONELL, op. cit. pp. 35-39.

<sup>40</sup> O que tem feito, realmente, pese embora os Anexos I e II da Diretiva não tenham sido modificados nem sequer pela recente Diretiva 2014/52/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Abril de 2014, a qual modifica a Diretiva 2011/92/UE, relativa à avaliação das repercussões de determinados projetos públicos e privados sobre o meio-ambiente.

<sup>41</sup> Depois de considerar a alternativa, opta pela segunda opção: QUINTANA LÓPEZ, op. cit., pp. 129-132.

<sup>42</sup> Pelo jogo de remissões entre a Lei 22/2011, de 28 de Julho, de resíduos e solos contaminados (LRSC) e o Decreto Real 975/2009, de 12 de Junho, sobre a “gestão dos resíduos de indústrias extrativas e de proteção e reabilitação do espaço afetado por atividades mineiras”. Do âmbito de aplicação deste exclui-se a “extração e aproveitamento de hidrocarbonetos”: QUINTANA LÓPEZ, op. cit., pp. 180-182.

que talvez pudesse ser integrado sem problemas no procedimento da AIA. Mas também outros que, atualmente, a Espanha ainda não cumpre. Alguns requerem nova legislação ainda pendente<sup>43</sup>. Entre todos esses deveres existem dois especialmente relevantes:

- o primeiro é o de “preparar uma avaliação ambiental estratégica” (AAE) antes de conceder autorizações de *fracking*. Isto é importante porque a AAE de planos e programas, que é prévia às AIAs posteriores de cada projeto, não pode limitar-se a identificar e corrigir impactes. Deveria valorizar a sustentabilidade, nos termos acima sugeridos, das previsões do plano. A este respeito, entre os planos e programas sujeitos à AAE figuram os relativos à atividade mineira e energia<sup>44</sup> (artigo 6 LEA). Mas esses não são os únicos planos que podem ter relação com o *fracking* e que haveriam que se rever se, como parece, não o tivessem presente na sua respetiva aprovação. Por exemplo, por acaso ter-se-á contemplado a futura procura de água para o *fracking* nos planos hidrológicos vigentes?

- o segundo refere-se à exigência de “responsabilidade ambiental e garantia financeira”. “Os Estados-Membros”, diz a Recomendação, “devem aplicar as disposições sobre a responsabilidade ambiental a todas as atividades realizadas no local de uma instalação, incluindo as que atualmente não são abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/35/CE”. Relativamente às atividades desenvolvidas *offshore*, está sujeito por previsão expressa da Diretiva 30/2013, que deve ser incorporada no ordenamento jurídico interno. Mas em terra, apenas cumpre entender como incluídas, na medida em que estão sujeitas à autorização ambiental integrada, as atividades de gestão de resíduos [Anexo III.14 da Lei 26/2007, de 23 de outubro, da responsabilidade ambiental – responsabilidade medioambiental (LRM)]<sup>45</sup>. Não abrange os danos ambientais que possam produzir-se nas fases prévias da atividade que são, precisamente, as mais preocupantes.

Em suma, não basta sujeitar o *fracking* à AIA para poder considerar que tenha sido objeto de uma regulação completa. Resulta assim que a medida menos gravosa não é idónea para alcançar o fim pretendido nem teria intensidade suficiente contra a gravidade da situação. São muitos os fatores que obrigam a reconsiderar a abordagem tradicional do juízo de proporcionalidade deste tipo de medidas. Um juízo que atualmente deve realizar-se em circunstâncias jurídicas verdadeiramente excecionais. A resultar favorável à proibição, não é absolutamente irreversível.

## V. Recapitulação

Ainda não se podem obter conclusões definitivas. No plano político, a unanimidade inicial contra o *fracking* foi-se perdendo ainda à custa de incoerências especialmente visíveis nos dois grandes partidos de âmbito estatal. Não parece que as suas posições possam escudar-se em barreiras jurídicas intransponíveis. Neste outro plano, o debate doutrinal sobre o *fracking* encontra-se, todavia, num estado incipiente. Na contribuição melhor documentada até ao

<sup>43</sup> Sem ânimo de exaustividade, a Recomendação exige “normas claras” sobre possíveis restrições da actividade, sobre distâncias mínimas relativamente a zonas residenciais e de proteção das águas, limitações em relação com a profundidade mínima respeitante às águas subterrâneas ou velar pela coordenação das condições e dos procedimentos para a obtenção de autorizações. Também exige zelar para que os operadores utilizem as melhores técnicas disponíveis, pelo uso responsável dos recursos hídricos, controlo das substâncias químicas empregues tendo em conta a capacidade para tratar dos fluidos que emergem, etc...

<sup>44</sup> A.M. RUIZ DE APODACA, “La planificación energética y su sometimiento a evaluación ambiental estratégica”, Revista Catalana de Dret Ambiental, Vol. I-Núm. 1 (2010).

<sup>45</sup> QUINTANA LÓPEZ, op. cit. p. 204.

momento havia-se sugerido a necessidade de mais estudos e a conveniência de estabelecer uma moratória até que um quadro europeu de atuação seja fixado<sup>46</sup>. Agora que esse quadro já existe, aquela opinião continua válida com um novo horizonte temporal: pelo menos até que sejam incorporadas no ordenamento jurídico interno pelos requisitos correspondentes da Diretiva 30/2013 para o *fracking offshore* as orientações da Recomendação 2014/70 para o restante. Ou melhor, até que se obtenham os resultados da avaliação ambiental estratégica pendente. Entretanto, observa-se que algumas críticas das proibições legais tratam as Comunidades Autónomas como se carecessem de Poder legislativo, e pretendem sujeitá-las a um teste de proporcionalidade rudimentar sem que o *fracking* tenha enfrentado sequer o teste prévio de sustentabilidade que a AAE deveria supor.

**Palavras-chave:** desenvolvimento sustentável. Regime mineral e energético. Hidrocarbonetos não convencionais. Fratura Hidráulica. Ordenamento do Território, prevenção e precaução ambiental.

*René Javier SANTAMARÍA ARINAS*

*Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade de La Rioja*

<sup>46</sup> MOREU CARBONELL, op. cit. p. 40.