

Constituição e “Tempo Ambiental” *

RESUMO

Fala-se hoje, na literatura juspublicística, de “tempo procedimental justo”. Pretende-se, com este tópico, avançar sugestões no sentido da aceleração dos procedimentos administrativos ambientalmente relevantes. Existem, contudo, objecções jurídico-constitucionais. Elas prendem-se com os princípios da igualdade, da imparcialidade e da legalidade, bem como o princípio da separação de poderes.

Parte I

Direito constitucional e “tempo ambiental”

1. Um novo tópico: tempo procedimental ambiental

O direito público do ambiente parece ter encontrado nos tempos mais recentes um novo tópico: o *tempo justo* ou a *duração justa* dos procedimentos administrativos ambientalmente relevantes. Este tema parece ser mesmo um problema obsidiante dos juspublicistas e jusambientalistas nos últimos tempos. O problema da aceleração e do ritmo dos procedimentos e processos com relevância ambiental é agitado sob diversos pontos de vista. Alguns invocam a necessidade de adaptação dos procedimentos da administração ao ritmo da economia e da sociedade. Outros lembram o velho aforismo de que tempo é dinheiro, mesmo em matérias do ambiente, numa economia globalizada. Outros, ainda, ousam remar contra a maré da velocidade e lembram que a solução dos problemas – desde logo do ambiente – exige um tempo de maturação rebelde a pressas e eficiências. A problemática do *tempo justo* nos procedimentos ambientais – a começar pelos procedimentos administrativos, passando pelos legislativos e terminando nos processos judiciais –, é, pois, o tema do momento. Um relance de olhos por algumas obras e artigos da última década revela a curiosidade científica dos jusambientalistas em torno da *temporalidade procedimental*. Vejamos alguns dos momentos relacionados com o objecto do presente estudo.

* Aula proferida no âmbito do Curso do CEDOUA 1998/99.



2. O topos: o tempo é dinheiro

“O tempo é dinheiro” já o sabíamos. No domínio dos procedimentos públicos em geral e dos procedimentos ambientalmente relevantes em particular, a dimensão justa do tempo procedimental convoca três ideias basilares: (1) a duração de um procedimento é um *factor de localização* de actividades económicas; (2) a duração do procedimento é um método de *internalização* dos custos sociais; (3) a duração do procedimento provoca *custos sociais de oportunidade*. No seu conjunto, estas três ideias insinuam claramente que se a duração dos procedimentos ambientalmente relevantes se reconduz a um *problema de optimização de recursos*, ela também pode ter incidências de cariz jurídico-constitucional. Se não vejamos...

3. Tempo e funções procedimentais

Tomemos como exemplo o procedimento de instalação de uma central de resíduos tóxicos. A demora do procedimento – a começar logo pelo procedimento autorizativo – está intimamente ligada às funções de um procedimento com estas características. Individualizemos algumas: obtenção de decisões materialmente justas, concretização dos pressupostos da autorização, apreciação cautelosa dos pedidos minimizando os riscos de investimento, realização e harmonização dos direitos procedimentais e de outros direitos fundamentais, ponderação cuidadosa conducente a decisões o mais possível inatacáveis perante os tribunais, “efeito catequizador” do procedimento relativamente à aceitação das indústrias ou actividades a localizar. Tudo isto requer atenção e tempo, o que nem sempre é tido na devida conta em face das pressões económicas e da pressa dos interessados. Como acudir à pressa dos interessados sem postergar dimensões fundamentais do estado de direito democrático?

A primeira resposta orienta-se para uma tendencial “agilização” dos procedimentos autorizativos. Seria, por exemplo, o caso de substituir o procedimento de autorização prévia por um procedimento de prova, compromisso e aviso. Seria também a hipótese de limitarmos a obrigatoriedade da autorização apenas quanto à laboração industrial, passando uma licença rápida, embora provisória, da construção do estabelecimento industrial. As objecções a tais pressas são fáceis de intuir. A primeira levar-nos-á a perguntar se a “agilização” procedimental não significará, em alguns casos, uma declinação do dever jurídico-constitucional de protecção do Estado relativamente aos interesses públicos e aos direitos fundamentais dos cidadãos. Em segundo lugar, as “facilidades administrativas” carecem de base legal e, na ausência de claras indicações legais, poderemos ficar enredados em sérios problemas de regulação. Acresce que, perante a crescente imposição preventiva e garantística das directivas comunitárias, a postergação de algumas formalidades podem equivaler, no fundo, à violação do próprio direito comunitário. É certo que alguma coisa se pode fazer em termos de aceleração procedimental sem afrontar excessivas regras e princípios do nosso estado de direito democrático e ambiental. Pense-se, por exemplo, nas vantagens da “concentração” do procedimento autorizativo, coordenando todos os procedimentos paralelos e assegurando uma decisão única, fundamentada, informada e não contraditória. De qualquer modo, 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. Não é mesmo de afastar a preclusão, de facto e *de jure*, da possibilidade de oposição democrática a projectos ambientalmente relevantes com riscos elevadíssimos para determinadas comunidades.

4. *Propostas de aceleração*

Perante as reais demoras de muitos procedimentos administrativos autorizativos, às quais não é alheia a eventual falha de legitimação para adoptar procedimentos rasgadamente inovadores, não faltam propostas tendentes a conseguir mais eficácia e menos dilações. Certos empreendimentos, como os da “Expo” e da “Walt-Disney”, exigirão mesmo a substituição de decisões administrativas assentes num procedimento administrativo por decisões parlamentares ou governamentais em que as autorizações são obtidas através da forma de acto legislativo ou até com base em simples resoluções do parlamento.

A tese anterior que podemos ver desenvolvida entre outras, por Bullinger aponta várias vantagens a esta deslocação das instâncias procedimentais. Haveria um encurtamento do procedimento licenciador/planeador, diminuiria os riscos de anulações judiciais e potenciaría a aceitação pública derivada da legitimação democrática do parlamento. Bastam, porém, alguns momentos de reflexão para ver as dificuldades suscitadas por estas sugestões. Desde a incapacidade técnica e funcional do parlamento até à duvidosa maior aceitabilidade do projecto, o que mais ressalta são as ponderosas objecções jurídico-constitucionais. Promiscuidade das competências legislativa e executiva, abuso da forma, desvio das funções do Estado, diminuição da protecção jurídica efectiva. Globalmente consideradas, as críticas apresentam-se sérias. Isso não impede que algumas propostas tenham tentado torner o obstáculo. Referimo-nos à substituição de decisões administrativas por decisões políticas do governo sob a forma de decretos-lei. A estas propostas de “aceleração” outras se acrescentam. Consagrar procedimentos de urgência, de natureza facultativa, requeridos pelos interessados e reservar um largo espaço à simplificação procedimental através da negociação. Um exemplo reiteradamente mencionado é o do *Project-Manager*. Quer se trate de um responsável hierarquicamente superior quer de uma entidade privada nomeada para o efeito (delegado, comissário) tratar-se-ia de eleger um responsável pela direcção dos projectos, com largo espaço ou folga de decisão, dotado de competências e responsabilidades exclusivas.

Tal como acontecia com outras sugestões, também aqui a aceleração se defronta com travões jurídico-constitucionais e jurídico-legais. Desde logo, coloca-se na disponibilidade financeira do requerente o andamento do procedimento e corre-se o risco de violar seriamente o princípio da igualdade e da imparcialidade da administração. É visível, também, uma deslocação do problema para os terrenos político-constitucionais. Os procedimentos tradicionais implicam *mais Estado*; agora refere-se a alternativa de *menos Estado*. A possibilidade de escolha entre “procedimento administrativo normal” e “procedimento administrativo urgente” ou entre “correio normal” e “correio expresso”, bem como o recurso do *Management-Project*, não respondem a uma questão crucial: quem paga a “aceleração procedimental”.

5. *Determinantes jurídico-políticos da duração de procedimentos ambientalmente relevantes*

Os argumentos e contra-argumentos esboçados nos pontos antecedentes justificam uma breve suspensão reflexiva. Parece líquido que o problema da durabilidade temporal dos procedimentos ambientalmente relevantes envolve perspectivas múltiplas. Em primeiro lugar, uma *perspectiva económica*: o ambiente não pode impedir a criação e desenvolvimento de uma ordem económica eficiente. Depois, uma *perspectiva ecológica*: os procedimentos ambientalmente relevantes estão

teleologicamente vinculados à auto-sustentabilidade do sistema ecológico. Por fim, uma *perspectiva sociológica*: o balanceamento de interesses nos procedimentos ambientais deve preocupar-se com a paz social e harmonização de conflitos.

As três perspectivas agora focadas permitem analisar o primeiro *topos* – tempo é dinheiro. A demora das autorizações, licenças e concessões influem sobre o ritmo da actividade económica. Por outras palavras: a duração do procedimento de autorização pode considerar-se como elemento de atractividade local. Do mesmo passo, a justiça temporal do procedimento não pode divorciar-se do facto de uma demora excessiva transportar uma alta probabilidade de danos e riscos ambientais. Finalmente, a duração do procedimento pode implicar custos sociais de oportunidade, pois a eventual dilação do procedimento é susceptível de arrastar a solução de outros problemas com eles relacionados. Como, então, responder às exigências atrás mencionadas da redução de alguns trâmites procedimentais?

a) Procedimentos sem procedimento formal de participação pública

Vários quadrantes políticos e sociais sugerem que a magreza da participação pública nos procedimentos ambientalmente relevantes deveria traduzir-se na eliminação do procedimento formal dessa participação. Todavia, se os procedimentos com relevância ambiental têm, em geral, efeitos significativos em relação a terceiros, daí resulta que os direitos destes não podem ser protegidos sem informação recíproca, comunicação, transparência, procura de consensos e legitimação democrática. É precisamente este o objectivo básico da audiência pública. Diferente deste problema é o de saber quando é que o direito de participação no procedimento se traduz num verdadeiro direito fundamental.

b) Atenuação da “prova” e transferência do ónus de prova

Tem-se dito e escrito: a administração demora na elaboração de relatórios periciais. A verificação deste défice legitimaria a transferência do “ónus” de avaliação e de controlo para peritos externos. Isto justificar-se-ia não apenas quando a administração revela escassez de meios, mas também quando os peritos privados estão em melhores condições para desempenhar esse papel (mais recursos, trabalho mais rápido e eficaz). O “modelo de avaliação e controlo privado” não é totalmente desconhecido, mas uma coisa é solicitar o saber dos privados e outra, muito diferente, transferir para os privados tarefas básicas do Estado. A confusão de autoridades administrativas e de titulares de empreendimentos pretende, é certo, reforçar a cooperação de ambos os protagonistas nos projectos ambientalmente relevantes. Mas as dúvidas são legítimas: a celeridade vale mais do que o controlo dos pressupostos dos actos autorizativos? A diminuição da publicidade procedimental em nome de uma mais estreita colaboração da administração com o investidor não diminuirá concomitantemente a confiança pública em que os poderes administrativos se assumem como portadores de verdadeiros interesses públicos? Se a administração deixar de ser, em primeira linha, uma instância de controlo dos pressupostos do acto administrativo para se tornar amiga do investidor, não implicará isso que os tribunais passem a ser obrigados a intensificar o controlo judicial relativamente aos actos administrativos de licenciamento? A transferência da avaliação pericial e do controlo da entidade administrativa para os privados não implicará uma deslocação definitiva dos saberes ambientais para o círculo dos investidores privados, com a completa dependência dos interesses públicos subjacentes aos actos de licenciamento?

Menos Estado, apesar de tudo, dizem alguns. Perante as objecções acabadas de assinalar aos processos de aceleração (autorização em forma de lei, “managers” administrativos, mediadores de conflitos), a pergunta que se poderá fazer é esta: não será desejável uma redução do *engagement* dos poderes públicos? Eis algumas sugestões.

a) Separação clara dos âmbitos de responsabilidade dos investidores privados e das entidades licenciadoras

As autoridades deveriam limitar-se ao controlo inerente aos actos autorizativos. Procurar o local de estabelecimento, apresentar e desenvolver um projecto susceptível de autorização, clarificar as questões suscitadas pelo cumprimento das exigências legais, isso tudo seria sempre tarefa das entidades privadas.

b) Substituição da fixação dos planos a favor de uma autorização

Foi já sugerido que a “aceleração do procedimento” optasse por um menor compromisso das autoridades substituindo procedimentos complexos por procedimentos marcadamente influenciados pela redução da complexidade. Assim, por exemplo, em algumas estações de tratamento de resíduos poderia ser aconselhada a substituição do procedimento longo da fixação do plano por um acto autorizativo de controlo. Nesta linha compreende-se que a *Investitionserleichterung – und Wohnbaugesetz*, de 22-4-93, tenha estabelecido a obrigatoriedade do procedimento planificador destinado ao licenciamento de uma estação de depósito de resíduos mas não para a respectiva actividade de tratamento.

c) Dispensa de autorização dos investimentos no caso de recuperação ambiental

Casos haverá em que o procedimento planificador pode ser simplificado através da própria dispensa de investimentos desde que haja soluções alternativas igualmente eficazes. É o caso dos investimentos de redução de resíduos em que se pode seguir um dos dois modelos: (1) ou se opta por alterações do equipamento de estabelecimentos já instalados de forma a conseguir-se uma redução assinalável de resíduos; (2) ou se opta por nova instalação substitutiva do anterior estabelecimento considerado gravemente poluente. No primeiro caso poupa-se dinheiro; no segundo exigem-se compensações financeiras. Em qualquer dos modelos, tende-se para um *contrato*: de recuperação ou de implantação. Embora a negociação não seja de excluir, pergunta-se: as negociações dirigem-se à clarificação do se ou à determinação do preço? As compensações para a nova implantação são para quem? Para o município? Para as pessoas afectadas?

Parte II

Case Study: instalação das estações de tratamento de resíduos

ADR (*Alternative Dispute Resolution*), LULU (*Locally unwanted land use*), NIMBY (*Not in my back-yard* ou princípio de São Floriano) parecem siglas de códigos secretos. Inserem-se, porém, na problemática do tempo procedimental e procuram dar resposta aos problemas de resolução dos conflitos ambientais. Na verdade, quanto mais os clássicos mecanismos de decisão e resolução dos conflitos de direito ambiental se revelam custosos e difíceis, demorados e ineficientes, tanto mais se procuram, intensivamente, possibilidades alternativas para evitar discussões e acelerar decisões. É neste contexto que se situa o problema da resolução de conflitos através de *arranjos* entre as autoridades e os particulares. As fórmulas da doutrina estrangeira são numerosas e sugestivas: *Alternative Dispute Resolution*, *Plea Bargaining*, *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, *Hausbandeln statt Entscheidungen*.

A possibilidade destes arranjos informais para resolver conflitos não tem deixado de merecer críticas. Critica-se – e bem – a aceitação de procedimentos informais quando se trata de fugir ao controlo dos pressupostos materiais de licenciamento. Muitas vezes, os próprios arranjos não têm em conta as

competências – constitucionais e legais – de outras entidades que, em virtude da sua responsabilidade política em relação aos assuntos em causa, não podem deixar de ter uma intervenção activa. Não é por acaso que se procura limitar as competências municipais a fim de evitar que os municípios recorram ao *instrumentarium* jurídico para impedir a implantação de estações de tratamento de resíduos. O receio de utilização dilatória dos instrumentos jurídicos leva os agentes à procura de instrumentos económicos compensadores, destinados, precisamente, a compensar as desvantagens resultantes da implantação de uma estação de tratamento de resíduos.

Apreciemos estes instrumentos. Relativamente aos arranjos informais, eles são susceptíveis de ter efeitos perversos, pois podem conduzir os municípios e as associações de defesa do ambiente à exaustão dos recursos jurídicos para impedir o projecto, ao mesmo tempo que não se preclui a contestação judicial por parte de terceiros. Quanto aos instrumentos económicos, os *pacotes de compensação* – outras estações de tratamento, ecrãs arbóreos, garantia dos preços dos terrenos, financiamento de jardins-de-infância, arranjo de estradas, criação de postos de trabalho – ,têm sempre de se confrontar com a chamada *win-win situation*. O negócio e a negociação entre partes autónomas e racionais pressupõe, em rigor, que através dos arranjos se chegue a uma situação que subjectivamente é mais favorável do que a alternativa da não conclusão. Qual a melhor alternativa para uma solução negociada? (BATNA – *Best alternative to a negotiated agreement*?) Uma coisa temos por certa: o princípio democrático do Estado Ambiental imporá negociações com as populações, associações de interesses e outros interessados para aumentar a aceitação e diminuir as questões litigiosas. Exigirá, sobretudo, negociações com os representantes dos residentes no local de implantação e outras circunscrições vizinhas. Algumas vezes, os canais de negociação terão de passar por um procedimento neutral de mediação e controlo de todo o processo de implantação.



(José Joaquim Gomes Canotilho)

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra