

RevCED^{UA}

N.º 33 _ Ano XVII _ 1. 14

> Doutrina

O debate jurídico sobre o fracking em Espanha

René Javier Santamaría Arinas

O regime das emissões industriais — reflexos no procedimento administrativo da legislação nacional do ambiente

Sofia Sá

"Prevenção de riscos tecnológicos e tutela da invenção: um equilíbrio (in)sustentável?"

Rita Maurício

Responsabilidade contra-ordenacional ambiental

Edward Aguiar de Andrade

(Pre)ensões sobre o mar rumo a uma global governance dos oceanos?

Ary Ferreira da Cunha

> Jurisprudência

Era uma vez a capacidade de construir... E a "justa" indemnização!

Carlos José Batalhão

> Recensões

Social-ecological resilience and law

Tiago de Melo Cartaxo

Droit nucléaire - Démocratie et nucléaire, sous la direction

Carlos Sérgio Madureira Rodrigues

> Dossier

Educação ambiental e urbana para o desenvolvimento sustentável

Alexandra Aragão

Fernanda Paula Oliveira

Alice Sobral Conde

> Abstracts

> Últimas Aquisições Bibliográficas

33.

RevCED'ÖUA



Ficha Técnica

Diretor

José Joaquim Gomes Canotilho (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Diretora Adjunta

Alexandra Aragão (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Conselho Coordenador

Fernanda Paula Oliveira (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

José Eduardo Figueiredo Dias (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / Faculdade de Direito da Universidade de Macau)

Licínio Lopes Martins (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Conselho Científico

Alessandra Sandulli (Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre)

António Barbosa de Melo (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Antônio Herman Benjamin (Superior Tribunal de Justiça do Brasil)

Fernando Alves Correia (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Jacqueline Morand-Deville (Université Panthéon-Sorbonne)

José Cardoso da Costa (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

José Casalta Nabais (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

José Rubens Morato Leite (Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina)

Lüdwig Kramer (European Commission, Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht, Universität Bremen)

Manuel Lopes Porto (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)

Maria da Glória Garcia (Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)

Martín Bassols Coma (Universidad de Alcalá de Henares)

Propriedade e Edição

CEDOUA - Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Correspondência

CEDOUA - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / 3004-545 COIMBRA

Tel.: 239833451/239834572 / Fax: 239826481

rcedoua@fd.uc.pt | www.cedoua@fd.uc.pt

Periodicidade

2 números / ano

Ano de Publicação

2014

Número Avulso

14,66 Euros - IVA incluído

Capa e Arranjo Gráfico

www.ruiverissimodesign.com

Impressão e acabamentos

Norprint Artes Gráficas S.A.

Assinaturas e Distribuição

Livraria Almedina

Tiragem

400 Ex.

› Doutrina

- › 9 O debate jurídico sobre o fracking em Espanha
René Javier Santamaría Arinas
- › 25 O regime das emissões industriais — reflexos no procedimento administrativo na legislação nacional do ambiente
Sofia Sá
- › 33 "Prevenção de Riscos Tecnológicos e Tutela da Invenção: Um equilíbrio [in]sustentável?"
Rita Maurício
- › 49 Responsabilidade Contra-Ordenacional Ambiental
Edward Aguiar de Andrade
- › 65 (Pre)tensões sobre o Mar Rumo a uma global governance dos Oceanos?
Ary Ferreira da Cunha

› Jurisprudência

- › 83 Era uma vez a capacidade de construir... E a "justa" indemnização!
Carlos José Batalhão

› Recensões

- › 111 Social-Ecological Resilience and Law
Tiago de Melo Cartaxo
- › 119 Droit Nucléaire - Démocratie et nucléaire, sous la direction
Carlos Sérgio Madureira Rodrigues

› Dossier

- › 125 Educação ambiental e urbana para o desenvolvimento sustentável
Alexandra Aragão
Fernanda Paula Oliveira
Alice Sobral Conde

› 137 › Abstracts

- › 143 › Últimas Aquisições Bibliográficas

LANÇADORES DE ALERTA

Eis uma boa formulação linguística da nova narrativa ambiental. A RevCedoua volta a preocupar-se com a educação ambiental e urbana para o desenvolvimento sustentável. Pede-se aos cidadãos que sejam “guardiães do património comum”, tanto natural como construído. Releva-se o papel dos cidadãos como “defensores anónimos do ambiente”. Define-se o regime dos “lançadores de alerta”, incentivando os cidadãos a dinamizarem as precauções e prevenções relativamente a riscos graves para a saúde e o ambiente. O chamamento ao reforço da cidadania ambiental e urbana parece recorrer a estilos narrativo-retóricos pouco consentâneos com a liquidez consumista da época pós-democrática. Vale a pena insistir nas novas responsabilidades sociais. Não se trata de inventar “cidadãos-novos”. Pretende-se, isso sim, dar positividade a novas capacidades e a novos compromissos dos actores sociais. Talvez a educação ajude a compreender que os próprios problemas políticos podem exigir novos caminhos. Por que não uma reforma fiscal que deixe de onerar o factor trabalho e imponha tributos à utilização abusiva de recursos? Porque não a incidência tributária acrescida em publicidades “consumidoras” de recursos naturais? O pioneiro da ecologia Schmidt Bleck lança este aviso perante os “embustes verdes” (Friederich Schmidt Bleck, “Grüne Lügen”, München, 2014). Mais educação e saber a bem da sustentabilidade!

Coimbra, Junho de 2014



(José Joaquim Gomes Canotilho)

RevCED'00UA

Doutrina

O debate jurídico sobre o fracking em Espanha¹

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”². 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 técnica³. 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-

¹ 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.

² COM(2014) 23 final, p. 6.

³ 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”⁴.

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”⁵. Assim o recorda oportunamente a Comissão ao finalizar a sua mais recente comunicação a este respeito⁶. “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

⁴ 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”.

⁵ 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.

⁶ 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 Cantabria⁷. 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 Europeia⁸. 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,

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

⁸ 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 aplicação⁹.

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)¹⁰. 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).

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

¹⁰ 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 suspensas¹¹.

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”¹². 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”¹³. 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 favor¹⁴ 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 impugnação¹⁵.

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

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

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

¹³ 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”.

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

¹⁵ 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 articulado 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”¹⁶.

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”¹⁷. 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”.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.¹⁸.

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 Autônomas se encontram na mesma situação¹⁹. Contudo, a regulação catalã também vai a caminho do Tribunal Constitucional²⁰.

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”²¹. 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”.

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

¹⁹ 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.

²⁰ Resolução de 21 de Abril de 2014 publicada no BOE de 12 de Maio de 2014.

²¹ 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 artigo²² 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 constitucional²³.

- 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 CO₂, 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.

²² Refere-se às licenças de exploração, de investigação e concessões de exploração de hidrocarbonetos.

²³ 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 *cuya regulación é da competencia 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 especifica “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”²⁴.

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 legislador²⁵. 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 jurídica²⁶. 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 confiança²⁷. No caso que agora se aborda, seria exaustivamente distinto se se entendesse que conduz a uma operação materialmente expropriatória²⁸. A jurisprudência constitucional admite, ainda que com crescente restrições,

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ PÉREZ AYALA, op. cit., p. 367.

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

²⁸ 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 lei²⁹. 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 regule³⁰. 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.

²⁹ 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.

³⁰ 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” (FJ6º). 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 Brundtland, de 1987³¹, 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)³². 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 Tratados³³.

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 justificada³⁴. 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”³⁵.

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

³² 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.

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

³⁴ 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.

³⁵ 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, Tirran 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 durável³⁶.

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

IV.3.3. A sujeição do *fracking* à avaliação de impacto 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”³⁷.

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 precaução³⁸. Em França não foi assim. Ali

³⁶ 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.

³⁷ PÉREZ DE AYALA, op. cit. p. 365.

³⁸ 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 sujeição³⁹. As proibições regionais têm servido, pelo menos, para que a legislação estadual tenha melhorado neste aspeto⁴⁰. 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 público⁴¹. 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 perigosos⁴². 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”

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

⁴⁰ 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.

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

⁴² 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 pendente⁴³. 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 energia⁴⁴ (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)]⁴⁵. 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

⁴³ 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...

⁴⁴ 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).

⁴⁵ 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 fixado⁴⁶. 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 Autônomas 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

⁴⁶ MOREU CARBONELL, op. cit. p. 40.

O regime das emissões industriais – reflexos no procedimento administrativo da legislação nacional do ambiente

Resumo

O regime jurídico publicado no Decreto-Lei nº 217/2013 de 30 de Agosto é assumidamente um dos diplomas mais relevantes no panorama da legislação do ambiente. Abrange cerca de 2.200 instalações a nível nacional e introduz instrumentos inovadores de simplificação, desburocratização e celeridade administrativa empregando meios prévios no início do procedimento administrativo e mecanismos electrónicos de emissão de licença e controlo da actividade licenciada.

Pretende-se com estas regras tornar mais eficiente e efectiva a aplicação do regime jurídico das emissões industriais alcançando-se um nível de protecção elevado do ambiente no seu todo.

1. Introdução

O decreto-lei nº 127/2013 publicado a 30 de agosto é assumidamente um dos diplomas relevantes no panorama da legislação do ambiente. Trata-se de um regime transversal aplicável às actividades industriais que geram emissões poluentes com impactos significativos no ambiente.

De raiz europeia, como o são a maioria os diplomas legais nacionais de ambiente, este regime de emissões industriais é aplicável à prevenção e ao controlo integrados da poluição, estabelecendo as regras por forma a evitar e ou reduzir as emissões para o ar, a água e solo a par da produção de resíduos com o fim de alcançar um elevado nível de protecção no ambiente, no seu todo.

É um diploma extenso cuja matéria se articula por cento e vinte artigos e oito anexos, constituindo o resultado da transposição da directiva nº 2010/75/eu do parlamento europeu e do conselho de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição) designada por “directiva das emissões industriais” (dei). Nesta directiva conciliam-se cinco outras directivas, que respeitam a matérias relativas à prevenção e controlo integrados da poluição (pcip)¹ às grandes instalações de combustão (gic)², instalações de incineração³, compostos orgânicos voláteis (cov)⁴ e dióxido de titânio, respectivamente. Esta reforma estrutural e procedimental da qual foi objecto, encerra importantes conclusões ao nível da aplicação nos estados membros, dos regimes jurídicos sectoriais e em especial do regime de prevenção e controlo integrados da poluição.

¹ Directiva nº 2008/01/CE de 15 de Janeiro.

² Directiva nº 2000/80/CE de 4 de Dezembro.

³ Directiva nº 2000/76/CE de 4 de Dezembro.

⁴ Directivas nºs 78/176/CEE de 20 de Fevereiro, 82/883/CEE de 3 de Dezembro e 91/112/CEE de 12 de Fevereiro.

Este inovador instrumento foi instituído pela directiva nº 96/61/ce do conselho de 24 de setembro⁵ (pcip) que tinha como objectivo efectuar uma abordagem integrada do controlo da poluição, prevenindo as emissões para o ar, água e solo, mas também a redução da produção de resíduos e quando tal não fosse possível, garantir a minimização da poluição de forma a alcançar-se um nível elevado de protecção do ambiente no seu todo.

Esta abordagem que esteve vigente durante catorze anos, manteve-se na actual directiva das emissões industriais (dei), por se julgar a mais adequada aos princípios prosseguidos pela política da união europeia no domínio do ambiente estabelecidos no nº 2 do artigo 191º do tfeu⁶ por forma a garantir um elevado nível de protecção do ambiente e a aplicação do princípio da prevenção e do princípio do poluidor pagador.

Os pressupostos estabelecidos no nº 3 deste normativo, designadamente os dados científicos e técnicos, as condições do ambiente nas diversas regiões da união, as vantagens e os encargos que podem resultar da actuação ou ausência de actuação, o desenvolvimento económico e social da união no seu conjunto e o desenvolvimento equilibrado das suas regiões, são tomados em conta e determinam a criação de medidas legislativas ou a sua alteração.

2. O contexto sobre a alteração da directiva pcip

Sabemos que actividades industriais desempenham um inelutável papel no bem-estar social e económico na europa, contribuem para a sustentabilidade do crescimento e para a criação de postos de trabalho. Contudo, são instalações que provocam um impacto significativo no ambiente em razão das actividades desenvolvidas.

As maiores instalações industriais, segundo dados da comissão são responsáveis por uma parte considerável das emissões totais dos principais poluentes atmosféricos; 83% no caso do dióxido de enxofre (so₂), 34% nos do óxido de azoto (nox), 43% no caso das poeiras e 55% no dos compostos orgânicos voláteis (cov), para além de outros impactos, ao nível das emissões para o meio aquático e solo, sendo também responsáveis por uma significativa produção de resíduos e consumo de energia⁷.

Todavia, a legislação europeia tem reagido de forma expressiva, por via do controlo dessas actividades, impondo determinados valores limite de emissão, critérios condicionantes ao licenciamento e recurso à implementação das melhores técnicas disponíveis (mtd).

Esta preocupação ao nível das emissões industriais esteve patente, logo a partir da década de 70 com a elaboração de várias directivas, as chamadas sectoriais, com disposições específicas dedicadas a certas actividades industriais. Em 1978 foi publicada a directiva sobre a produção de dióxido de titânio, em 1999 a relativa a compostos orgânicos voláteis e no ano 2000 as duas directivas respeitantes às grandes instalações de combustão e incineração.

Em 1996 é publicada a directiva relativa à prevenção e controlo integrados da poluição (pcip) que sendo transversal a vários sectores industriais, abrange actualmente cerca de 52.000 Instalações industriais de grandes dimensões na união europeia dos 27 estados membros⁸.

⁵ Tendo sido alterada pelas Directivas 2003/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Maio e pela Directiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Outubro. Foi posteriormente revogada pela Directiva nº 2008/1/CE de 15 de Janeiro.

⁶ Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de acordo com o Tratado de Lisboa.

⁷ Comunicação da Comissão ao Conselho ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico Social Europeu e ao Comité das Regiões. Aperfeiçoamento da política relativa à emissões industriais. COM (2007) 843 Final.

⁸ Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu. Relatório da Comissão sobre a aplicação da Directiva 2008/1/CE relativa à prevenção e controlo integrados da poluição e da Directiva 1999/13/CE relativa à limitação das emissões de compostos orgânicos voláteis resultantes da utilização de solventes orgânicos em certas actividades e instalações. Com/2010/0593 final.

A necessidade de alteração da directiva pcip surge a partir da avaliação da sua eficácia⁹ baseada nos resultados dos relatórios elaborados pelos estados-membros por força do seu nº 3 do artigo 17º nos termos dos quais, são transmitidas à comissão as informações decorrentes da sua aplicação.

É nestes termos que a comunicação da comissão em finais de dezembro de 2007 ao conselho, ao parlamento europeu, ao comité económico social europeu e ao comité das regiões,¹⁰ apresentou uma análise circunstanciada, relativamente à qualidade das licenças emitidas, aos regimes de licenciamento e execução adoptados pelos estados membros, tendo identificado cinco grandes áreas problemáticas:

Desde logo, se constatou a insuficiente aplicação das melhores tecnologias disponíveis (mtd)¹¹; que correspondem à fase de desenvolvimento mais eficaz e avançada das actividades e dos respectivos modos de exploração e demonstram 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 impacto no ambiente no seu todo¹². São técnicas mais eficazes, que as instalações industriais devem utilizar para atingir um nível geral elevado de protecção ambiental no seu todo, sendo desenvolvidas numa escala que possibilite a sua aplicação no contexto do sector industrial, em condições económica e tecnicamente viáveis.

Foram igualmente verificadas limitações em relação ao seu cumprimento e execução, o que gerou reflexos negativos ao nível da concorrência devido à grande variabilidade dos requisitos adoptados pelos sistemas jurídicos dos estados membros.

Concluiu-se por desnecessários, os encargos administrativos resultantes da complexidade e inconsistência do quadro normativo então vigente e pelo insuficiente âmbito de aplicação da directiva, bem como pela existência de disposições pouco claras susceptíveis de prejudicar a consecução dos objectivos estabelecidos nas estratégias temáticas da comissão¹³. Nessa mesma comunicação foram ainda mencionadas restrições à utilização de instrumentos mais flexíveis, como os sistemas de comércio de emissão nox (óxido de azoto) e so2 (dióxido de enxofre).

A identificação destas áreas problemáticas foi objecto de discussão profunda da comissão no contexto da avaliação sobre o impacto da revisão da directiva pcip tendo na sequência sido apresentado um pacote de medidas com base em duas iniciativas específicas: a revisão da legislação, visando a sua simplificação, clarificação e reforço a par da implementação de um plano de acção vocacionado para a sua aplicação e acompanhamento.

Sobre a revisão da legislação, apresentou-se como necessário a reformulação dos actos legislativos vigentes numa única directiva respeitante às emissões industriais. Como resul-

⁹ Os segundos relatórios dos Estados Membros à Comissão sobre a experiência de aplicação da Directiva IPPC abrangem o período 2003-2005. Foram analisados no contexto de um estudo externo (*"Analysis of Member States Second Implementation Reports on IPPC Directive"*, LDK-ECO).

¹⁰ COM (2007) 843 final de 21-12-2007.

¹¹ Entende-se por: «Técnicas» tanto as técnicas utilizadas, como o modo, como a instalação é projectada, construída, conservada, explorada e desactivada; «Disponíveis» as técnicas desenvolvidas a uma escala que possibilite a sua aplicação no contexto do sector industrial em causa, em condições económica e tecnicamente viáveis, tendo em conta os custos e os benefícios, desde que sejam acessíveis ao operador em condições razoáveis e por «Melhores» as técnicas mais eficazes para alcançar um nível geral elevado de protecção do ambiente no seu todo. Alíneas a), b) e c) do nº 12 do artigo 2º da Directiva 2008/1/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Janeiro de 2008 relativa à prevenção e controlo integrados da poluição.

¹² Directiva 2008/1/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 15 de Janeiro de 2008 relativa à prevenção e controlo integrados da poluição.

¹³ Estratégia Temática sobre Poluição Atmosférica de 21 de Setembro de 2005, Estratégia Temática sobre a Protecção do Solo, de 22 de Setembro de 2006 e Estratégia Temática sobre a Prevenção e Reciclagem de Resíduos de 21 de Dezembro de 2005, aprovadas na sequência da Decisão nº 1600/2002/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Julho de 2002, que estabelece o 6º Programa Comunitário de Acção em Matéria de Ambiente.

tado, a emissão de uma única licença configuraria num benefício para os estados membros de clareza, coerência e redução dos encargos administrativos desnecessários, quantificados entre 105 e 255 milhões de euros por ano.

Por seu turno, a clarificação do conceito de melhores tecnologias disponíveis (mtd) passou a ser condição relevante na alteração deste regime, devendo ser justificadas as decisões administrativas não baseadas nas mtd. Todavia, admitiu-se que a autoridade competente pudesse vir a definir valores limite de emissão (vle) menos rigorosos, no caso do operador demonstrar que a sua obtenção acarretaria custos desproporcionalmente elevados, face aos benefícios ambientais obtidos, num contexto de poluição não significativa.

O reforço da inspecção sobre a revisão das condições de licenciamento e a elaboração dos relatórios foi outra das medidas consideradas necessárias, para enfrentar a insuficiente aplicação da directiva pcip. A directiva das emissões industriais vem corresponder a essa necessidade ao estabelecer nos termos no seu artigo 23º a obrigação para os estados-membros de adoptarem um sistema de inspecção ambiental reforçado, aplicável a todas as instalações abrangidas.

No geral estas medidas foram consideradas na elaboração da directiva relativa às emissões industriais nº 2010/75/ce do parlamento europeu e do conselho de 24 de novembro, publicada a 17 de dezembro, que revogou a directiva pcip e estabeleceu o prazo transposição para os estados membros até 7 de janeiro¹⁴ de 2013.

3. O regime nacional das emissões industriais - rei

Portugal, transpôs esta directiva para a ordem jurídica nacional através da publicação do decreto-lei nº 127/2013 em 30 de agosto, associando também neste diploma, os regimes constantes no decreto-lei nº 173/2008 relativo à prevenção e controlo integrado da poluição (pcip), o decreto-lei nº 178/2003 sobre grandes instalações de combustão (gic), o decreto-lei nº 85/2005 respeitante à incineração de resíduos, o decreto-lei nº 242/2001 relativo a compostos orgânicos voláteis (cov) e a matéria relativa ao dióxido de titânio prevista na portaria nº 1147/94 de 28 de dezembro.

Este novo regime jurídico abrange a nível nacional cerca de 2.200 Instalações, das quais 1.417 Estão sujeitas ao regime constante na directiva cov, 755 sujeitas à directiva ippc, 23 à directiva relativa às grandes instalações de combustão e 17 sujeitas à directiva relativa à incineração e co-incineração¹⁵. Tal significa que, 755 são instalações sujeitas ao regime da pcip e as restantes 1.363 Encontram-se excluídas do seu âmbito de aplicação.

Portugal, apresenta as razões da alteração legislativa no decreto preambular do diploma, que baseando-se na necessidade de potenciar o investimento e desenvolvimento sustentável, corresponde com um quadro jurídico simplificado e um novo modelo procedimental de licenciamento e de responsabilização dos operadores económicos e demais intervenientes no processo.

A abordagem integrada num único diploma foi a solução adoptada para eliminar as dificuldades encontradas ao nível da dispersão da legislação do licenciamento e autorização, desarticulação de regimes, duplicação de informação a prestar pelo proponente, deficiente transparência na instrução e avaliação dos processos, com a consequente morosidade e multiplicação de licenças.

¹⁴ Artigo 80º da Directiva das Emissões Industriais (DEI)

¹⁵ Fonte: APA – Agência Portuguesa do Ambiente - Abril de 2013.

Correspondendo às orientações da união europeia, em particular no que respeita à desburocratização e redução dos encargos administrativos associados, o novo regime nacional sobre as emissões industriais, introduz as seguintes inovações:

- Emissão de uma “única licença” que incorpora as condições de exploração das instalações nos vários domínios ambientais, dando sequência à simplificação do licenciamento, conforme previsto nos seus artigos 6º e 11º;

- Constituição do “balcão único electrónico”, que compreende plataformas electrónicas para cada regime de licenciamento ou autorização, devendo assegurar a interoperabilidade com o portal do cidadão e da empresa. Este novo procedimento assegurará a tramitação processual do licenciamento entre o operador, o público interessado e as entidades competentes, criando a uma nova administração electrónica, em correspondência com o que se estabelece nos artigos 13º e 18º;

- Criação do “formulário electrónico” a partir do qual os operadores passarão a enviar à autoridade competente, a agência portuguesa do ambiente (apa) os relatórios, dados ou informações relativos à monitorização das emissões, conforme dispõe o artigo 14º;

- Intervenção de “entidades acreditadas” na instrução dos processos de licenciamento, desde que reconhecidas formalmente por organismo nacional de acreditação¹⁶ com competência para realizar actividades específicas no âmbito da instrução do procedimento de licenciamento, beneficiando o operador na redução dos prazos para metade, em conformidade com o artigo 16º e nº 3 do artigo 40º;

- Definição de “condições técnicas padronizadas” por tipo de actividade e ou por operação que constitua objecto de licença, autorização ou parecer nas áreas da respectiva actuação. Trata-se de regras vinculativas gerais baseadas nas mtd, aplicáveis às instalações previstas no anexo i do diploma, ficando do lado do operador o ónus pelo seu cumprimento mediante subscrição de termo de responsabilidade. Trata-se da concretização da figura da “licença padronizada” que dispensa a permissão administrativa nos termos regulados na alínea jj) artigo 3º e 8º;

- Intervenção obrigatória de “verificadores qualificados” que validam a informação de monitorização das emissões dos relatórios, dados ou informações para as instalações do anexo i em consonância com o artigo 17º;

- Apresentação de “relatório base” à apa antes do início da exploração ou na 1ª renovação da licença ambiental, alteração substancial ou actualização no caso da actividade envolver a utilização, produção ou libertação de substâncias perigosas, considerando o risco de poluição do solo e das águas subterrâneas no local da instalação, conforme dispõe o artigo 42º;

- Implementação de um “sistema reforçado de inspecção” efectuada de forma casuística e aleatória ou em execução de um plano de inspecção ambiental que inclui a verificação de toda a gama de efeitos ambientais das instalações, sendo legalmente estabelecidos os critérios nos termos¹⁷ dos quais, assenta o plano de inspecção ambiental que abrangerá todas as instalações.

A par, são elaborados programas de inspecções ambientais que incluem indicadores de frequência das visitas ao local, com base numa apreciação sistemática dos riscos ambientais da instalação em causa ou tipos de instalações, estabelecendo obrigatoriamente o intervalo entre duas visitas, não superior a 1 ano para as instalações que apresentam riscos elevados e não superior a 3 anos, para as instalações que apresentam riscos menos elevados. São ainda realizadas inspecções ambientais não rotineiras, para investigar, antes da concessão, reexame ou actualização de uma licença, queixas graves, casos graves de acidente, incidente e infracção em matéria de ambiente.

¹⁶ Nos termos do Regulamento (CE) nº 765/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de Julho de 2008.

¹⁷ Artigo 110º do Decreto-Lei nº 127/2013 de 30 de Agosto.

Complementarmente a fiscalização é exercida de forma sistemática pelas autoridades competentes, designadamente apa e ccdr (sem prejuízo das atribuições e competências das forças de segurança e da entidade coordenadora) no cumprimento da obrigação geral de vigilância, e de forma pontual em função das queixas e denúncias recebidas, conforme se estabelece nos artigos 109º e 110º do regime das emissões industriais (rei).

4. Conclusões

Na verdade, o princípio da desburocratização e eficiência administrativa, é de extraordinária relevância, encontrando-se previsto no artigo 10º do código de procedimento administrativo, comete à administração pública o dever de se estruturar de modo a aproximar os serviços das populações de forma não burocratizada, com a finalidade de assegurar a celeridade, a economia e a eficiência das decisões.

Efectivamente, estão previstos no novo regime das emissões industriais, um conjunto de instrumentos, que coincidentemente visam uma nova actuação administrativa mais simplificada, célere e transparente.

A intervenção das “entidades acreditadas” e dos “verificadores” configuram uma solução “pré-administrativa” que reconhecida pela administração, garantirá à partida uma decisão administrativa da autoridade competente mais célere. Por essa razão, os prazos do procedimento administrativo são justificadamente reduzidos para metade, caso o operador pretenda accionar opcionalmente esta forma de serviço.

Se o operador não recorrer às entidades acreditadas para validar o processo instrutório de licenciamento, curiosamente os prazos deste novo regime foram aumentados em 5 dias. O prazo de decisão está actualmente fixado em 80 dias, contados da data da recepção do pedido de licença ambiental e de 50 dias para o projecto, se for submetido a procedimento de aia. O regime anterior previa 75 e 55 dias respectivamente¹⁸ o que se estranha face à redução de prazos de análise e decisão, em virtude da emissão da licença única e introdução da administração electrónica. No que respeita à figura dos “verificadores” não é uma total novidade, na medida em que o anterior regime já a previa¹⁹, por quanto a dependência de portaria, na qual seriam estabelecidos os termos e condições a aprovar pelo membro do governo responsável pela área do ambiente não chegou a ser publicada.

Esta solução “pré-administrativa” de validação da informação por “verificadores qualificados” sobre a monitorização, relatórios, dados e informações a realizar pelos operadores é obrigatória e prévia ao envio, através do formulário único²⁰.

Também este formulário se assemelha a outra figura prevista no anterior regime designado por “relatório único”²¹, que não sendo verdadeiramente inovador, será um importante instrumento, que colocado em prática evitará a dispersão e multiplicação da informação.

Quanto à emissão da “licença única” constitui um passo que teoricamente será muito expressivo, designadamente no que respeita à interacção das várias entidades administrativas envolvidas no processo de licenciamento, seguindo a orientação da directiva.

A “licença padronizada” emitida pela apa mediante termo de responsabilidade do operador, concretizará a simplificação administrativa para situações que não careçam de um processo instrutório tão moroso por complexo. Dá sequência à orientação da directiva de facilitar a concessão de licenças, por imposição da definição de exigências aplicáveis a determinadas categorias de instalações, sob a forma de regras gerais de cumprimento obrigatório.

¹⁸ Nº 1 e 2 do artigo 16º do Decreto-Lei nº 173/2008 de 26 de Agosto.

¹⁹ Artigo 29º do Decreto-Lei nº 173/2008 de 26 de Agosto.

²⁰ Nº 1 do artigo 17º do Decreto-Lei nº 127/2013 de 30 de Agosto.

²¹ Artigo 28º do Decreto-Lei nº 173/2008 de 26 de Agosto.

Do ponto de vista da eficácia da aplicação deste regime, designadamente no objectivo de evitar ou reduzir as emissões poluentes com o fim de alcançar um elevado nível de protecção do ambiente no seu todo, configura-se fundamental a apresentação do “relatório base” pelo operador que servirá de referência, controlo e salvaguarda do ambiente.

Neste documento constarão as informações necessárias para determinar o estado de contaminação do solo e das águas subterrâneas, de modo a permitir estabelecer uma comparação quantitativa com o estado local, após a cessação definitiva das actividades, de modo a obrigar o operador a repor o local em condições ambientalmente satisfatórias ou no seu estado inicial²².

O “relatório base” não é todavia um elemento obrigatório, senão quando exigido pela agência portuguesa do ambiente, se de acordo com a actividade do operador, envolver a utilização, produção ou libertação de substâncias perigosas relevantes.

O sistema de inspecção ambiental que se apresenta muito densificado na directiva, o que escapa às características próprias deste tipo de acto legislativo²³, é transposto nos seus exactos termos para o diploma nacional. Crê-se que este apertado sistema de inspecção conferido à actual inspecção geral do ambiente, do mar e ordenamento do território, constituirá o garante do cumprimento das disposições deste regime legal, por representar um modelo com características de actuação específicas, constituindo sim uma novidade, relativamente ao regime anteriormente estabelecido.

Relativamente à taxa, esta segue a natureza da licença. Está igualmente prevista uma taxa única, que abrange os actos praticados pela apa, quando os regimes de licenciamento da actividade assim o prevejam para as instalações sujeitas ao regime da prevenção e controlo integrados da poluição.

Quando não seja aplicável a taxa única, apa cobra uma taxa de montante a fixar por portaria dos membros do governo responsáveis pelas áreas das finanças, do ambiente e da área da tutela das entidades coordenadoras cuja valor da receita é distribuído na proporção de 30% para a entidade competente e de 70% para a apa, ip.

Em paralelo, as taxas de licenciamento das operações de incineração ou co-incineração de resíduos, dependem igualmente do pagamento de uma taxa a fixar por portaria dos membros do governo responsáveis pelas áreas das finanças, do ambiente e da área da tutela das entidades competentes.

O valor e o montante das taxas nestes dois casos dependem de futura regulamentação. Será legítima a previsão sobre a redução do valor das taxas, considerando a simplificação e desburocratização administrativa adoptada por este regime?

Se considerarmos que a taxa constitui a contraprestação pela análise e decisão do processo administrativo de licenciamento, esta, há-de corresponder a uma redução do valor a pagar pelos operadores. Mas se atendermos ao critério de que o pagamento da taxa tem como efeito a internalização dos custos ambientais no operador, então os valores da taxa deverão ser proporcionais à poluição causada, em função das emissões emitidas. Por consequência, as instalações mais poluentes deverão proporcionalmente pagar mais a título do valor da taxa. Contudo, as normas constantes no capítulo vii deste diploma legal relativo às taxas estabelecem a consignação das receitas à satisfação dos encargos dos respectivos serviços

²² No caso da instalação ter originado uma poluição significativa no solo e das águas subterrâneas por substâncias perigosas relevantes em comparação com o estado descrito no relatório base. É estabelecida a condição da reposição ao estado inicial ou a condições satisfatórias, de acordo com o nº 2 do artigo 42º do Decreto-Lei nº 127/2013 de 30 de Agosto. Tanto a “poluição significativa” como as “condições satisfatórias” são vagos e indeterminados deixando por conta da administração essa margem discricionária na determinação da obrigação e do seu nível de restabelecimento.

²³ A Directiva vincula o Estado Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios – Artigo 288º do TFUE.

administrativos, sendo portanto distribuídos entre a apa, a entidade coordenadora, entidade responsável pela administração do balcão único e ainda por outras entidades que se tenham pronunciado no processo.

Com esta decisão o legislador perdeu a oportunidade de destinar, parte do valor da taxa, ao fundo de intervenção ambiental (fia) para financiar iniciativas de prevenção e reparação de danos a componentes ambientais naturais e humanas, o que poderia ter constituído uma boa solução em prol do ambiente *tout court*.

Em síntese, encontram-se sinais inequívocos a favor da eficiência do procedimento e consequente redução dos custos administrativos até agora despendidos pela administração. O operador por seu turno, financia esses custos por via das taxas de licenciamento, paga o valor relativo às taxa de emissão de gases com efeito estufa (tegee) e utilização de recurso hídricos (turh), a par da taxa de gestão de resíduos, estas sim, em concordância com o princípio do poluidor-pagador e do utilizador-pagador, bem como outras devidas ao abrigo de legislação complementar.

Adicionalmente o operador pagará obrigatoriamente o serviço efectuado pelos “verificadores” e voluntariamente às “entidades acreditadas” se as contratar para a instrução e validação do processo de licenciamento, beneficiando da redução dos prazos.

Numa primeira abordagem parece configurar-se o cenário do alívio dos custos públicos por conta da transferência para o privado, onerando-o com custos que se poderão manifestar desproporcionados. Por outro lado, são custos que se relacionam com o universo dos procedimentos e se distanciam da necessidade do aumento da implementação das mtd. Estas sim favorecerão o crescimento e desenvolvimento de uma economia mais sustentável.

Não terá sido este um dos grandes problemas específicos apresentado pela comissão: “insuficiente aplicação das mtd?”

Palavras-Chave: Emissões industriais; actividades industriais; prevenção e controlo integridade da poluição (PCIP); melhores tecnologias disponíveis; valores limite de emissão (VLE); relatório base.

Sofia Sá

Jurista, assistente de investigação do cesur,

Centro de sistemas urbanos e regionais e docente convidada do ist.

“Prevenção de riscos tecnológicos e tutela da invenção: um equilíbrio (in)sustentável?”

Resumo

A partilha de informações é um dos mecanismos mais eficazes na prevenção de riscos tecnológicos relacionados com acidentes industriais. Considera-se que a informação a transmitir apresenta um conteúdo complexo, dividindo-se em quatro fases distintas: a primeira fase corresponde a uma fase prévia à ocorrência de um eventual acidente; a segunda fase corresponde à transmissão de informações no momento da ocorrência de um acidente; a terceira fase corresponde à informação necessária à contenção dos efeitos do acidente; e, a quarta fase, corresponde à retirada de conclusões para elaboração de normas futuras. No entanto, nem toda a informação é de acesso livre encontrando-se, nomeadamente, protegida por segredo e propriedade industrial. A proteção conferida por estes limites pode, no entanto, colidir com os objetivos de prevenção, principalmente quando determinados diplomas estabelecem a obrigação de transmissão de informações sobre substâncias perigosas e impõem a adoção das melhores técnicas disponíveis. A tutela da invenção pode obstar a que os objetivos de prevenção sejam atingidos e, por isso, deve ser possível equilibrá-los através de mecanismos compulsórios de divulgação de informação. Estes mecanismos podem compreender a emissão de licenças obrigatórias ou a expropriação de patentes.

(I) Enquadramento

A partilha de informação ambiental é um dos mecanismos mais eficazes na prevenção de riscos. Na Europa, foi inicialmente descrito na Carta Europeia da Água de 1968 como instrumento preferencial na gestão de recursos naturais, nomeadamente através do intercâmbio internacional de informação e de investigação (cfr. ponto IX). No direito da União, o direito à informação ambiental encontra acolhimento na Diretiva n.º 90/313/CEE, de 7 de junho¹, revogada pela Diretiva n.º 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de janeiro. Este diploma tem como finalidade assegurar a liberdade de acesso e divulgação das informações relativas ao ambiente na posse das autoridades públicas e determinar a forma e as condições em que essas informações devem ser postas à disposição do público (cfr. artigo 1.º). De acordo com este diploma, a informação a transmitir pode abranger um conjunto de matérias que vão desde a flora, fauna, ar, solo ou, também, à localização de atividades susceptíveis de ter efeitos no ambiente². O acesso à informação encontra-se

¹ Não podemos ignorar o contributo da Diretiva n.º 85/337/CEE, do Conselho, de 27 de junho, com as alterações introduzidas pela Diretiva n.º 97/11/CE, do Conselho, de 3 de março e pela Diretiva n.º 2003/35/CE, do Conselho de 26 de maio, relativa à participação do público na elaboração de certos planos e programas relativos ao ambiente.

² No entanto, o escopo alargado deste diploma foi cimentado pela decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Wilhelm Mecklenburg vs. Kreis Pinneberg - Der Landrat*, no âmbito do qual se concluiu que a “liberdade de acesso à informação em matéria de ambiente, deve ser interpretada no sentido de que se aplica a uma posição adoptada por uma administração encarregada da preservação das paisagens no âmbito da sua participação num

também regulado na Convenção de Aarhus, ratificada pela Resolução da Assembleia da República n.º 11/2003, de 25 de fevereiro.

A transmissão de informações ambientais é especialmente importante na prevenção de acidentes industriais. A Conferência do Rio de Janeiro, em 1992, impôs a obrigatoriedade de transmissão de informações sempre que determinado acidente fosse susceptível de provocar efeitos transfronteiriços. Neste sentido, foi aprovada em Helsínquia, a Convenção sobre os Efeitos Transfronteiriços dos Acidentes Industriais. No mesmo ano, devido ao acidente de Chernobyl, ocorrido em 1986, entrou em vigor a Convenção sobre Notificação Rápida em caso de Acidente Nuclear. No direito da União, destaca-se a aprovação da Diretiva Seveso – Diretiva n.º 96/82/CE, alterada pela Diretiva n.º 2012/18/UE, de 4 de julho, do Parlamento Europeu e do Conselho – que impõe, como meio de prevenção de acidentes graves que envolvam substâncias perigosas, a transmissão de determinadas informações. Grande parte destes diplomas teve como origem acidentes ocorridos ao longo do século passado. Destacamos o acidente ocorrido em 1946, no Estreito de Corfu, a propósito do qual o Tribunal Internacional de Justiça veio impor aos Estados, sob pena de responsabilidade internacional³, a obrigação de notificação e de informação de acidentes que possam ter efeitos danosos em território de outros Estados. A partilha de informações desenvolveu-se, em particular no direito da União, a partir de acidentes relacionadas com riscos tecnológicos, como o acidente de Seveso, o de Toulouse, o de Schweizerhalle, o de Enschede, o de Chernobyl ou o de Basileia⁴. Estes acidentes contribuíram para o aperfeiçoamento dos mecanismos de prevenção, em particular no que respeita ao acesso e à partilha de informações.

Face às consequências daquelas catástrofes, passou a considerar-se como o momento em que a transmissão de informações se revela mais necessária e eficaz qualquer momento anterior à ocorrência de um eventual acidente. A partilha de informações passou, assim, abranger um número de fases, com conteúdo e intensidade variáveis em função do momento temporal em que devem ser transmitidas.

O primeiro momento de transmissão de informações responde a objetivos de prevenção e precaução compreendendo, nomeadamente, o “livre intercâmbio de informação científica” (Declaração de Estocolmo, 1972). Esta fase reúne um conjunto de ações que podem ir desde a inventariação e identificação de atividades e substâncias perigosas (artigos 4.º e 6.º da Convenção sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais, Anexo I da Diretiva Seveso), à elaboração de planos de emergência (artigo 12.º, nº 3 e Anexo IV da Diretiva Seveso), à realização de inspeções periódicas (artigo 20.º da Diretiva Seveso), à realização de análises (artigos 5.º e 8.º da Diretiva Quadro da Água), à avaliação de impacto ambiental (Convenção Espoo e Diretiva n.º 85/337/CEE, do Conselho, de 27 de junho de 1985, com as alterações introduzidas pela Diretiva n.º 97/11/CE, do Conselho, de 3 de março de 1997 e pela Diretiva n.º 2003/35/CE, do Conselho de 26 de maio) e à avaliação de impacto de localização (artigos 5.º e 6.º do Decreto-Lei n.º 254/2007, de 12 de julho, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva Seveso e manda aplicar distâncias de segurança entre edifícios para efeitos de prevenção de acidentes graves envolvendo substâncias perigosas).

processo de aprovação de planos de construção, se esta posição for susceptível de influenciar, no que diz respeito aos interesses da proteção do ambiente, a decisão de aprovação desses planos”. Cfr. Daniel Wilsher, “Freedom of Environmental Information: Recent Developments and Future Prospects”, *European Public Law*, Vol. 7, n.º 4, 2001, pp. 674 e ss.. Ver também os casos *Guerra vs. Itália* e *López Ostra vs. Espanha*, do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

³ O caso do Estreito de Corfu teve origem nos danos causados por minas submarinas nas águas da Albânia que provocaram estragos e perda de vidas humanas causadas a navios de guerra ingleses.

⁴ Também tem por embrião duas decisões jurisprudenciais proferidas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o caso *Powell and Rayner* e o caso *Nuclear Plant*. O primeiro relaciona-se com a poluição causada pela atividade do aeroporto de Heathrow e o segundo relaciona-se com emissões poluentes de uma central nuclear. Disponíveis em <http://hudoc.echr.coe.int>.

O segundo momento temporal de transmissão de informações relaciona-se com a notificação da ocorrência de determinado evento e compreende informações relacionadas com a adoção de medidas de contenção e mitigação de danos, nomeadamente, com a data e o local do evento, a causa do acidente, o tipo e a composição química das substâncias envolvidas, as condições meteorológicas e hidrológicas no momento do acidente, os resultados das análises, entre outras (artigo 5.º da Convenção sobre Notificação Rápida em caso de Acidente Nuclear e artigo 10.º da Convenção sobre os Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais e artigos 16.º e 18.º da Diretiva Seveso).

O terceiro momento corresponde à transmissão de informações necessárias à contenção e ao acompanhamento dos eventuais efeitos continuados dos acidentes.

Por fim, o quarto momento destina-se à análise do evento e à retirada de conclusões para elaboração de normas futuras (cfr. Anexo XI da Convenção sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais).

(II) Limites ao acesso à informação

Na grande maioria dos diplomas mencionados, o acesso à informação encontra um conjunto considerável de limites: dados pessoais, segredo de justiça, propriedade intelectual, segredo comercial ou industrial, segurança interna e externa, defesa nacional e segurança pública, entre outros (cfr. artigo 4.º, n.º 4 da Convenção de Aarhus e artigo 4.º, n.º 2 da Diretiva n.º 2003/4/CE). Também no artigo 22.º, n.º 1 da Convenção sobre Efeitos Transfronteiriços de Acidentes Industriais são limites de acesso à informação: os dados pessoais, os segredos industriais e comerciais, incluindo propriedade intelectual ou segurança nacional⁵. Na legislação portuguesa encontramos também previstos o mesmo conjunto de limites. Destacamos, em particular, os limites estabelecidos na Lei n.º 46/2007, de 24 de agosto (Lei de Acesso aos Documentos Administrativos), no Código de Procedimento Administrativo e na Lei de Bases do Ambiente (aprovada pela Lei n.º 19/2014, de 14 de abril). No artigo 15.º, n.º 7, deste último diploma, são limites de acesso à informação ambiental a confidencialidade dos dados e a proteção de direitos existentes, nomeadamente o sigilo comercial e industrial, ou os direitos de propriedade intelectual, quando devidamente justificados. Estes limites dizem respeito especificamente ao tipo e características da informação a prestar e não ao tipo de sujeitos a quem a informação vai ser transmitida. Podemos considerar que são, por isso, limites objetivos ao acesso à informação, uma vez que não se relacionam tanto com a qualidade dos sujeitos a quem a informação é transmitida, mas sim com o seu conteúdo.

(III) Segredo industrial e propriedade industrial

O segredo industrial e a propriedade industrial são duas formas de proteção da “afirmação económica da identidade da empresa”⁶. Estas duas formas de proteção fazem parte do direito industrial, considerado como sub-ramo do direito comercial. Enquanto a primeira forma de proteção corresponde à proibição de determinadas condutas, a segunda corresponde à atribuição de verdadeiros direitos privativos.

⁵ Estes limites encontram também acolhimento em diplomas como, por exemplo, a Convenção sobre a Proteção do Rio Danúbio, onde se prescreve, no artigo 12.º, n.º 5, que as obrigações da convenção não devem afetar direitos que provenham, nomeadamente, de legislação que vise proteger dados pessoais, propriedade intelectual, propriedade industrial, segredo comercial ou segurança nacional.

⁶ Cfr. Luís Gonçalves, *Manual de Direito Industrial - Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 2013, pp. 17 e ss..

Os limites decorrentes da propriedade industrial e do segredo industrial podem implicar verdadeiros conflitos de interesses, em particular entre a prevenção de riscos tecnológicos e a tutela da invenção. Uma vez que estes limites encontram acolhimento em diplomas que têm como finalidade a prevenção de acidentes industriais, torna-se necessário compreender se aqueles limites anulam os objetivos de prevenção ou se ambos podem coexistir mantendo intacto o respectivo núcleo essencial.

(a) *Segredo industrial*

O segredo industrial corresponde ao conhecimento, ao saber fazer, ao comumente designado *know how*, resultante normalmente da experimentação prática e do conhecimento obtido através da utilização de determinada tecnologia. O segredo industrial tem com objetivo a proteção de uma inovação ou invenção, cujo autor não pretende submeter ao regime de propriedade industrial. Entre nós, a configuração do segredo industrial tem enquadramento no artigo 318.º do Código da Propriedade Industrial (CPI), sob a epígrafe “proteção de informações não divulgadas”. Nos termos deste artigo, é considerado como acto ilícito, e contrário à concorrência, a “(...) divulgação, a aquisição ou a utilização de segredos de negócios de um concorrente, sem o consentimento do mesmo, desde que essas informações: a) Sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exatas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão; b) Tenham valor comercial pelo facto de serem secretas; c) Tenham sido objecto de diligências consideráveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas”. A densificação deste conceito tem sido feita também através das decisões produzidas pela Comissão de Acesso a Documentos Administrativos e pela jurisprudência. São considerados, neste sentido, segredos comerciais ou industriais “aqueles que têm valor comercial e sejam objecto de medidas para se conservarem de acesso reservado, como sejam, nomeadamente, as informações e estratégias comerciais e de captação de clientes, fórmulas ou receitas para a preparação de determinado produto, segredos ou processos de fabrico, ficheiros de clientes e distribuidores”⁷. O segredo industrial pode compreender ainda um conjunto de “informações, incluindo uma fórmula, padrão, compilação, programa, dispositivo, método, técnica ou processo, do qual deriva valor económico independente, real ou potencial”⁸. O segredo industrial, ao contrário da propriedade industrial, não precisa de qualquer formalidade para existir. Enquanto o primeiro se infere a partir de ações e de comportamentos concretos, o segundo, para existir, precisa de ser antecedido de um processo administrativo de reconhecimento e avaliação⁹. Assim, tem-se considerado que, para determinar a existência de segredo industrial ou comercial, se deve atender ao valor económico do segredo e à existência de esforços de manutenção e de proteção do segredo como, por exemplo: manter o segredo num círculo relativamente pequeno de trabalhadores, manter o segredo escrito em zona não acessível ou manter cláusulas num contrato de trabalho ou de prestação de serviços que denunciem esse ónus¹⁰. Por outro lado, se a tecnologia de um determinado produto for

⁷ Acórdão do Tribunal Central Administrativo do Sul, de 12-07-2012, Processo n.º 8443/12.

⁸ Cfr. *Uniform Trade Secrets Act* (1985).

⁹ Veja-se a distinção em Ryan W. O'Donnell/John J. O'Malley/Randolph J. Huis/Gerald B. Halt, *Intellectual Property in the Food Technology Industry*, Springer, 2008, pp. 23 e ss..

¹⁰ O direito do trabalho também pode oferecer alguma proteção neste domínio através da inclusão de pactos de não concorrência em contratos de trabalho (artigo 136.º do Código do Trabalho). Em certos países, a revelação de um segredo de fabrico pode constituir crime punido com uma pena de prisão até três anos e multa de 30 000 euros (cfr. artigo L1227-1 do Código de Trabalho francês).

acessível através da simples observação, então deixará de fazer sentido invocar qualquer tipo de proteção. Só a verificação destes requisitos é que permite saber se estamos ou não perante segredo digno de proteção. Por isso, a verificação da existência de proteção nos casos de segredo é mais difícil do que nos casos em que os inventos se encontram patenteados¹¹.

(b) Propriedade industrial

A propriedade industrial integra, a par dos direitos de autor e outros direitos conexos, o conceito de propriedade intelectual. De acordo com o artigo 1.º do CPI, “a propriedade industrial desempenha a função de garantir a lealdade da concorrência, pela atribuição de direitos privativos sobre os diversos processos técnicos de produção e desenvolvimento da riqueza”.

A propriedade industrial desenvolveu-se a partir da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, em 1883. O objetivo daquele que se considera ser o primeiro tratado sobre a propriedade industrial foi o de harmonizar os regimes jurídicos dos países signatários. Atualmente, a Convenção de Paris é administrada pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (agência especializada da Organização das Nações Unidas). Em 1970, foi aprovado o Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes cujo principal objetivo consiste em estimular e acelerar o progresso económico dos países em desenvolvimento, nomeadamente através do acesso fácil “às informações referentes à obtenção de soluções técnicas adaptadas às suas necessidades específicas e facilitando-lhes o acesso ao volume sempre crescente da técnica moderna”¹². A nível internacional é também incontornável o contributo dos acordos TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) aprovados em 1994 no âmbito da Ronda do Uruguai da Organização Mundial do Comércio. Com o objetivo de reforçar a cooperação entre os países da Europa em relação à proteção de invenções foi assinada em Munique, em 1973, a Convenção sobre a Patente Europeia, que deu origem à Organização Europeia de Patentes (OEP), em 1977. Com a criação da União Europeia e a construção do mercado interno estabeleceu-se um conjunto de liberdades, incluindo a livre concorrência. Para harmonizar o tratamento destas matérias com a propriedade industrial foi criado o Instituto de Harmonização do Mercado Interno (IHMI). O IHMI é o organismo oficial para o registo de marcas e patentes da União Europeia.

A propriedade industrial pode ser protegida através de patentes, de modelos de utilidade, de registos, de desenhos ou modelos ou de marcas e outros sinais distintivos do comércio. O direito conferido pela patente tem como objetivo tutelar uma invenção. O fundamento do direito à invenção encontra-se estabelecido no artigo 42.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (CRP). A proteção deste direito representa uma restrição ao direito da livre iniciativa económica, consagrado no artigo 61.º da CRP, e à liberdade de concorrência (alínea f) do artigo 81.º e alínea a) do artigo 99.º da CRP). O direito de patente exclui todos os demais da exploração do objecto tutelado, através da atribuição de um monopólio de exploração. Isso leva a que a proteção da invenção, em particular no que respeita às patentes, tenha uma duração limitada, uma vez que, de acordo com a lei, caducam automaticamente pelo decurso do tempo. O direito de patente, porque se trata de um desvio à livre iniciativa económica, só poderá ser concedido nos casos especialmente previstos na lei. Para que uma patente possa ser concedida terá que obedecer a um conjunto de requisitos cumulativos. Em primeiro lugar, o produto ou processo tem que demonstrar novidade de

¹¹ A proteção garantida através do segredo é considerada como mais precária do que a da patente, uma vez que não há nenhum registo de que a invenção é daquele autor. A sua defesa faz-se com recurso ao regime da concorrência desleal. Cfr. Luís Gonçalves, *Manual de Direito Industrial - Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 2013, p. 37.

¹² Cfr. texto do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes.

acordo com o estado atual da técnica apreciada a nível mundial. Depois, terá que se demonstrar a existência de uma atividade inventiva cujo resultado demonstre aplicabilidade industrial. É o que decorre do artigo 55.º do CPI, onde se impõe como condição de patenteabilidade a possibilidade do objeto da patente ser fabricado ou utilizado em qualquer tipo de indústria ou na agricultura. O que se pretende com este requisito é aliar a parte comercial à inovação tecnológica, daí que se exija que o produto/processo inventado seja susceptível de produção em série¹³. Portanto, o objetivo deste preceito, ao impor ao detentor a utilização ou a comercialização do objeto da patente, é, para além de proteger o invento, torná-lo acessível a todos.

(i) Âmbito de proteção

O segredo e a propriedade industrial podem abranger fórmulas ou receitas para a preparação de determinado produto, segredos ou processos de fabrico. Quando se faz referência à tutela de fórmulas, normalmente associa-se à área do medicamento, em que o equilíbrio entre a preservação do segredo e a necessidade de divulgação de informações se encontrava harmonizado nos procedimentos de autorização de introdução no mercado¹⁴. Quanto aos processos de fabrico a lei faz uma clara distinção entre aquilo que se considera a tutela do produto e a tutela do processo. A tutela do processo produtivo diz sempre respeito a um processo novo, quer o seu resultado conduza ou não a um produto novo. Há processos de fabrico que envolvem um significativo número de riscos, veja-se, a título de exemplo, o caso da produção de cimento. A consciência de que determinados processos de fabrico podem ter efeitos nefastos e irreversíveis esteve na origem de diplomas como o Decreto-Lei n.º 24/2012, de 6 de fevereiro, das Diretivas n.os 82/605/CEE, do Conselho, de 28 de julho de 1982, n.º 88/364/CEE, do Conselho, de 9 de junho de 1988, e Diretiva n.º 2009/161/UE, de 17 de dezembro, sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos de exposição a agentes químicos¹⁵. No artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 24/2012,

¹³ Outros regimes jurídicos impõem ainda o requisito da descrição, ou seja, o titular do invento tem que ser capaz de descrever a sua produção e utilização de forma inteligível e acessível a todos. O objetivo é que no futuro, os possíveis utilizadores deste tipo de tecnologia acedam facilmente ao invento se o quiserem produzir. Cfr. Gregory N. Mandel, "Promoting Environmental Innovation with Intellectual Property Innovation: A New Basis for Patent Rewards", in *The Temple Journal of Science, Technology & Environmental Law*, vol. 24, n.º 1, Philadelphia, 2005, p. 55.

¹⁴ Os tribunais administrativos têm sido confrontados vários pedidos de providências cautelares de suspensão da eficácia de actos de autorização de introdução de medicamentos no mercado (AIM) e do estabelecimento de preços de venda ao público (PVP). Antes a jurisprudência considerava que estes actos deviam ter em consideração o direito fundamental à propriedade industrial, titulado por patentes, não podendo por isso emitir a AIM se houver uma patente alheia em vigor (cfr. Acórdão do TCA-Sul, P. 08969/12, de 20/06/2012). Agora o artigo 8.º da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro determina que a autorização de preços do medicamento determina: "1 - A decisão de autorização do PVP do medicamento, bem como o procedimento que àquela conduz, não têm por objecto a apreciação da existência de eventuais direitos de propriedade industrial; 2 - A autorização do PVP dos medicamentos não é contrária aos direitos relativos a patentes ou a certificados complementares de proteção de medicamentos; 3 - O pedido que visa a obtenção da autorização prevista nos números anteriores não pode ser indeferido com fundamento na existência de eventuais direitos de propriedade industrial; 4 - A autorização do PVP do medicamento não pode ser alterada, suspensa ou revogada com fundamento na existência de eventuais direitos de propriedade industrial." Por sua vez o Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de agosto, estipula que: "1 - A concessão pelo INFARMED, I. P., de uma autorização, ou registo, de introdução no mercado de um medicamento de uso humano, bem como o procedimento administrativo que àquela conduz, têm exclusivamente por objecto a apreciação da qualidade, segurança e eficácia do medicamento; 2 - O procedimento administrativo referido no número anterior não tem por objecto a apreciação da existência de eventuais direitos de propriedade industrial." Assim, a apreciação do direito de patente ficou relegado, nos termos da Lei n.º 62/2011, de 12 de dezembro, para arbitragem necessária.

¹⁵ Para além deste regime, encontramos inúmeros diplomas que têm em vista a proteção de trabalhadores contra riscos como, por exemplo, da exposição a radiações ópticas de fontes artificiais (Lei n.º 25/2010, de 30 de agosto, que transpõe a Diretiva n.º 2006/25/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril), da exposição ao amianto (Decreto-Lei n.º 266/2007, de 24 de julho, que transpõe a Diretiva n.º 2003/18/CE, de 27 de março), da

de 6 de fevereiro, impõe-se que, sem prejuízo do que a lei geral determine sobre o acesso à informação, o empregador assegure aos trabalhadores segurança e saúde no local de trabalho, protegendo-os da exposição a agentes químicos.

(ii) Limites – melhores técnicas disponíveis

A tutela da invenção pode também entrar em conflito com normas que visam a proteção do ambiente. A Convenção das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (Declaração de Estocolmo) de 1972 determina que os Estados contratantes, em nome do princípio do livre acesso universal à informação, devem investigar e disponibilizar informação tecnologia que se revele fundamental para a proteção do ambiente. Também em 1987, no Relatório Brundtland, se incentivou o aumento da produção industrial nos países não-industrializados com base em tecnologias ecologicamente adaptadas. Encontramos hoje uma disposição semelhante na Diretiva n.º 2010/75/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição)¹⁶. No âmbito desta diretiva, a licença ambiental para atividades agrícolas ou industriais depende da utilização de todas as medidas úteis que permitam lutar contra a poluição, designadamente através do recurso às melhores técnicas disponíveis (as que envolvem menos resíduos, as que utilizam substâncias menos perigosas ou as que permitem a recuperação e reciclagem das substâncias emitidas)¹⁷. Nos termos deste diploma, entende-se por melhores técnicas disponíveis “a fase de desenvolvimento mais eficaz e avançada das atividades e dos respectivos modos de exploração que demonstre a aptidão prática de técnicas específicas para constituírem a base dos valores-limite de emissão e de outras condições do licenciamento com vista a evitar e, quando tal não seja possível, a reduzir as emissões e o impacto no ambiente no seu todo” – artigo 3.º, n.º 10. E pelo conceito disponíveis “as técnicas desenvolvidas a uma escala que possibilite a sua aplicação no contexto do sector industrial em causa, em condições económica e tecnicamente viáveis, tendo em conta os custos e os benefícios, quer essas técnicas sejam ou não utilizadas ou produzidas no território do Estado-Membro em questão, desde que sejam acessíveis ao operador em condições razoáveis” – artigo 3.º, n.º 10, alínea b)¹⁸. A disponibilidade das técnicas implica que os operadores saibam qual o estado da técnica. Este objetivo será alcançado através da troca de informações. Daí que Diretiva n.º 2010/75/UE estabeleça que “a fim de garantir uma troca de informações eficaz e dinâmica de que resultem documentos de referência MTD de elevada qualidade, a Comissão deverá criar um fórum que funcione de forma transparente. Deverão estabelecer-se práticas para o intercâmbio de informações e para a acessibilidade dos documentos de referência MTD, em especial para assegurar que os Estados-Membros e as partes interessadas forneçam sobre as orientações fixadas dados de qualidade e em quantidade suficiente para permitir apurar as melhores técnicas disponíveis e as técnicas emergentes”. O artigo 13.º também espelha esta necessidade: “a fim de elaborar, de rever e, se necessário, de atualizar os documentos de referência MTD, a Comissão organiza um intercâmbio de informações

exposição a riscos devidos a vibrações mecânicas (Decreto-Lei n.º 46/2006, de 6 de setembro, que transpõe a Diretiva n.º 2003/10/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de fevereiro) ou, ainda, de exposição a ruídos (Decreto-Lei n.º 46/2006, de 24 de fevereiro, que transpõe a Diretiva n.º 2002/44/CE, de 25 junho).

¹⁶ Este diploma veio alterar a Diretiva n.º 2008/1/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de janeiro, relativa à prevenção e controlo integrados da poluição, transposta pelo Decreto-Lei n.º 173/2008, de 26 de agosto (regime jurídico relativo à prevenção e controlo integrados da poluição).

¹⁷ Cfr. José Eduardo Figueiredo Dias, “A Licença Ambiental no Novo Regime da PCIP”, in *Revista do Centro de Direito de Ordenamento do Território e Urbanismo*, n.º 4, n.º 1, 2001.

¹⁸ O desenvolvimento de tecnologia para maximizar a proteção do ambiente é também um dos objetivos da União Europeia (COM(2009)82), principalmente para evitar catástrofes resultantes de riscos existentes.

entre os Estados-Membros, as indústrias em causa, as organizações não governamentais que promovem a proteção do ambiente e a Comissão”. Este intercâmbio destina-se, nomeadamente, a avaliar a evolução das técnicas para assim se irem definindo quais as melhores em determinado momento (cfr. alínea c) do n.º 2 do artigo 13.º).

A disponibilidade das técnicas é um conceito complexo que envolve uma avaliação cumulativa de vários pressupostos. Exige-se, desde logo, que as técnicas sejam desenvolvidas numa “escala que possibilite a sua aplicação no contexto do sector industrial”. Este requisito não é muito esclarecedor, uma vez que não se indica qual o nível de produção exigido para que o produto se considere disponível, se a uma escala nacional ou internacional. Também não se refere, para avaliar a disponibilidade das técnicas, os constrangimentos legais a que essa tecnologia possa estar sujeita. Por outro lado, essas técnicas podem ser produzidas no território do próprio Estado, de outro Estado-membro ou ainda noutro país fora da União Europeia. Isso significa que o operador tenha que estar sempre atento aos avanços tecnológicos e a par das técnicas mais recentes¹⁹. A última parte do preceito, impõe que as técnicas sejam sustentáveis para o operador. A apreciação deste requisito implica uma avaliação casuística da situação do operador requerente da licença. Logo, um operador em condições económicas precárias poderá não ter condições de adotar o mesmo tipo de técnicas que um operador com melhores condições. Esta possibilidade encontra acolhimento expresso no artigo 15.º, n.º 4 da Diretiva n.º 2010/75/UE onde se prevê que os limites de emissão podem não ser tão rigorosos quando as melhores técnicas disponíveis acarretarem “custos desproporcionadamente elevados face aos benefícios ambientais obtidos”. O operador deve, neste sentido, procurar provar que não é sustentável a utilização de determinada tecnologia, podendo fazê-lo através da menção ao custo inabarcável das licenças²⁰.

Um dos limites ao acesso às tecnologias mais avançadas é a tutela da invenção. O grande objetivo da tutela da invenção consiste em premiar, pela concessão de patentes, uma invenção através da criação de um monopólio temporalmente limitado e, por outro lado, incentivar a partilha do invento através da remuneração do licenciamento das patentes. As patentes de invenção relacionadas com a tecnologia ambiental são prévias ao próprio direito ambiental em si. Várias patentes de tecnologia ambiental foram sendo registadas desde o final do século XIX²¹ e, ao longo do século XX, ocorreram também vários conflitos relacionados com a exploração destes inventos. Um desses casos é o *John Zink Co. vs. National Airoil Burner Co.* cuja disputa se centrava no registo de um dispositivo projetado para impedir as emissões poluentes das refinarias de petróleo. O tribunal considerou que a relevância da patente ambiental se fundamentava nos benefícios que a mesma trazia para o ambiente e, com base nesse pressuposto, considerou que a invenção deveria, por isso, ser protegida. A garantia de proteção da invenção da tecnologia ambiental e o crescimento de preocupações nesta matéria levou à aprovação em 1970, nos Estados Unidos, do *Clean Air Act*, numa tentativa de associar

¹⁹ A amplitude deste conhecimento pode implicar custos que algumas empresas podem não conseguir suportar, nomeadamente a deslocação a feiras internacionais para acompanhamento das principais inovações, muito embora estes custos já possam hoje ser diminuídos através da utilização da internet.

²⁰ Uma das saídas possíveis, caso o operador não consiga acompanhar o desenvolvimento económico, será, caso o operador tenha disponibilidade, adquirir no mercado de licenças de emissão níveis mais altos para poder continuar a produzir até conseguir adotar tecnologia mais recente que o permita diminuir as emissões. Assim, as empresas com menores possibilidades económicas podem conseguir adquirir temporariamente licenças de emissão, nos termos da Diretiva n.º 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril, que altera a Diretiva n.º 2003/87/CE. Assim, enquanto não conseguem criar ou aceder a tecnologia que lhes permita reduzir as emissões podem ganhar tempo para investir na criação de processos de fabrico menos poluentes.

²¹ Nos Estados Unidos, existem registos de patentes ambientais relacionadas com o processo de eliminação de tinta para efeitos de reciclagem datadas de 1861. Mais tarde, por volta da década de 50 do século XX, foram também emitidas patentes ambientais relacionadas com a limitação de emissões poluentes. Cfr. Michael A. Gollin, “Intellectual Property & Environmental Protection”, in *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 4, 1991, pp. 193 e ss..

benefícios económicos ao desenvolvimento de tecnologias ambientais²². O desenvolvimento deste tipo de tecnologias passou a ser encarado como um meio de combate às despesas do Estado provenientes da contenção de efeitos causados pela poluição e por outras agressões ambientais. Neste sentido, começaram a desenvolver-se aplicações para a sua utilização, não apenas relacionadas com a eliminação dos efeitos da poluição, mas também com a sua prevenção. Ora, a legislação de combate à poluição ao impor a adoção das melhores técnicas disponíveis, pode levar a que as empresas que desenvolvam tecnologia ambiental vejam divulgadas informações protegidas, como fórmulas, processos produtivos ou equipamento utilizado nesse processo. Neste sentido, as vantagens competitivas de um negócio poderão chocar com a necessidade de divulgação de técnicas aptas a reduzir o limite de emissões poluentes. No fundo, esta situação equivale ao confronto entre o direito de iniciativa privada, consagrado no artigo 61.º da CRP, e o direito ao ambiente e qualidade de vida, consagrado no artigo 66.º da CRP. Por outro lado, a tutela da invenção confere a determinada empresa um monopólio da exploração de um determinado invento e esta pode não ter interesse em licenciar a patente no caso de querer explorar, em condições de vantagem absoluta, o objeto dessa patente. As empresas nestas condições podem também impedir, através da prática de preços de monopólio, que os seus concorrentes diretos beneficiem da sua invenção²³. Entende-se, no geral, que as empresas que bloqueiem o acesso às melhores práticas praticam actos de concorrência desleal. O uso abusivo da proteção concedida pelas patentes de invenção pode impedir a utilização de determinadas técnicas (artigo 99.º do CPI). A patente confere ao titular o direito exclusivo de explorar a invenção e o direito de impedir terceiros do fabrico, da oferta, da armazenagem, da introdução no comércio ou da utilização protegida pela patente (artigo 101.º, n.º 2 do CPI). Este direito de utilização exclusiva pode durar até vinte anos, findos os quais a patente caduca automaticamente. Esta possibilidade choca com a obrigatoriedade de utilização, por parte de outras empresas, das melhores tecnologias disponíveis. Assim, a proteção da invenção pode determinar que algumas empresas não alcancem os objetivos de utilização das melhores técnicas disponíveis.

(iii) Solução – mecanismos compulsórios de acesso ao invento

A falta de acesso às melhores técnicas pode levar a que determinados operadores não cumpram os limites de emissões poluentes. Nesta situação, os operadores podem estar em risco de serem sancionados com o encerramento da atividade, com o pagamento de contraordenações e coimas. O não cumprimento de limites de emissão pode ainda gerar publicidade negativa e prejudicar a continuidade da empresa. Em situações limite, pode mesmo chegar-se a situações de carência de determinados produtos produzidos de acordo com os requisitos legais de emissão, o que em última instância, acabará por prejudicar a saúde ou o interesse públicos²⁴. Estas situações justificam, em certos regimes jurídicos, a concessão de licenças

²² Cfr. Warren F. Schwartz, “Mandatory Patent Licensing of Air Pollution Control Technology”, in *Virginia Law Review*, n.º 5, vol. 57, 1971, pp. 719 e ss..

²³ Relativamente aos negócios sobre os direitos de propriedade intelectual veja-se desenvolvadamente Pedro Sousa e Silva, *Direito Industrial – Noções Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 395 e ss..

²⁴ Veja-se a título de exemplo, as dificuldades geradas com o difícil equilíbrio entre a necessidade de acesso universal ao medicamento e os seus custos de produção. Um dos grandes argumentos a favor da não divulgação de patentes é, precisamente, os elevados custos de produção que um medicamento envolve (investigação, tecnologia e recursos humanos) que pode levar ao desincentivo de investigação nesta área. Sobre este aspeto veja-se Alan M. Fisch “Compulsory license of pharmaceutical products: an unreasonable solution to an unfortunate problem,” *Jurimetrics*, vol. 34, n.º 3, 1994, pp. 295 e ss.. De facto, em 2012, a Índia licenciou compulsoriamente o medicamento Nexavar, da Bayer (para o tratamento de carcinoma hepatocelular e carcinoma de células renais avançado), com fundamento na dificuldade de acesso ao medicamento motivado pelos altos preços praticados. Também na Tailândia, em 2007, e no Equador, em 2009, foi licenciada compulsoriamente uma mistura de lopinavir/ritonavir, cuja patente pertencia aos laboratórios Abbott, usada no tratamento do HIV. O objetivo deste licenciamento foi o de combater e tornar acessível

obrigatórias²⁵. A emissão deste tipo de licenças é, no fundo, uma sanção contra os abusos praticados por quem detém a patente obrigando o detentor a licenciá-la, não o privando, porém, da sua titularidade. A concessão de licenças obrigatórias encontra-se prevista no artigo 5.º, A, n.º 2 da Convenção de Paris, onde se estabelece que os países da União terão a faculdade de adoptar providências legislativas relacionadas com a concessão de licenças obrigatórias para prevenir os abusos que possam resultar do exercício do direito conferido pela patente. Um dos exemplos que este artigo refere é a falta de exploração. A emissão de licenças obrigatórias encontra-se também prevista no acordo TRIPS, desde 1994. Este acordo estabelece que os países são responsáveis por determinar os requisitos necessários para concessão de licenças obrigatórias. O artigo 31.º impõe como requisitos para a concessão de uma licença obrigatória: (i) que o interessado tenha negociado voluntariamente com o proprietário a aquisição da patente; (ii) que o proprietário da patente, não obstante o licenciamento obrigatório, seja remunerado pelo seu licenciamento; (iii) que o proprietário deve poder continuar a produzir; e, entre outros, (iv) que sejam revisitos anualmente os pressupostos que determinaram o licenciamento obrigatório. O CPI contempla a possibilidade de emissão de licenças obrigatórias nos seus artigos 107.º, n.º 1, al. c)²⁶ e 110.º por motivo de interesse público. Considera este último artigo que são motivos de interesse público: “quando o início, o aumento ou a generalização da exploração da invenção, ou a melhoria das condições em que tal exploração se realizar, sejam de primordial importância para a saúde pública ou para a defesa nacional” (n.º 2) e “quando a falta de exploração ou a insuficiência em qualidade ou em quantidade da exploração realizada implicar grave prejuízo para o desenvolvimento económico ou tecnológico do País” (n.º 3). Este artigo consagra a possibilidade de determinada tecnologia ser utilizada e explorada sem que o titular o autorize²⁷. Para além do mecanismo da concessão de licenças obrigatórias, o artigo 105.º do CPI prevê ainda que “qualquer patente pode ser expropriada por utilidade pública mediante o pagamento de justa indemnização, se a necessidade de vulgarização da invenção, ou da sua utilização pelas entidades públicas, o exigir”. O objetivo de ambas as soluções parece ser o da divulgação do invento, mas a decisão de expropriar uma patente só deve ser tomada em última instância, uma vez que, ao contrário da emissão obrigatória de licença, há perda de titularidade da patente²⁸.

um medicamento, cujo custo impossibilitava o combate à doença. A constatação deste tipo de assimetrias levou à aprovação do Regulamento (CE) n.º 816/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio, relativo à concessão obrigatória de patentes respeitantes ao fabrico de produtos farmacêuticos destinados à exportação para países com problemas de saúde pública.

²⁵ As chamadas leis de defesa da concorrência (medidas *antitrust*) têm precisamente como objetivo a defesa contra este tipo de monopólios. Cfr. Joseph A. Yosik, “Compulsory Patent Licensing for Efficient Use of Inventions”, in *University of Illinois Law Review*, vol. 2001, p. 1282 e ss.. No caso *United States v. Glaxo Group Ltd* a emissão de uma patente obrigatória foi a solução adotada pelo Supremo Tribunal para acabar com situações que violavam os princípios da livre concorrência. De facto, muitas vezes a emissão de licenças compulsórias naquele país, como refere o Autor, são utilizadas para resolver disputas relacionadas com a defesa da concorrência. No nosso país a defesa de práticas concorrenciais abusivas encontra-se regulada no respetivo regime jurídico, mas não há nenhuma referência específica às práticas abusivas como, por exemplo, acontece na legislação alemã (cfr. Secção 24 (4) do *Patentgesetz*). Sobre o procedimento de emissão de licenças obrigatórias na Alemanha e noutros países europeus e os seus fundamentos, cfr. Bernd Hansen/ Fritjoff Hisch, *Protecting Inventions in Chemistry – Commentary on Chemical Case Law under the European Patent Convention and the German Patent Law*, Munique, 1997, pp. 402 e ss..

²⁶ Para além desta possibilidade, o CPI permite que possam ser emitidas licenças obrigatórias também no caso de: a) falta ou insuficiência de exploração da invenção patenteada e b) dependência entre patentes.

²⁷ De acordo com dados do Instituto Nacional de Propriedade Industrial, até ao momento presente, foi apenas emitida uma licença obrigatória, em 2002, relacionada com a preparação de misturas fungicidas (muito embora a previsão deste tipo de licenças datar de 1940). Cfr. Pedro Sousa e Silva, *Direito Industrial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 80, nota 147 (dados confirmados pelo INPI em 26.10.2013).

²⁸ De acordo com os dados do INPI e do Ministério da Justiça não há casos de expropriação de patentes por motivo de interesse público (dados cedidos a 8.10.2013).

Portanto, uma vez que ambas as situações se podem fundamentar num superior interesse público entendemos que a decisão de expropriar só pode ser prosseguida se a primeira via não se revelar suficiente para a proteção do interesse público²⁹.

Deve ter-se ainda em atenção que o estabelecimento de níveis de emissões deve ser prévio e independente do procedimento de emissão de uma licença obrigatória ou da expropriação de uma patente, uma vez que são dois procedimentos completamente autónomos do ponto de vista substancial: um visa a limitação de emissões e o outro visa apreciar a necessidade de acesso à patente. Não se devem adequar os níveis de interesse público, refletidos na limitação de emissões, à disponibilidade das técnicas. Portanto, a identificação das melhores tecnologias disponíveis para a redução de emissões deve ser feita sem se ter em consideração se aquelas se encontram ou não protegidas pela patente, uma vez que a legislação permite que este obstáculo possa ser contornado através das licenças obrigatórias ou da expropriação de patentes. Estes mecanismos compulsórios permitem o aperfeiçoamento ao combate à degradação ambiental, associando os parâmetros de emissão à evolução tecnológica. O recurso a mecanismos compulsórios deve, porém, ser cuidadosamente fundamentado e antecedido de determinados requisitos. Deve, em primeiro lugar, demonstrar-se, conforme se referiu *supra*, que a parte interessada no acesso à patente empreendeu todos esforços para adquirir o seu licenciamento junto do proprietário. Por outro lado, deve demonstrar-se que a tecnologia protegida é a única capaz de atingir os objetivos de redução de emissões³⁰ e de que é absolutamente necessário o seu licenciamento para preenchimento dos objetivos previstos na lei. Nestes casos, o requisito de interesse público só estará preenchido se a tecnologia patenteada for fundamentadamente comprovada como sendo a melhor tecnologia. Esta tarefa exige ainda uma ponderação de custos e benefícios, ou seja, é necessário avaliar se o invento tem influência no ambiente, se traz mais benefícios que as tecnologias utilizadas e quais os custos económicos da sua implementação. Os mecanismos compulsórios de acesso a patentes, para além de tornarem o acesso universal, impossibilitam, por outro lado, que determinadas empresas invoquem a indisponibilidade das melhores técnicas para dessa forma se furtarem ao cumprimento das obrigações previstas na lei. Assim, o critério da disponibilidade da melhor técnica ficará, nestes casos, preenchido através de um acto administrativo de declaração de utilidade pública ou de concessão obrigatória de licença³¹. Por esta via a responsabilidade pelo cumprimento da lei fica, por maioria de razão, dependente da Administração. Caso esta considere que a tecnologia não preenche os requisitos de expropriação ou de concessão de licença obrigatória, então a tecnologia não é, no caso concreto, a melhor técnica.

Consideramos, a final, que existem outros mecanismos legais de acesso a patentes. Não afastamos a possibilidade, no âmbito da expropriação de patentes, de ser possível recorrer ao expediente do artigo 16.º do Código das Expropriações³² que consagra a possibilidade de existir uma expropriação urgentíssima nos casos em que ocorra uma calamidade pública³³.

²⁹ Assim como o processo de expropriação no Código das Expropriações apresenta várias fases, também o processo de expropriação de patentes deve seguir essas mesmas fases sendo-lhes aplicado o processo de expropriação de móveis estabelecido naquele diploma.

³⁰ A patente em si mesma é considerada como um instrumento ambientalmente neutro. De facto, a patente só assume algum relevo a nível ambiental quando se associa ou é utilizada para outros fins e, principalmente, quando é alvo de um processo de licenciamento obrigatório ou de expropriação. Vide Paul Gormley, "Compulsory Patent Licenses and Environmental Protection", *Tulane Environmental Law Journal*, 131, 1993, pp. 131 e ss..

³¹ A licença obrigatória é gerada por um acto administrativo, não obstante a relação jurídica resultante da sua emissão ser uma relação jurídico privada. Cfr. J. P. Remédio Marques, *Licenças (voluntárias e obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 193.

³² O procedimento de expropriação urgentíssima é mais curto e não segue o procedimento geral adotado nas expropriações em geral e nas expropriações urgentes em particular.

³³ Estas situações também podem ainda enquadrar situações de requisição civil para o caso de utilizações temporárias. Cfr. J. P. Remédio Marques, *Licenças (voluntárias e obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 193 e 194

Segundo este artigo, o Estado poderá tomar posse administrativa imediata dos bens destinados a responder a uma necessidade ou a remover um perigo sem qualquer formalidade prévia. Nestas situações, a expropriação urgentíssima afasta a ilicitude da utilização de um processo ou produto patenteado. Outro caminho possível é o recurso ao regime do estado de necessidade³⁴. O caso *City of Milwaukee vs. Activated Sludge* é um exemplo de que em determinadas situações é necessário infringir os direitos conferidos pelas patentes para proteção do ambiente. Neste caso, para evitar a contaminação do lago Michigan, nos Estados Unidos, foi utilizada uma patente relacionada com o tratamento de esgotos sem autorização prévia do detentor. Não obstante o tribunal verificar que havia, de facto, uma infração aos direitos concedidos pela patente, considerou que a cidade não podia ficar sem sistema de tratamento de esgotos dado o perigo de contaminação que uma descarga direta de poluentes poderia causar no lago ou cidades próximas. Nesta situação, a ilicitude resultante da utilização de uma tecnologia protegida pela patente encontra-se justificada pelo interesse público e pelo estado de necessidade.

No nosso país até ao momento presente apenas existe o registo de um caso de licenciamento obrigatório de patentes relacionado com saúde pública e ambiente³⁵ e nenhum caso de expropriação de patentes de tecnologias ambientais³⁶. A utilização destes mecanismos, em especial o licenciamento obrigatório, tem sido mais frequente em países como a Alemanha, o Japão ou o Reino Unido³⁷. Estes países, não obstante apresentarem um crescimento económico de relevo, demonstram que é possível, através da lei, assegurar o equilíbrio entre o desenvolvimento tecnológico e a preservação ambiental. O incentivo ao desenvolvimento de tecnologias ambientais³⁸ é feito, em determinados países, através da

³⁴ Estabelecido no artigo 3.º, n.º 2 do Código de Procedimento Administrativo consagra que “Os actos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas neste Código, são válidos, desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados terão o direito de ser indemnizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração.”. O artigo 339.º do Código Civil determina, por sua vez, que “É lícita a ação daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo atual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro”. Para os casos de crime, prescreve o artigo 35.º do Código Penal, “Age sem culpa quem praticar um facto ilícito adequado a afastar um perigo atual, e não removível de outro modo, que ameace a vida, a integridade física, a honra ou a liberdade do agente ou de terceiro, quando não for razoável exigir-lhe, segundo as circunstâncias do caso, comportamento diferente”.

³⁵ Patente Nacional n.º 76136, apresentada em 2002 relacionada com um processo de misturas fungicidas sinérgicas.

³⁶ No Estados Unidos, com a aprovação do *Clean Air Amendments of 1971*, foi introduzida a licença obrigatória para tecnologia relacionada com o controlo da poluição. Cfr. Warren F. Schwartz, “Mandatory Patent Licensing of Air Pollution Control Technology”, *Virginia Law Review*, vol. 57, n.º 4, 1971, pp. 719 e ss.. Este diploma consagrou uma série de incentivos económicos à proteção do ambiente através, por exemplo, da implementação de um sistema de comércio e troca de licenças de emissão ou através da concessão de créditos àqueles que voluntariamente reduzissem as suas emissões. Este sistema é o mesmo que se encontra consagrado, de resto, na Diretiva n.º 2009/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa. Em 1973, também nos Estados Unidos, se tentou passar a *Hart Bill* que consistia numa previsão de licenciamento obrigatório de patentes em casos de saúde pública, segurança e proteção do ambiente que não foi aprovada, em grande maioria, devido a razões de ordem ideológica.

³⁷ Cfr. Joseph A. Yosik, “Compulsory Patent Licensing for Efficient Use of Inventions”, in *University of Illinois Law Review*, vol. 2001, p. 1276. O Autor explica que em países como os Estados Unidos o licenciamento obrigatório de patentes não é muito comum, mas refere um caso *Vitamin Technology, Inc v. Wisconsin Alumni Research Foundation* sobre uma patente de introdução de vitamina C em alimentos. O que se pretendia era estender um processo de introdução artificial de vitamina C em alimentos como a margarina (que o Autor refere como alimento das classes mais pobres). Apesar de terem vencido a causa por outros motivos, o juiz considerou que a limitação de acesso a uma patente que comprovadamente contribuisse para a saúde pública deveria motivar a sua divulgação.

³⁸ Ao contrário da tutela da invenção, considera-se que o segredo industrial não traz grandes vantagens ao desenvolvimento das tecnologias ambientais. Naturalmente que as empresas que se fazem valer do segredo industrial são as que não têm como escopo o desenvolvimento de tecnologia deste tipo, ao contrário das que se dedicam à criação de tecnologias ambientais que visam diretamente os lucros gerados pela exploração das respetivas patentes. Cfr. Gregory N. Mandel, “Promoting Environmental Innovation with Intellectual Property Innovation: A New Basis for Patent Rewards”, in *The Temple Journal of Science, Technology & Environmental Law*, Philadelphia, 51 e ss..

simplificação de procedimentos de registo de patentes, da diminuição ou isenção de taxas ou do investimento em investigação. Autores há que propõem vários sistemas de incentivo à inovação nesta matéria. Um deles é a criação de um sistema de recompensa pela criação de patentes (*patent reward system*³⁹) em que o Estado pode adquirir a patente compensando e subsidiando o criador do invento para, desta forma, se colocar à disposição de todos tecnologia que, no seu conjunto, poderá vir a ter efeitos positivos concretos no ambiente⁴⁰. A utilização de tecnologias que diminuam o impacto ambiental tem também vantagens comerciais. A União Europeia tem promovido o consumo de bens ambientalmente sustentáveis através de numerosas iniciativas. Uma delas é o sistema do rótulo ambiental certificado, das auto-declarações do produtor ou das declarações ambientais de produto. Nos termos do Regulamento (CE) n.º 1980/2000, de 17 de julho, estes sistemas visam estimular a procura de produtos (bens ou serviços) de reduzido impacto ambiental. As empresas que produzem de forma ambientalmente responsável terão, em princípio, vantagens na comercialização dos seus produtos⁴¹. No nosso país, foi também aprovada a Estratégia Nacional para as Compras Públicas Ecológicas 2008-2010 – Resolução do Conselho de Ministros n.º 65/2007, de 7 de maio. De acordo com este documento “ao ter em consideração as preocupações ambientais, a contratação pública contribui para o desenvolvimento de novas tecnologias, a apresentação de soluções inovadoras, a utilização mais eficiente de recursos e, deste modo, para o desenvolvimento sustentável. Este facto incentivará o aparecimento de novos mercados e o incremento do progresso científico e da invenção tecnológica e será mais uma oportunidade em termos nacionais, enquanto estímulo para o crescimento e modernização do tecido empresarial português”⁴².

³⁹ *Ibidem*. De acordo com este Autor, o benefício a ser atribuído ao inventor não diz respeito ao que ele ganharia com a patente, mas sim o valor que a sua inovação significa para sociedade. Este sistema destina-se a evitar que as empresas produtoras de tecnologias ambientais, ao praticar preços muito elevados, façam com que outros não as possam adquirir. Existe, porém, determinado tipo de inventos em que não é dada ao operador a opção entre patentear ou atribuir a invenção ao Estado, como é o caso dos inventos relacionados com a energia nuclear. Nos Estados Unidos, apesar do licenciamento compulsório de patentes não ser muito vulgar, há porém casos especiais em que é necessário recorrer-se ao licenciamento obrigatório (cfr. *Atomic Energy Act* para invenções relacionadas com a energia atômica e o *Clean Air Act* para invenções relacionadas com a poluição do ar e o *The Plant Variety Protection Act*, sobre reprodução sexual de plantas). No nosso sistema jurídico não existem semelhantes previsões, a não ser que se integrem nas restrições à patenteabilidade por motivos de interesse público, conforme o que se encontra estabelecido no artigo 53.º do CPI e 53.º da Convenção de Munique (patente Europeia).

⁴⁰ A finalidade do *Clean Air Act*, em 1970 foi, ao impor padrões de emissões, criar um mercado para o desenvolvimento de tecnologias ambientais.

⁴¹ *Vide* Cfr. Warren F. Schwartz, “Mandatory Patent Licensing of Air Pollution Control Technology”, in *Virginia Law Review*, vol. 57, n.º 4, 1971, p. 722.

⁴² Os mecanismos compulsórios de acesso às patentes podem servir ainda para eliminar assimetrias criadas pela tutela da invenção a nível do comércio internacional. Na verdade, a tutela da invenção tem contribuído para aprofundar desigualdades entre os países em desenvolvimento e os países desenvolvidos. A biotecnologia tem sido responsável pela criação de verdadeiros paradoxos, na medida em que determinados países utilizam o património genético de outros países, em especial de países pobres e com necessidades de desenvolvimento, para criarem produtos, os quais, por sua vez, protegem através da propriedade intelectual. Isto leva a que, por um lado, os países em desenvolvimento, sofram no seu território as consequências da exploração dos seus recursos naturais e que, por isso, sejam obrigadas a impor restrições ambientais para combaterem um problema para o qual não contribuíram com tecnologia dispendiosa e de difícil acesso. Face à falta de recursos e à dificuldade em aceder a estas novas tecnologias, estes países tendem a recorrer a atividades mais lucrativas para subsistir, mas que degradam o ambiente. Os mecanismos de acesso compulsório às patentes seriam, por isso, uma saída para este desequilíbrio e um meio idóneo para a preservação de recursos. Vejamos os casos do Brasil e da atividade de exploração mineira ou desmatamento para pecuária na Amazônia (Mato Grosso). O mesmo se tem passado em parques naturais da Indonésia e no Equador. A necessidade de equilíbrio entre os países desenvolvidos e aqueles que agora se começam a desenvolver encontra-se já plasmado na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento. Porém, a necessidade de desenvolvimento teve eco, em 2009, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas, ou Conferência de Copenhaga, em que países como a China e o G77 (77 países em desenvolvimento subscritores da Declaração Conjunta dos Setenta e Sete Países emitida na Con-

(IV) Conclusão

A divulgação e a partilha de informações é uma obrigação complexa e de conteúdo variável. O objeto da informação a transmitir relaciona-se com ciclo de vida do evento a que diz respeito, sendo mais útil a sua transmissão na sua fase preventiva. Por isso, os conflitos entre a tutela da invenção e a prevenção de riscos tecnológicos serão mais intensos nesta primeira fase, uma vez que a partilha de informações tende a incidir sobre matérias que se encontrarão, com muita probabilidade, protegidas pela patente. Conforme tivemos oportunidade de demonstrar, a transmissão de informações pode abranger, nesta fase, informação relacionada com a identificação de perigos potenciais de determinada indústria. De facto, na Diretiva Seveso⁴³ encontra-se estabelecida uma obrigação de transmissão de informações relacionadas, designadamente, com: a classificação de substâncias e de misturas, com a forma física da substância perigosa em condições normais de manuseamento ou processamento, com as propriedades intrínsecas da substância perigosa (em particular, físicas e químicas, n.º 1 e n.º 3 do artigo 4.º)⁴⁴, com as propriedades que possam causar danos físicos e para a saúde (cfr. alínea c) do n.º 3 do artigo 4.º) e com as propriedades que possam causar danos ao ambiente (cfr. alínea d) do n.º 3 do artigo 4.º). Nestes casos, a tutela inventiva pode ser posta em causa pela transmissão deste conjunto de informações, principalmente quando os destinatários são a Comissão (artigo 4.º) ou o público potencialmente afetado. Por outro lado, as informações a transmitir podem também compreender a partilha de informação relacionada com a adoção das melhores tecnologias disponíveis. A imposição de adoção das melhores técnicas disponíveis pode também colidir com os objetivos de tutela da inovação. Este conflito de direitos encontra-se presente também, como tivemos oportunidade de demonstrar, no segundo momento de transmissão de informações. Esta fase compreende informações aptas a fazer face a uma catástrofe. Estas situações podem justificar a violação de direitos conferidos pela patentes em nome do interesse público. Consideramos, contudo, que a tutela da invenção e a prevenção de riscos tecnológicos podem coexistir. No entanto, a tutela da invenção não deve subsistir sempre que esteja a ser utilizada *contra legem*. Assim, a proteção não deve ser usada para impedir outros de aceder a tecnologias ou informações aptas à prevenção de riscos, prejudicando os objetivos de proteção do ambiente. Consideramos, então, que, nos casos em que o invento é explorado abusivamente, a tutela da invenção deve ceder em nome da proteção de pessoas, bens e recursos naturais. Nestes casos, quando o equilíbrio entre a tutela da invenção e os objetivos de prevenção não sejam alcançados pelo funcionamento natural das patentes, a utilização dos mecanismos compulsórios, em particular das licenças obrigatórias, revela-se como um meio adequado para restabelecimento daquele equilíbrio.

ferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD) se opuseram à redução dos níveis de CO₂ com fundamento no direito ao desenvolvimento que os atuais países desenvolvidos, e principais causadores dos atuais níveis de CO₂, já beneficiaram. Cfr. Richard Little, “International Regimes”, in *The Globalisation of World Politics*, 4.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 296 e ss.. Note-se que em 1992, o Presidente Bush se recusou a assinar a Convenção da Diversidade Biológica, que considerou não proteger o suficiente as patentes biotecnológicas. Até ao momento presente só este país, o Sudão do Sul, Andorra e o Vaticano não assinaram esta Convenção. Como retaliação alguns países da Convenção recusaram-se a celebrar com aqueles acordos relacionados com a exploração de recursos naturais. Isto leva atualmente a que sejam as próprias empresas a fazer acordos diretos com os países que fazem parte da convenção. Cfr. Cheryl D. Hardy, “Patent Protection and Raw Materials: The Convention on Biological Diversity and its Implications for US Policy on the Development and Commercialization of Biotechnology”, in *Journal of International Law*, vol. 15, n.º 2, 1995, p. 316.

⁴³ Teremos como referência a redação da Diretiva n.º 2012/18/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho, cujas alterações ainda não foram introduzidas no Decreto-lei n.º 254/2007, de 12 de julho, que transpôs para o direito interno a Diretiva n.º 2003/105/CE.

⁴⁴ Massa molecular, pressão de vapor saturado, toxicidade intrínseca, ponto de ebulição, reatividade, viscosidade, solubilidade e outras propriedades relevantes (cfr. artigo 4.º, n.º 3, al. b)).

Através de uma adequada e razoável remuneração das patentes, os inventores tenderão a partilhar o seu invento sendo, desta forma, desencorajados a mantê-lo em segredo. Daí que seja importante incentivar o detentor do direito de patente a recolher os proventos daquilo que inventou para se alcançar, por esta via, uma coexistência sustentável entre a tutela da invenção e a prevenção de riscos tecnológicos. São, por fim, objetivos de prevenção que devem fundamentar a divulgação e o incentivo à partilha de informação capaz de otimizar a proteção do ambiente.

Palavras-chave: prevenção; riscos tecnológicos; informação ambiental; tutela da invenção; melhores técnicas disponíveis.

Rita Maurício

Estudante de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Investigadora financiada pela Fundação para a Ciência e Tecnologia, I.P.
anaritamauricio@gmail.com

BIBLIOGRAFIA

ARAGÃO, Alexandra, “A Prevenção de Riscos em Estado de Direito Ambiental”, in www.ces.uc.pt, pp. 1-37.

DIAS, José Eduardo Figueiredo, “A Licença Ambiental no Novo Regime da PCIP”, in *Revista do Centro de Direito de Ordenamento do Território e Urbanismo*, n.º 4, n.º 1, 2001, pp. 1-27 (disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt>).

FISCH, Alan M., “Compulsory license of pharmaceutical products: an unreasonable solution to an unfortunate problem,” in *Jurimetrics*, vol. 34, n.º 3, 1994, pp. 295-301.

GOLLIN, Michael A. “Intellectual Property & Environmental Protection”, in *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 4, 1991, pp. 193-235.

GOMES, Carla Amado, “O direito à informação ambiental: velho direito, novo regime”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 9, ano 28, n.º 109, Jan/Mar, 2007, pp. 5-21.

GOMES, Carla Amado, “A caminho de uma ecocidadania: notas sobre o direito a informação ambiental (Anotação ao Acórdão TC n.º 136/05)”, in *Justiça Constitucional*, n.º 9, Jan./Mar., 2006, pp. 17-26.

GONÇALVES, Luís, *Manual de Direito Industrial – Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 2013.

GORMLEY, Paul, “Compulsory Patent Licenses and Environmental Protection”, in *Tulane Environmental Law Journal*, n.º 131, 1993, pp. 131-163.

GRUBB, Philip W., *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology*, 4.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2004.

HANSEN, Bernd/HISCH, Fritjoff, *Protecting Inventions in Chemistry – Commentary on Chemical Case Law under the European Patent Convention and the German Patent Law*, Munich, 1997.

HARDY, Cheryl D. “Patent Protection and Raw Materials: The Convention on Biological Diversity and its Implications for US Policy on the Development and Commercialization of Biotechnology”, in *Journal of International Law*, vol. 15, n.º 2, 1995, pp. 299-326.

LARROUY-CASTERA, Xavier / OURLIAC, Jean-Paul, *Risques et Urbanisme*, 2001.

LITTLE, Richard, “International Regimes”, in *The Globalization of World Politics*, 4.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 296-311.

MANDEL, Gregory N., “Promoting Environmental Innovation with Intellectual Property Innovation: A New Basis for Patent

Rewards”, in *The Temple Journal of Science, Technology & Environmental Law*, vol. 24, n.º 1, Philadelphia, 2005, pp. 1-26.
MARGUENAUD, Jean-Pierre, “La Convention D’Aarhus et La Convention Européenne des Droits de l’Homme”, in *Revue Juridique de l’Environnement*, número especial, 1999, pp. 77-87.

MARQUES, J. P. Remédio, *Licenças (voluntárias e obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, Coimbra, Almedina, 2008.

O’DONNELL, Ryan W. /O’MALLEY, John J./HUIS, Randolph J./HALT, Gerald B., *Intellectual Property in the Food Technology Industry*, Springer, 2008.

PRIEUR, Michel, “La Convention d’Aarhus, Instrument Universel de la Démocratie Environnementale”, in *Revue Juridique de l’Environnement*, número especial, 1999, pp. 9-29.

SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial – Noções Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

WILSHER, Daniel, “Freedom of Environmental Information: Recent Developments and Future Prospects”, in *European Public Law*, vol. 7, n.º 4, 2001, pp. 671-697.

YOSICK, Joseph A. “Compulsory Patent Licensing for Efficient Use of Inventions”, in *University of Illinois Law Review*, n.º 5, 2001, pp. 10-29.

Responsabilidade contra-ordenacional ambiental (*)

***Um breve excurso sobre o regime jurídico plasmado
nos artigos 8.º e 11.º da Lei n.º 50/2006,
de 29 de Agosto***

Resumo

O cerne do presente escrito consiste em analisar o regime da responsabilidade contra-ordenacional ambiental plasmado na Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, conhecida por Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais. Em concreto, propomo-nos abordar dois conjuntos de questões, quais sejam: (i) em que termos se afere a responsabilidade contra-ordenacional ambiental tanto da pessoa coletiva como da pessoa singular (artigo 8.º); e (ii) como se deve interpretar a regra de responsabilidade solidária aí contemplada (artigo 11.º).

I. Abertura

1. Comentários preliminares

Considerando os exemplos bem-sucedidos de outros regimes sectoriais do direito contra-ordenacional que contribuíram para a diminuição das infrações praticadas (e.g. domínio laboral, aéreo e do mercado dos valores mobiliários), foi aprovada para o domínio ambiental, a Lei n.º 50/2006, de 29 de agosto, também conhecida por Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais (LQCOA¹) cuja aplicação tem permitido uma progressiva consciencialização dos cidadãos e dos agentes económicos para as questões ambientais².

A LQCOA pretende delinear um regime jurídico uniforme para as múltiplas contra-ordenações ambientais que se encontravam dispersas na vasta legislação vigente, quer no plano da tramitação do procedimento, quer no plano das regras substantivas³. Dada a pulverização de contra-ordenações ambientais na vasta rede legislativa que abarca o ambiente, o legislador entendeu que o desiderato de uma Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais poderia assegurar uma melhor integração das diferentes contra-ordenações existentes no sistema, privilegiando a unidade da ordem jurídica⁴.

(*) Antes de prosseguir, gostaríamos de deixar três palavras de agradecimento. A primeira para a Dra. Andreia Magalhães pelo apoio incondicional e a orientação imprescindível nas minhas funções laborais. A segunda para a Dra. Clarisse Gonçalves pela indicação do tema e pelos preciosos contributos a propósito da interpretação do regime. *Last but not least*, a minha Ana Raquel, a força motivacional que anima os momentos mais atribulados, e o sorriso que ilumina a minha existência.

¹ Relegando a legislação anteriormente aplicável – o Decreto-Lei n.º 433/82 de 27 de outubro – para um papel subsidiário, conforme determina o artigo 2.º, n.º 1 da LQCOA.

² Embora a Constituição da República Portuguesa (CRP) não se pronuncie expressamente sobre a tutela contra-ordenacional ambiental, este vazio normativo viria a ser colmatado com a aprovação da Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 11/87, de 07 de Abril) que prevê no artigo 47.º a admissibilidade do ilícito de mera ordenação ambiental. Note-se que este diploma foi recentemente revogado pela Lei n.º 19/2014 de 14 de abril.

³ O tempo dirá se o objetivo do legislador foi alcançado, isto é, se a ordem jurídica, a sociedade e o ambiente beneficiaram com a aprovação da LQCOA. Trata-se, porém, de um exercício de reflexão que, por motivos de espaço e de tempo, exorbita o âmbito da nossa exposição pelo que terá que aguardar por uma outra oportunidade.

⁴ Carla AMADO GOMES, “As contra-ordenações ambientais no quadro da Lei 50/2006, de 29 de Agosto: Considerações gerais e observações tópicas”, in Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles Volume I, Coimbra, Almedina, 2012, p. 465.

O cerne do presente escrito consiste em analisar uma parcela do regime substantivo inscrito na LQCOA e que se prende com a responsabilidade contra-ordenacional ambiental plasmada nos artigos 8.º e 11.º da LQCOA. Em concreto, gostaríamos de abordar dois conjuntos de questões. Por um lado, em que termos se afere a responsabilidade contra-ordenacional ambiental tanto da pessoa coletiva como da pessoa singular. Por outro lado, como se deve interpretar a regra de responsabilidade solidária aí contemplada.

2. Importância e atualidade do tema

Trata-se de um tema da maior importância, e de uma premência gritante, cujas razões são fáceis de intuir.

Do ponto de vista económico e social, a imputação de responsabilidade contra-ordenacional tornou-se mais complexa com a evolução do comércio jurídico. O desenvolvimento das sociedades modernas conduziu a maiores preocupações ambientais, o que exige uma resposta cada vez mais pronta e adequada no plano da ordenação social. A teoria geral de imputação com base no binómio pessoa singular versus pessoa coletiva é insuficiente. A própria construção teórica da responsabilidade da pessoa coletiva evoluiu: o modelo de imputação orgânica é insuficiente para os desafios dos tempos modernos, devendo equacionar-se a utilização combinada de outros esquemas de imputação como por exemplo, o modelo representativo e o modelo funcional, conforme teremos oportunidade de explicitar.

Do ponto de vista dogmático, a leitura das normas dos artigos 8.º e 11.º da LQCOA suscita muitas questões tanto no plano hermenêutico (e.g. a cumulação de responsabilidade contra-ordenacional da pessoa singular e da pessoa coletiva), como no plano prático (e.g. as dificuldades associadas à produção de prova, sobretudo nas infrações cometidas em nome ou por conta de outrem).

Do ponto de vista administrativo e institucional, a atual conjuntura de austeridade que fustiga o País tem-se repercutido negativamente no domínio da ordenação ambiental pela falta de meios, quer em termos humanos, quer em termos materiais, quer em termos orçamentais, quer ainda em termos de colaboração institucional. Por fim, do ponto de vista financeiro, os montantes das coimas ambientais passíveis de cominação são muito relevantes, podendo atingir valores astronómicos. As molduras previstas para as coimas ambientais no artigo 22.º da LQCOA são elevadíssimas, especialmente para as contra-ordenações classificadas como graves e muito graves⁵. Longe vão, pois, os tempos em que a contra-ordenação se dedicava aos assuntos de bagatela, sobretudo no domínio ambiental.

3. Metodologia adotada e sequência da exposição

A teoria e a prática são duas dimensões cognitivas imprescindíveis para qualquer exercício de reflexão. Tendo este propósito em mente, procuraremos deslindar os principais contornos do regime da responsabilidade contra-ordenacional através de um modelo de interpretação que seja coerente e integrado no quadro do direito contra-ordenacional, sem nunca perder de vista a sua ressonância prática. Para este efeito, contaremos com as vozes mais autorizadas da doutrina e os ensinamentos valiosos da nossa jurisprudência. Sempre que oportuno, estabeleceremos a ponte para o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, que institui o Regime Geral das Contra-Ordenações (RGCO), bem como outros ramos sectoriais do Direito contra-ordenacional.

⁵ Note-se que as contra-ordenações muito graves praticadas com dolo podem ascender a 2,5 milhões de euros e 37.500 euros, para a pessoa coletiva e a pessoa singular respetivamente (artigo 22.º da LQCOA), o que irá desencadear certamente algum debate constitucional, pois que os valores dos limites máximos, além de serem elevados, excedem largamente os que os montantes das multas previstas para crimes ambientais.

O trabalho encontra-se dividido em três partes. A primeira parte serviu essencialmente de introito no sentido de enquadrar o tema do trabalho e explicitar a sua pertinência. A segunda parte terá dois ângulos de incidência. Por um lado, aferir as linhas interpretativas do regime da responsabilidade contra-ordenacional previsto no artigo 8.º da LQCOA tanto da pessoa coletiva como da pessoa singular. Por outro lado, traçar o regime de responsabilidade solidária pelo pagamento da coima ínsito no artigo 11.º da LQCOA. A terceira parte é breve e tem apenas como fito dar por encerrada a exposição.

Como deixámos antever, adotamos as regras da nova ortografia, ressalvadas as citações de normas legais e de outras fontes (doutriniais e jurisprudenciais) redigidas ao abrigo das antigas regras.

II. A Responsabilidade Contra-Ordenacional Ambiental

1. As Pessoas Coletivas

1.1 Delimitação do âmbito de incidência subjetiva

O princípio basilar encontra-se respaldado no artigo 8.º, n.º 1 da LQCOA: “[a]s coimas podem ser aplicadas às pessoas colectivas, públicas ou privadas, independentemente da regularidade da sua constituição, bem como às sociedades e associações sem personalidade jurídica”.

Daqui poderemos extrair desde logo duas notas preciosas.

A primeira nota para salientar que **as pessoas coletivas que não tenham personalidade jurídica, isto é, que estejam irregularmente constituídas, podem ser punidas a título de responsabilidade contra-ordenacional ambiental**. Subsumem-se nesta categoria todas as entidades a quem a lei atribui personalidade judiciária⁶, ainda que não tenham personalidade jurídica, por exemplo: as associações sem personalidade jurídica e as comissões especiais⁷, as sociedades civis⁸, as sociedades comerciais até à data do registo definitivo do contrato pelo qual se constituem⁹, o condomínio, navios, *inter alia*¹⁰.

Neste contexto, a jurisprudência tem-se confrontado com casos interessantes. Por exemplo, no acórdão de 15-05-2002 o Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) considerou que a Junta de Freguesia embora seja o órgão executivo de uma pessoa coletiva (a Freguesia), não poderá ser confundida com esta. Logo, a Junta de Freguesia não poderia ser condenada a título contra-ordenacional. Por sua vez, no acórdão de 24-06-1997 o Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) concluiu que o jornal “O Independente” – uma publicação periódica – não goza de personalidade judiciária contra-ordenativa pelo que é insuscetível de ser arguido. Assim, rematou o órgão jurisdicional que a falta de arguido implica a inexistência jurídica da decisão condenatória.

A segunda nota visa clarificar que **a referência a pessoas coletivas públicas deve ser interpretada restritivamente de modo a abranger tão-somente as entidades públicas que não atuem ao abrigo de poderes de autoridade**¹¹.

⁶ Cf. o artigo 6.º do Código de Processo Civil.

⁷ Vide o artigo 195.º e ss. do Código Civil.

⁸ Cf. O artigo 980.º e ss. do Código Civil.

⁹ Vide o artigo 5.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC).

¹⁰ Neste sentido, Paulo Pinto de ALBUQUERQUE Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 54.

¹¹ Em sentido semelhante depõe o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (PGR) n.º 102/89, de 27 de setembro de 1990, apresentando as seguintes conclusões: (i) excluem-se do âmbito do conceito de pessoa coletiva pública o Estado (...) e as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira; (ii) excluem-se, também, as pessoas coletivas que integrem a Administração central, regional e local (...) (iii) por conseguinte, observadas as exceções definidas, são suscetíveis de responsabilidade contra-ordenacional, designadamente, os institutos

Vale a pena trazer à liça o acórdão do TRL de 04-02-2004. Neste aresto, o Tribunal firmou que as regiões autónomas, as autarquias e outras pessoas coletivas públicas respondem por contra-ordenações cometidas pelos seus representantes quando atuem sem prerrogativas de poder público, como foi o caso *sub iudice* onde se verificou um corte de sobreiros pelos funcionários de um município sem a autorização da direção regional de agricultura”¹².

1.2 Critérios de Imputação de Responsabilidade Contra-Ordenacional

Delimitado o conceito de pessoa coletiva, cumpre agora escarpelizar os termos em que uma pessoa coletiva pode ser chamada a responder pela prática de uma contra-ordenação ambiental.

Dispõe o artigo 8, n.º 2 da LQCOA que: “[a]s pessoas coletivas e as entidades que lhes são equiparadas no número anterior são responsáveis pelas contra-ordenações previstas na presente lei quando os factos tiverem sido praticados, no exercício da respetiva atividade, em seu nome ou por sua conta, pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores”.

Esta norma consagra uma responsabilização mais ampla do que aquela que consta do RGCO¹³. Como assinala Lourenço NOGUEIRO, “a pessoa coletiva assume a responsabilidade pelas infrações praticadas por toda e qualquer pessoa que com ela tenha conexão material e jurídica (sejam quadros dirigentes, superiores ou intermédios, representantes legais, trabalhadores, etc.) e cuja atuação seja a expressão da vontade do ente colectivo”¹⁴.

Com efeito, três modelos de imputação decorrem do artigo 8.º, n.º 2 da LQCOA. Em primeiro lugar, está previsto o **modelo clássico de imputação orgânica** segundo o qual os atos dos titulares de órgãos cometidos no exercício das funções responsabilizam a pessoa coletiva.

Em segundo lugar, a norma alberga o **modelo de imputação representativa** segundo o qual a pessoa coletiva é chamada à responsabilidade tanto pelos atos de representantes praticados em nome dela como os atos de mandatários praticados por conta dela (no interesse dela)¹⁵. A inclusão expressa e conjunta dos termos “mandatários” e “representantes” confirma esta leitura. Por outro lado, os termos “representante” e “mandatário” devem ser interpretados numa aceção ampla no sentido de abranger a representação legal e de facto, bem como o mandato com representação¹⁶.

Por fim, o preceito admite o **modelo de imputação funcional** segundo o qual a responsabilidade da pessoa coletiva pode advir de factos praticados por indivíduos que lhe estão juridicamente subordinados (e.g. trabalhadores, funcionários, empregados) no âmbito da atividade da pessoa coletiva¹⁷. Paulo Pinto de ALBUQUERQUE explica o fundamento subjacente à norma: “o empregado está sob a direção do empregador, pelo que este responde

públicos e os serviços personalizados do Estado, as autarquias locais, e outras pessoas coletivas de direito público [e.g. as entidades do setor empresarial público e as fundações públicas].

¹² Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações, cit., p. 54.

¹³ De acordo com o artigo 7.º, n.º 2 do RGCO: “[a]s pessoas coletivas ou equiparadas serão responsáveis pelas contra-ordenações praticadas pelos seus órgãos no exercício das suas funções”.

¹⁴ Lourenço NOGUEIRO, “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais” in Revista Portuguesa do Direito do Consumo n.º 57, Lisboa, Associação Portuguesa de Direito do Consumo, 2009, p. 22.

¹⁵ Nos termos do artigo 87.º do RGCO, as pessoas coletivas sem personalidade jurídica apenas podem ser representadas no processo contra-ordenacional “por quem legal ou estatutariamente as deva representar”. Por conseguinte, no processo contra-ordenacional está afastada a possibilidade de representação por outra pessoa indicada pela entidade, estando a pessoa coletiva impedida de aproveitar da hipótese prevista na parte final do artigo 163.º, n.º 1 do Código Civil.

¹⁶ A este respeito, cumpre notar que o Tribunal Constitucional no acórdão 395/2005 ao pronunciar-se sobre o artigo 7.º do Regime Jurídico das Infrações Fiscais Não Aduaneiras (RJIFNA) concluiu que a expressão “órgãos e representantes” inclui os representantes de facto.

¹⁷ Ao invés, a pessoa coletiva já não é responsável pelos atos do empregado, cometidos fora do exercício das respetivas funções, desde que estes factos sejam praticados em nome do empregado ou no interesse deste.

pela contra-ordenação, mesmo que não conheça nem possa conhecer o cometimento da infração pelo empregado. *O poder de direcção do empregador coloca-o na posição de poder previamente tomar as medidas necessárias para evitar o cometimento futuro de infracções pelos que lhe estão subordinados. Portanto, caso o empregador tenha tomado as medidas necessárias para fazer os empregados observar a lei e estes cometam infracções, o empregador fica desobrigado* (itálico nosso)¹⁸. Contudo, a pessoa coletiva já pode ser responsabilizada por contra-ordenações cometidas pelos seus empregados fora do objeto social, desde que sob as suas ordens ou fiscalização como veio a decidir o Tribunal da Relação Porto (TRP) no acórdão de 12-05-2008.

Em jeito de síntese, **a responsabilidade contra-ordenacional ambiental da pessoa coletiva verifica-se quando haja uma correspondência fáctica e de sentido entre a conduta do agente** (seja este titular de um órgão, representante, mandatário ou trabalhador) **que atua em nome da pessoa coletiva ou por conta dela e as funções por eles exercidas**. Como defende Paulo Pinto de ALBUQUERQUE “*não basta que o órgão ou o agente atuem ilicitamente por ocasião das suas funções, sendo necessário que ele atue por causa delas*” (itálico e sublinhado nossos)¹⁹.

1.3 Exclusão de Responsabilidade Contra-Ordenacional

De acordo com a norma contida no artigo 8.º, n.º 4 da LQCOA: “[a] responsabilidade (...) é excluída se a pessoa colectiva provar que cumpriu todos os deveres a que estava obrigada, não logrando, apesar disso, impedir a prática da infração por parte dos seus trabalhadores ou de mandatários sem poderes de representação”.

Trata-se de um preceito inovador no Direito contra-ordenacional ambiental face ao regime anteriormente aplicável²⁰, e que irá suscitar certamente muita discussão.

Desde logo, coloca-se a questão de saber **quais os deveres que incumbem à pessoa coletiva para se eximir da responsabilidade** pelas infrações cometidas pelos trabalhadores ou pelos seus mandatários sem poderes de representação?

Em nosso entender, a norma não se contenta com a formulação de recomendações de conduta, nem com meras diretrizes de atuação, nem com comunicados alertando que certas condutas são passíveis de punição contra-ordenacional, nem com a emissão de instruções que exortem os seus funcionários a agirem com o máximo de cuidado e de diligência²¹, menos ainda com a prestação de conselhos. É pois imperioso que a pessoa coletiva demonstre que cumpriu todos os deveres que lhe incumbem não tendo conseguido, ainda assim, impedir a prática dos factos que conduziram à infração. Em concreto, a pessoa coletiva deve demonstrar

¹⁸ Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações, cit., p. 50. Acrescenta ainda o autor que esta regra representa uma extensão da regra geral do artigo 16.º, n.º 1 do RGCO, que implica a responsabilidade do empregador e do empregado por facto cometido pelo empregado sempre que o empregador conheça ou deva conhecer o cometimento da infração pelo empregado.

¹⁹ Valerá a pena articular esta doutrina com o sétimo ponto das conclusões do Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 11/2013 de 16 de setembro onde se defende que para os efeitos de aplicação do artigo 7.º do Regime Geral das Contra-Ordenações “não é necessária a identificação concreta do agente singular que cometeu a infração para que a mesma seja imputável à pessoa coletiva (itálico nosso)”.

²⁰ Antes da vigência da LQCOA, a matéria da responsabilidade contra-ordenacional ambiental encontrava-se disciplinada no artigo 7.º do RGCO.

²¹ Aliás, semelhante entendimento foi adotado pelo TRC no acórdão de 27-02-2003. Em sentido diferente, pronunciando-se sobre o RGIT, vide Manuel SIMAS SANTOS/Jorge LOPES DE SOUSA, Regime Geral das Infracções Tributárias – Anotado, Lisboa, Áreas Editora, 2001, p. 93.

que o agente no exercício das suas funções²², atuou contra ordens²³ ou instruções expressas da pessoa coletiva²⁴. O facto de o legislador exigir no artigo 8.º, n.º 4 da LQCOA que a pessoa coletiva prove ter cumprido “todos os deveres a que estava obrigada” confere algum amparo à interpretação propugnada.

Outro ponto sensível prende-se com a produção de prova que incumbe à pessoa coletiva para poder invocar a exclusão de responsabilidade contra-ordenacional porquanto a própria norma não faculta orientações a este respeito. Sem prejuízo da disciplina probatória prevista no direito processual (penal e civil), entendemos que existem alguns elementos em que a pessoa coletiva se pode apoiar. Desde logo, os contratos laborais celebrados pela pessoa coletiva podem contemplar expressamente as condutas exigidas aos trabalhadores para evitar a prática de infrações ao ambiente. Outro tanto se diga dos contratos de mandato e de representação celebrados pela pessoa coletiva (e.g. contratos de prestação de serviços). Acresce que nos dias de hoje as tecnologias da informação podem também desempenhar um papel decisivo pois permitem um contacto instantâneo dentro e fora das pessoas coletivas, assegurando em tempo real a partilha de informação, bem como a monitorização e boa gestão das relações laborais e contratuais com terceiros. Neste contexto, a pessoa coletiva pode servir-se de diversos elementos: circulares internas de conduta, manuais de procedimentos internos (manuais de qualidade), *emails* com a instrução de tarefas a realizar, *etc...*

A terceira nota prende-se com o facto de o legislador apenas admitir a exclusão da responsabilidade contra-ordenacional das pessoas coletivas relativamente a infrações praticadas por parte dos seus trabalhadores ou de mandatários sem poderes de representação²⁵.

Daqui decorre que não será possível à pessoa coletiva invocar a exclusão de responsabilidade prevista no artigo 8.º, n.º 4 da LQCOA relativamente a infrações cometidas por titulares de órgãos, representantes, e mandatários com poderes de representação, mesmo que a infração tenha sido praticada contra ordens ou instruções expressas da pessoa coletiva ou em violação de disposições estatutárias ou regulamentares internas²⁶.

Trata-se de uma opção curiosa porque o legislador difere aqui do regime consagrado noutros sectores do Direito contra-ordenacional que pressupõem um conceito lato de agente. Atente-se no artigo 401.º, n.º 3 do CVM: “[a] responsabilidade da pessoa coletiva é excluída quando o agente atue contra ordens ou instruções expressas daquela”. O mesmo se diga do artigo 7.º, n.º 2 do RGIT: “[a] responsabilidade das pessoas coletivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas é excluída quando o agente tiver atuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito”.

Que teleologia terá movido o legislador? Em nosso entender, o legislador terá pretendido consagrar uma conceção ampla de responsabilidade contra-ordenacional para as pessoas coletivas de modo a abranger os factos praticados pelos agentes que atuam em nome dela,

²² Cumprir recordar que se o agente não estiver a agir no exercício das suas funções, à partida é excluída a responsabilidade da pessoa coletiva por inexistir qualquer vínculo laboral, contratual ou de representação que ligue o agente na sua conduta à pessoa coletiva. A pessoa coletiva só poderia ser chamada à responsabilidade se, como vimos, a conduta do agente, ainda que fora do exercício de funções, tiver sido realizada em nome da pessoa coletiva ou por conta dela, ou noutros termos, no interesse da pessoa coletiva.

²³ Enquanto ordens são comandos específicos para uma situação concreta e individualizada, instruções constituem comandos de aplicação generalizada e abstrata para situações futuras. Cfr. José Eduardo de Oliveira Figueiredo DIAS/Fernanda Paula OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 85.

²⁴ Sufragamos a posição veiculada no Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 10/94, de 07-07-1994. Veja-se o preceito inscrito no artigo 401.º, n.º 3 do Código dos Valores Mobiliários (CVM) que exclui a responsabilidade da pessoa coletiva quando o agente tenha atuado *contra ordens ou instruções expressas daquela* (itálico nosso).

²⁵ Relembre-se que no artigo 8.º, n.º 2 da LQCOA o legislador estabelece a responsabilidade das pessoas coletivas e das entidades que lhe são equiparadas “quando os factos tiverem sido praticados (...) pelos titulares dos seus órgãos sociais, mandatários, representantes ou trabalhadores (sublinhado nosso)”.

²⁶ Questão diferente é saber se a infração cometida por um órgão é também imputável ao(s) membro(s) que compõe(m) o órgão ou se se circunscreve apenas à pessoa coletiva que integra (cf. ponto 2. infra).

quais sejam, os titulares dos órgãos, os representantes e os mandatários com poderes de representação. Com efeito, de nada serviria estabelecer um regime alargado de responsabilidade contra-ordenacional para as pessoas coletivas como aquele previsto no artigo 8.º, n.º 2 se depois o artigo 8.º, n.º 4 facultasse múltiplas causas de exclusão de responsabilidade, esvaziando o efeito útil do regime.

Vejamus a situação dos titulares de órgãos. As pessoas coletivas são dirigidas por órgãos. A estes cabe tomar as decisões em nome da pessoa coletiva ou manifestar a vontade imputável àquela²⁷. Assim, seria um *venire contra factum proprium* a pessoa coletiva invocar como causa de exclusão de responsabilidade uma infração praticada pelo titular de um órgão seu quando este toma decisões em nome dela (ou quando este manifesta a vontade que é imputável àquela). Por outro lado, admitir a exclusão da responsabilidade das pessoas coletivas pela conduta levada a cabo em seu nome pelos titulares dos seus órgãos poderia conduzir a uma vaga de impunidade, provocando desigualdades e injustiças no tratamento das pessoas coletivas entre si, bem como das pessoas coletivas em relação às pessoas singulares. Por isso, o legislador terá preferido manter-se fiel ao princípio de responsabilização da pessoa coletiva.

Esta linha argumentativa terá sido replicada aos representantes, e aos mandatários com poderes de representação. Nestes casos, a vontade da pessoa coletiva é manifestada nos atos praticados por estes agentes: existe como que uma extensão da entidade na pessoa que atua em seu nome. Nesta perspetiva, a atuação dos representantes, ou dos mandatários com poderes de representação encontra-se muito próxima da conduta dos titulares de órgãos²⁸.

Daí, em suma, que o legislador tenha apenas admitido a exclusão da responsabilidade contra-ordenacional da pessoa coletiva relativamente às infrações cometidas por agentes que atuem por conta dela, como sejam trabalhadores e mandatários sem poderes de representação. Trata-se de agentes que não representam a pessoa coletiva, ainda que ajam por conta dela (no interesse dela)²⁹.

1.4 Cumulação de Responsabilidade do Agente

Outra questão cuja clarificação se impõe consiste em **saber se a responsabilidade contra-ordenacional das pessoas coletivas afasta a responsabilidade contra-ordenacional dos seus respetivos órgãos e agentes.**

No artigo 8.º da LQCOA não existe qualquer norma que responda de forma convincente a esta questão. Isto é, não existe no artigo uma norma que esclareça se a responsabilidade imputada

²⁷ José Eduardo de Oliveira Figueiredo DIAS/Fernanda Paula OLIVEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*, cit., p. 59.

²⁸ Se reconhecemos razoabilidade à posição do legislador quanto aos titulares dos órgãos, temos algumas dúvidas relativamente à impossibilidade de exclusão de responsabilidade das pessoas coletivas pelas infrações cometidas pelos seus representantes e mandatários com poderes de representação. Trata-se de agentes que via de regra não exercem funções em órgãos da pessoa coletiva, sendo normalmente pessoas externas à organização. É verdade que estes agentes representam a pessoa coletiva realizando atos em nome desta, aproximando-os assim dos titulares dos órgãos. Contudo, a pessoa coletiva não exerce internamente sobre os seus representantes, e mandatários com poderes de representação o mesmo magistério de influência e de controlo que exerce sobre os titulares dos órgãos. Por outro lado, a exposição externa dos representantes, e dos mandatários com poderes de representação não se equipara com a dos titulares dos órgãos, havendo também aqui menores possibilidades de controlo por parte da pessoa coletiva. Porventura, faria sentido permitir alargar a exclusão da responsabilidade da pessoa coletiva pelas infrações praticadas pelos seus representantes, e mandatários com poderes de representação contra ordens ou instruções expressas daquela.

²⁹ De acordo com o artigo 1157.º do Código Civil “o mandato é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra”. Resulta do artigo 1161.º do Código Civil que uma das obrigações principais do mandatário consiste em praticar os atos compreendidos no mandato, segundo as instruções do mandante.

às pessoas coletivas exclui³⁰ ou não³¹ a responsabilidade individual do(s) respetivo(s) agente(s).

Assim sendo, a resposta terá que buscar-se subsidiariamente³² ao artigo 7.º, n.º 1 do RGCO: “[a]s coimas podem aplicar-se tanto às pessoas singulares como às pessoas coletivas, bem como às associações sem personalidade jurídica (sublinhado nosso)”. Daqui resulta portanto que a responsabilidade contra-ordenacional da pessoa coletiva não afasta a responsabilidade contra-ordenacional individual da pessoa singular pelo mesmo facto.

Aproveitando as palavras de Frederico de Lacerda da COSTA PINTO³³: “[n]o âmbito do Direito de Mera Ordenação Social segue-se um princípio de equiparação entre pessoas físicas e pessoas coletivas (...) pelo que a responsabilidade de um dos agentes não exclui a do outro e, portanto, mesmo que o facto seja cometido por uma pessoa física em nome de uma pessoa coletiva ele é suscetível de ser pessoalmente imputado a cada um dos sujeitos”. Acrescenta Paulo Pinto de ALBUQUERQUE³⁴ que: “[e]sta regra geral retirada do regime do Código Penal vale no silêncio da lei contra-ordenacional, quando o regime especial nada disser³⁵”.

Em suma, o legislador terá preferido não incluir uma norma expressa a prever a cumulação de responsabilidades por parte da pessoa coletiva e do agente por considerar redundante em face da solução já consagrada em termos gerais no RGCO, e apoiada no Código Penal. Por outro lado, caso o legislador tivesse querido solução diversa, teria que constar expressamente do articulado da LQCOA uma disposição nesse sentido³⁶.

Se *de iure condito* não subsistem agora dúvidas, deve dizer-se que *de iure condendo* é uma solução que merece o nosso aplauso sobretudo num domínio onde as agressões são crescentes e relativamente às quais a responsabilização das condutas, quer individuais, quer coletivas, deixa muito a desejar, prejudicando inexoravelmente o património ambiental.

2. As Pessoas Singulares

2.1 Delimitação do âmbito de incidência subjetiva

A LQCOA não contém uma disposição autónoma sobre a responsabilidade contra-ordenacional das pessoas singulares. É por isso necessário cotejar o artigo 8.º da LQCOA com

³⁰ Cf. o artigo 7.º, n.º 4 do RGIT: “[a] responsabilidade contra-ordenacional [das pessoas coletivas] **exclui** a responsabilidade individual dos respetivos agentes (sublinhado nosso)”.

³¹ Cf. o artigo 401.º, n.º 5 do CVM “[a] responsabilidade das pessoas coletivas e entidades equiparadas **não exclui** a responsabilidade individual dos respetivos agentes (sublinhado nosso)”.

³² Por força do artigo 2.º, n.º 1 da LQCOA: “[a]s contra-ordenações ambientais são reguladas (...) subsidiariamente pelo regime geral das contra-ordenações”.

³³ Cf. Francisco de Lacerda da COSTA PINTO, “A tutela do mercado de valores mobiliários e o regime de ilícito de mera ordenação social”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 218. Em sentido próximo, ver o terceiro ponto das conclusões do Parecer do Conselho Consultivo da PGR n.º 10/94, de 07-07-1994: “[a] responsabilidade da pessoa coletiva, qua tale, normalmente cumula-se com a responsabilidade individual dos agentes que levaram a cabo a prática concreta de cada infração”.

³⁴ Cf. Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações*, cit., p. 55.

³⁵ Neste sentido depõe o artigo 11.º, n.º 7 do Código Penal: “[a] responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes”. O Tribunal Constitucional adotou posição similar no acórdão n.º 212/95 onde se colocou uma questão sobre o concurso de responsabilidade criminal da pessoa coletiva e da pessoa singular que a representa.

³⁶ Discorda António Leões DANTAS, “Notas à lei das contra-ordenações ambientais”, in *Revista do Ministério Público* n.º 116, Lisboa, Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, p. 103. Para este especialista, o artigo 8.º da LQCOA “assenta no regime de responsabilização base da pessoa coletiva, sendo excluída a responsabilidade de quem a representa”. No entender deste autor, infrações cometidas em nome de uma pessoa coletiva ou por sua conta são sempre imputáveis à pessoa coletiva, não havendo lugar à responsabilidade contra-ordenacional das pessoas singulares que praticaram materialmente os factos, salvo o disposto no artigo 8.º, n.º 3. Cf. também Nuno Salazar CASANOVA/Cláudio MONTEIRO, “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais” in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2007, pp. 60 e 61.

as disposições constantes do RGCO, aplicáveis subsidiariamente. Com base nesse exercício exegético, recenseámos quatro hipóteses em que uma pessoa singular pode ser chamada a responder a título contra-ordenacional.

2.1.1 A conduta no exercício das funções em nome de uma pessoa coletiva ou por conta dela

Sobre esta *fattispecie* já nos pronunciámos na seção anterior³⁷. Chegámos à conclusão, recorde-se, que a pessoa singular [também] incorre em responsabilidade contra-ordenacional pelos atos por si praticados no contexto das suas funções em nome de uma pessoa coletiva ou por sua conta³⁸.

2.1.2 A conduta por ocasião das funções em nome da própria pessoa singular ou no seu interesse exclusivo

Estamos nesta hipótese a pensar na conduta de pessoas singulares que aparentemente foi levada a cabo em nome da pessoa coletiva ou por conta dela. Na verdade, a pessoa singular aproveita a veste em que atua para agir em seu próprio nome ou em seu próprio interesse. Não existe uma correspondência real entre as funções exercidas pela pessoa singular no quadro da sua relação (seja laboral, de mandato ou de representação) com a pessoa coletiva e a conduta que efetivamente constitui a infração contra-ordenacional. Ou seja, a conduta que se reconduz ao tipo contra-ordenacional **resulta da prática de atos pela pessoa singular por ocasião das suas funções, e não por causa delas ou apesar delas**.

Nestes casos, a pessoa coletiva jamais poderá ser responsabilizada a título contra-ordenacional dado que não chega a ser preenchido pelo menos um dos requisitos legais, isto é, que a conduta tenha sido realizada em nome da pessoa coletiva ou por conta dela (ou seja, no interesse da pessoa coletiva). Logo, a responsabilidade pela infração contra-ordenacional recairá tão-somente na pessoa singular nos termos gerais do artigo 7.º, n.º 1 do RGCO *ex vi* artigo 2.º, n.º 1 da LQCOA³⁹.

Situação diferente ocorrerá se a conduta beneficia simultaneamente a pessoa singular, enquanto agente, e a pessoa coletiva. Com efeito, quando a pessoa singular atua em interesse próprio e no interesse da pessoa coletiva, a conduta punida a título de contra-ordenação é imputável à pessoa singular, nos termos gerais, e à pessoa coletiva, nos termos do artigo 8.º, n.ºs 1 e 2 da LQCOA⁴⁰.

2.1.3 A conduta em nome da própria pessoa singular ou no seu exclusivo interesse no contexto de uma atuação puramente privada

Trata-se da hipótese clássica de imputação de responsabilidade. A conduta da pessoa singular ocorre desligada de qualquer conexão, real ou aparente, com uma pessoa coletiva. A pessoa singular age só, por sua iniciativa em seu nome e no seu interesse. Não age portanto nas suas funções laborais, nem ao abrigo de um contrato de mandato, nem como representante de uma pessoa coletiva. A pessoa singular simplesmente atua como um cidadão no contexto dos seus interesses em sociedade. Facilmente se conclui que esta hipótese apenas poderá convocar a responsabilidade da pessoa singular por força da aplicação subsidiária do artigo 7.º, n.º 1 do RGCO.

³⁷ Cfr. o ponto 1.4..

³⁸ Vide também o artigo 12.º do Código Penal que estatui a punibilidade da atuação em nome de outrem.

³⁹ No mesmo sentido, Isabel Marques da SILVA, Regime Geral das Infrações Tributárias, cit., p. 62. Outrossim, Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações, cit., p. 53.

⁴⁰ Cf. a seção anterior (ponto 1.4).

2.1.4 A conduta omissiva de titulares de órgãos e responsáveis pela direção e fiscalização de áreas de atividade

Segundo o artigo 8.º, n.º 3 da LQCOA “[o]s titulares do órgão de administração das pessoas colectivas e entidades equiparadas, bem como os responsáveis pela direcção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contra-ordenação, incorrem na sanção prevista para o autor, especialmente atenuada, quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infracção, não adoptem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente, a não ser que sanção mais grave lhes caiba por força de outra disposição legal”.

Esta norma inovadora no Direito contra-ordenacional ambiental não pune a ação direta (e.g. uma ordem) dos titulares dos órgãos de administração da pessoa coletiva ou dos responsáveis das áreas de direção ou de fiscalização, **mas sim a omissão do dever que sobre estes recai de impedir a prática da infração**⁴¹.

Frederico de Lacerda da COSTA PINTO referindo-se ao artigo 401.º, n.º 4 do CVM, que apresenta idêntico teor, explica que a norma “acolhe uma infracção omissiva pura, necessária para evitar alguns problemas suscitados pelo regime de comparticipação entre sujeitos individuais integrados na estrutura organizativa de entes colectivos. Trata-se de uma infracção autónoma (...) que se traduz na violação do dever funcional de impedir práticas ilícitas que tenham lugar dentro de pessoas colectivas”⁴².

Acresce que a responsabilidade não se circunscreve apenas às situações de **conhecimento da infração**. Os titulares dos órgãos de administração da pessoa coletiva bem como os responsáveis das áreas da direção e da fiscalização incorrem em responsabilidade contra-ordenacional se tiverem o **dever de conhecimento** da prática da infração.

Sem prejuízo do acima exposto, a doutrina tem chamado a atenção para três aspetos da norma⁴³, a que o intérprete e o julgador devem manter-se atentos.

Primo, ainda que a norma do artigo 8.º, n.º 3 não o diga expressamente, **a imputação de responsabilidade exige a prova de culpa**. Como justamente alerta Lourenço NOGUEIRO, o preceito parece “pretender responsabilizar individualmente pela infracção «toda a gente», todos os sujeitos aí mencionados – uma espécie de responsabilidade colectiva, o que poderá redundar num esquema pouco recomendável para contornar o princípio da culpa (...) consagrado constitucionalmente no artigo 29.º, n.º 1 da CRP. Assim, sob pena de inconstitucionalidade, não se pode conceber a interpretação do artigo 8.º, n.º 3 no que respeita à condenação daqueles titulares do órgão administrativo e directivo da pessoa colectiva sem que lhes possa ser imputada culposamente a contra-ordenação. E já se viu que, no máximo, essa responsabilidade resultante do «dever de conhecimento» da prática da infracção não poderá descer do nível do dolo eventual⁴⁴”.

Secundo, o preceito nada refere relativamente ao *quantum* em que incorre o titular do órgão ou o responsável pela direção ou pela fiscalização da área objeto de sanção contra-ordenacional. A este respeito, importa assinalar que estes sujeitos respondem pela contra-ordenação a título individual. Logo, apesar do silêncio do legislador, **sempre se deverá aplicar os montantes das coimas previstos para as pessoas singulares**, sob pena de constituir uma transmissão indireta da responsabilidade da pessoa coletiva e uma violação inadmissível do princípio da culpa⁴⁵.

⁴¹ O que significa naturalmente que esta infracção terá que ser levada a cabo por outrem e sem a ordem daqueles. Cf. Lourenço NOGUEIRO, “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, cit., p. 24.

⁴² Frederico de Lacerda da COSTA PINTO, O Novo Regime dos Crimes e Contra-Ordenações no Código dos Valores Mobiliários, Coimbra, Almedina, 2000, p. 24.

⁴³ Recorde-se, o artigo 8.º, n.º 3 da LQCOA.

⁴⁴ Cf. Lourenço NOGUEIRO, “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, cit., p. 25.

⁴⁵ Em sentido concordante, Lourenço NOGUEIRO, “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, cit., p. 26.

Tertio, o preenchimento das expressões “conhecimento”, “dever de conhecimento e “medidas adequadas” suscita pertinentes questões práticas do foro probatório. Como aferir se o titular do órgão, o responsável pela direção ou o responsável pela fiscalização conheciam ou deviam conhecer a prática da infração? Mais: como demonstrar que foram (ou não) adotadas as medidas adequadas para pôr termo imediato à conduta ilícita?

A prova que esta norma exige poderá mostrar-se diabólica não apenas para as autoridades administrativas como também para os próprios visados. Não obstante, entendemos que é possível perscrutar alguns exemplos⁴⁶ que podem elucidar ambas as partes, a saber:

- a) o voto contra a deliberação que aprovou a medida no seio de um órgão colegial;
- b) a oposição do titular do órgão, ou do responsável da direção ou da fiscalização devidamente expressa (e.g. registada em ata) relativamente a práticas ilegais na ação da pessoa coletiva;
- c) a formulação de instruções e ordens expressas destinadas a pôr termo a essas práticas ilegais;

d) o desencadeamento de iniciativas internas em tempo útil pelo titular do órgão ou pelo responsável da direção ou da fiscalização (e.g. abertura de inquéritos, instauração de procedimentos disciplinares, e nos casos mais graves, o despedimento do agente material do facto).

Nuno Salazar CASANOVA e Cláudio MONTEIRO consideram que este normativo é “perigoso fundamentalmente por dispensar o efectivo conhecimento da prática da infracção” e que por isso as entidades administrativas facilmente “constituirão como arguidos e condenarão, de forma burocrática e automática, todos os titulares da administração da pessoa coletiva bem como todos os responsáveis pela área em causa, com o pretexto de que ainda que não conhecessem a existência da prática da infracção, deveriam conhecê-la”⁴⁷.

Da nossa parte, não somos tão pessimistas quanto ao sucesso da norma, nem encontramos motivos para do ponto de vista dogmático duvidar da sua aplicação desde que os princípios mais elementares do Direito estejam salvaguardados, especialmente o princípio da presunção da inocência, o princípio da culpa, o princípio do contraditório e o princípio da intransmissibilidade de penas. Por outro lado, não podemos sufragar a tese de desresponsabilização de uma pessoa (seja singular, seja coletiva) apenas porque da aplicação do regime de imputação de responsabilidade poderá advir condenações injustas. Com base nessa argumentação, boa parte da nossa arquitetura normativa estaria condenada ao fracasso. Não é esse afinal a luta do jurista *since the beginning of time*? A tarefa do intérprete e do julgador consiste pois em dar vida ao Direito em cada caso, tendo sempre presente as balizas normativas quer contra-ordenacionais, quer penais, quer constitucionais.

Entendemos que isto será possível se as autoridades administrativas instruírem os processos contra-ordenacionais com vista à descoberta da verdade material dos factos, mediante a recolha de prova necessária e bastante, e se dotarem as decisões condenatórias que daí culminem com a fundamentação suficiente, clara e congruente que do ponto de vista contra-ordenacional lhes é exigida⁴⁸. Deste modo, as autoridades administrativas não só terão

⁴⁶ Cf. Nuno Salazar CASANOVA/Cláudio MONTEIRO, “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, cit., p. 61; e Lourenço NOGUEIRO, “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, cit., pp. 23 e 24.

⁴⁷ Os autores acrescentam que “[o] conteúdo deste dever de conhecimento é, na verdade, imperscrutável e nem se afigura razoável consagrar, para os titulares dos órgãos de administração, um dever geral de fiscalização ou vigilância sob pena de responsabilidade contra-ordenacional (Nuno Salazar CASANOVA/Cláudio MONTEIRO, “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, cit., pp. 61 e 62).

⁴⁸ Também assim LOURENÇO NOGUEIRO: “confiamos que [as autoridades administrativas], a final, ponderem devidamente, caso a caso, quais para esses agentes serão as exigíveis “medidas adequadas” a travar “imediatamente” a infracção e que, podendo ter evitado essa contra-ordenação, ou obstando à sua continuação, adrede nada fez nesse sentido (dolo específico)”. Do mesmo modo, “não deixem de ponderar [previamente] com a mesma atenção e cuidado sobre o alcance no caso concreto daquele «dever de conhecimento», o qual passará, para eventualmente poder levar à condenação do seu agente, por (...) este (...) [ter] previsto como possível a prática da contra-ordenação e, embora não a querendo, tenha aceitado o seu resultado, nada tendo feito para evitá-lo ou para o travar, podendo e devendo tê-lo feito (dolo eventual)”.

cumprido a sua missão como terão contribuído inclusivamente para superar as dificuldades criadas pelo legislador (ainda que desatento) em nome do Direito, e do Ambiente⁴⁹.

3. Responsabilidade Solidária

3.1 Reflexões propedêuticas

De acordo com o artigo 11.º da LQCOA, “[s]e o agente for pessoa colectiva ou equiparada, respondem pelo pagamento da coima, solidariamente com esta, os respetivos titulares do órgão máximo das pessoas colectivas públicas, sócios, administradores ou gerentes”.

A norma deve ser lida com cautela. **Apesar de a condenação pela prática da infração ser dirigida à pessoa coletiva, a norma prevê que o pagamento da coima recai solidariamente sobre os sujeitos aí mencionados⁵⁰.** “Nestes casos, não existem dois agentes, mas duas ou mais pessoas responsáveis pelo pagamento”⁵¹.

Daqui decorre que **o incumprimento por parte da pessoa responsável pelo pagamento não produz efeitos em sede contra-ordenacional**. Como justamente anota Paulo Pinto de ALBUQUERQUE: “há uma diferença significativa entre a responsabilidade solidária pela infração e a responsabilidade solidária pelo mero pagamento da coima: aquela é relevante para efeitos de reincidência, esta não”⁵². Do mesmo modo, parece também que está afastada qualquer responsabilidade relativamente às sanções acessórias que sejam acopladas à coima aplicada à pessoa coletiva nos termos do artigo 29.º e seguintes da LQCOA⁵³.

Neste âmbito, tem-se entendido que **a pessoa chamada a efetuar o pagamento da coima não responde a título contra-ordenacional, mas sim a título de responsabilidade civil** (extracontratual). Assim, a haver consequências pelo incumprimento do pagamento por parte da pessoa chamada a responder solidariamente com a pessoa coletiva, elas devem ficar-se pelo foro civil. Esta parece ser a razão que motiva a consagração da norma inscrita no artigo 11.º da LQCOA e que encontra ressonância noutros ramos do Direito contra-ordenacional.

O que está aqui em causa não é a transmissão de uma responsabilidade contra-ordenacional imputável à pessoa coletiva, mas antes a imposição de um dever indemnizatório que deriva do facto ilícito e culposo praticado pelos respetivos titulares do órgão máximo das pessoas coletivas públicas, sócios, administradores ou gerentes, e que constitui causa adequada do dano que resulta, para a Administração, da não obtenção da receita que seria obtida com o pagamento da coima que era devida⁵⁴. Uma vez que o dano causado à

⁴⁹ Recorde-se o artigo 9.º, n.º 3 do Código Civil, tantas vezes esquecido: “[n]a fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

⁵⁰ Para Nuno Salazar CASANOVA/Cláudio MONTEIRO “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, cit., p. 62: [u]ma interpretação literal do artigo 11.º redundaria na responsabilização de todos os sócios, gerentes ou administradores por actos praticados por qualquer pessoa singular (...) em representação da pessoa colectiva, o que seria a todos os níveis inadmissível e atentatório do princípio da legalidade e culpabilidade previstos nos arts. 1.º e 2.º da LQCA. Este preceito, (...) e nomeadamente a referência aos «respetivos» sócios, gerentes ou administradores, deve ser interpretado como prevendo a responsabilidade solidária, pelo pagamento da coima aplicada à pessoa colectiva, do agente individual que tenha agido, culposamente, em seu nome e representação”

⁵¹ Penhoramos as palavras de Nuno Salazar CASANOVA/Cláudio MONTEIRO, “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, cit., p. 62.

⁵² Cf. Paulo Pinto de ALBUQUERQUE, Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações, cit., p. 57.

⁵³ No sentido do texto, Carla AMADO GOMES: “As contra-ordenações ambientais no quadro da Lei 50/2006, de 29 de Agosto: Considerações gerais e observações tópicas”, cit., p. 23. Resta saber se, em caso de pagamento voluntário, os titulares dos órgãos podem tomar a iniciativa, levando assim à condenação (antecipada) da pessoa coletiva. A autora entende que “só um ato de vontade funcional pode sustentar esta decisão”.

⁵⁴ Afinando pelo mesmo diapasão, embora reportando-se ao domínio penal, Germano MARQUES DA SILVA, Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes, Lisboa, Verbo, p. 453, nota. Defende

Administração coincide com o montante da coima que não culposamente pago, o valor da indemnização, à partida, corresponderá ao montante da coima. Nas palavras do Tribunal Constitucional, é “a expressão pecuniária do dano que ao lesante cabe reparar, que é necessariamente coincidente com a receita que deixou de ser obtida pela Administração”⁵⁵.

A este respeito, não nos devemos esquecer do artigo 78.º, n.º 1 do CSC, segundo o qual “os gerentes, administradores ou diretores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinados à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos”⁵⁶.

Seguindo a lição de Miguel PUPO CORREIA, a *ratio* do artigo 78.º, n.º 1 do CSC consiste em facultar aos credores uma garantia legal pessoal do pagamento dos seus créditos para com a sociedade, impondo essa obrigação de garantia aos membros dos órgãos sociais a título de sanção extracontratual pela violação, com culpa, das normas de proteção dos credores. Por conseguinte, a responsabilidade em apreço não abrange todos e quaisquer prejuízos que os credores possam sofrer, mas sim e apenas os inerentes à falta de pagamento das dívidas respetivas⁵⁷.

*3.2 A importância da verificação integral e cumulativa dos pressupostos da responsabilidade civil*⁵⁸

Também a este respeito se impõe uma leitura cautelosa.

Em primeiro lugar, a responsabilidade pressupõe uma conduta culposa. Logo para haver lugar à responsabilidade solidária de uma pessoa pelo pagamento de uma coima é preciso que as autoridades administrativas consigam demonstrar que essa pessoa atuou com culpa.

Por exemplo, não parece aceitável que o titular de um órgão da pessoa coletiva responda sem culpa e solidariamente pelo pagamento da coima aplicada à pessoa coletiva por uma infração cometida por um mandatário agindo em nome dela. Do mesmo modo, também não parece aceitável que o membro de um órgão (e.g. assembleia-geral) de uma pessoa coletiva responda solidariamente sem culpa pelo pagamento de uma coima resultante de uma contra-ordenação aplicada a essa pessoa coletiva por infração cometida por um membro de outro órgão (e.g. conselho de administração)⁵⁹.

este reputado autor que “[a] responsabilidade civil pelo pagamento da multa penal nada tem a ver com os fins das penas criminais, porque a sua causa não é a prática do crime, mas a colocação culposa da sociedade numa situação de impossibilidade de cumprimento de uma obrigação tributária”. “Trata-se de um caso de responsabilidade civil por facto próprio, facto culposos causador do não pagamento pelo ente colectivo da dívida que onerava o seu património, quer porque por culpa sua o património da pessoa colectiva se tornou insuficiente para o pagamento, quer porque também por culpa sua o pagamento não foi efectuado quando devia, tornando-se depois impossível”.
⁵⁵ Cf. neste sentido os acórdãos do TC n.º 129/2009 e n.º 437/2011. Em sentido contrário, cf. os acórdãos do TC n.º 481/2010 e n.º 26/2011, bem como os acórdãos do STA de 4 de Fevereiro de 2009, 16 de Dezembro de 2009 e 14 de Dezembro de 2011.

⁵⁶ O Decreto-Lei n.º 71/2007, de 27 de Março que vem aprovar o novo estatuto do gestor público determina no artigo 23.º que “os gestores públicos são penal, civil e financeiramente responsáveis pelos atos e omissões praticados durante a sua gestão, nos termos da lei”.

⁵⁷ Cf. Miguel PUPO CORREIA, *Direito Comercial. Direito da Empresa*, Lisboa, Ediforum, 2005, p. 275.

⁵⁸ Sobre a Responsabilidade Civil em geral, ver Mário Júlio de ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 557 e ss.; e João de Matos ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral Volume I*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 525 e ss..

⁵⁹ Exigindo também a prova de culpa, vide Lourenço NOGUEIRO, “Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, cit., p. 32. Para António Leones DANTAS o artigo 11.º da LQCOA prevê “um regime de responsabilidade solidária dos administradores ou gerentes pelo pagamento das coimas das responsabilidades das sociedades, não se exigindo que os mesmos sejam arguidos no processo, o que não dispensa a necessidade de intervenção dos mesmos no processo (“Notas à lei das contra-ordenações ambientais”, cit., p. 107).

Em segundo lugar, para invocar o artigo 11.º da LQCOA, não basta às autoridades administrativas alegarem que a pessoa responsável solidariamente pelo pagamento da coima praticou os factos que conduziram à contra-ordenação sancionada à pessoa coletiva.

Porque a responsabilidade da pessoa chamada a pagar é de natureza civil e não contra-ordenacional, é imperioso que a conduta dessa pessoa, além de culposa, preencha todos os requisitos de que depende a responsabilidade civil. Em concreto, deve demonstrar-se de que forma a conduta (culposa) dessa pessoa infligiu um dano na esfera da Administração (ou se se preferir uma lesão no ambiente cujo prejuízo reverteu para a Administração) e que justifica que aquela pessoa atribua por isso uma indemnização àquela.

Caso contrário, as autoridades administrativas estariam a extrair as consequências da imputação de uma responsabilidade sem antes a demonstrar. Dito de outro modo, as autoridades administrativas estariam a obter o pagamento do montante de uma indemnização a título de responsabilidade civil sem nunca ter demonstrado os pressupostos em que ela se funda.

O que, importa reconhecê-lo, acarretaria dois males inadmissíveis. Por um lado, as autoridades administrativas estariam a aproveitar-se do regime da responsabilidade civil, utilizando-o como um pretexto, para estender o âmbito de aplicação do regime de responsabilidade contra-ordenacional⁶⁰. Por outro lado, as autoridades administrativas iriam obter, ilegal e injustamente, a cobrança de uma coima à custa do empobrecimento do património do indivíduo chamado a pagar solidariamente a coima⁶¹. Em ambos os casos, ao arrepio escandaloso dos princípios constitucionais da culpa, da intransmissibilidade de pena e da presunção de inocência⁶².

Como sustenta o Tribunal Constitucional no acórdão 481/2010 a propósito da constitucionalidade do artigo 7.º-A do RJFNA⁶³ a responsabilidade contra-ordenacional e a responsabilidade civil não são sinónimos nem são sobreponíveis pois “preenchem distintos espaços de imputação de condutas lesivas de valores juridicamente tutelados”, pois “resultam de ilícitos de natureza distinta”. Conclui, pois, o Tribunal Constitucional que “não pode haver responsabilidade civil onde não estejam presentes todos os pressupostos que lhe dão nascença, designadamente o dano, cuja reparação constitui a razão de ser e a finalidade primária da figura”.

⁶⁰ Como adverte João Matos VIANA “A inconstitucionalidade da responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelas coimas aplicadas à sociedade. Comentário ao Acórdão do STA, de 4 de Fevereiro (processo n.º 0829/08) e ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 129/2009, de 12 de Março”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 206: “[a]inda que o produto da coima, actualmente, possa assumir uma importância relevante nos orçamentos das autoridades administrativas (o que é legítimo e tem cobertura legal), a ‘coima’, enquanto figura jurídico-sancionatória (enquanto figura repressiva), com finalidades de advertência social, legitimada pela censura de uma culpa funcional, deve estar desligada da lógica economicista da mera garantia de obtenção de receita”.

⁶¹ Como se não bastasse, o preceito não admite sequer que a responsabilidade solidária ocorra a título subsidiário, contrariamente a regimes de outros quadrantes do Direito contra-ordenacional, logo a pessoa chamada a responder solidariamente pelo pagamento da coima, não poderá invocar o benefício da excussão prévia.

⁶² Nuno BRANDÃO “O regime sancionatório das pessoas colectivas na revisão do Código Penal” in *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*, III, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 461 e ss.) a propósito do artigo 11.º, n.º 9, do Código Penal (responsabilidade subsidiária dos administradores pelo pagamento de multas e indemnizações em que a pessoa coletiva for condenada), tece duras críticas ao regime, entendendo que “esta distinção não é aceitável e constitui uma autêntica burla de etiquetas, ao travestir de responsabilidade pelo cumprimento da sanção aquilo que na realidade é uma autêntica transmissão da responsabilidade penal, ainda que operada por via legal (sublinhado nosso)”.

⁶³ “1 - Os administradores, gerentes e outras pessoas que exerçam funções de administração em pessoas coletivas e entes fiscalmente equiparados são subsidiariamente responsáveis, em caso de insuficiência do património destas, por si culposamente causada, nas relações de crédito emergentes da aplicação de multas ou coimas àquelas entidades referentes às infrações praticadas no decurso do seu mandato.

2 - Se forem várias as pessoas responsáveis nos termos do número anterior, é solidária a sua responsabilidade”.

Em terceiro lugar, e admitindo que os requisitos necessários à imputação da responsabilidade civil se encontram reunidos, **importa apurar o montante a pagar solidariamente** pela pessoa contemplada no artigo 11.º da LQCOA.

A este respeito, deve dizer-se antes de mais que **o montante da indemnização não deve ser cegamente fixado tendo apenas em consideração os montantes estatuídos nos tipos contra-ordenacionais.**

O ponto de partida deverá ser sempre o regime jurídico da responsabilidade civil porque é com base nesse título que o artigo 11.º da LQCOA exige da(s) pessoa(s) aí contemplada(s) o pagamento da coima cominada à(s) pessoa(s) coletiva(s). Por conseguinte, em nosso entender, as autoridades administrativas deverão sempre perspetivar o caso em apreço à luz dos pressupostos da responsabilidade civil, em especial a extensão do dano provocado bem como a censurabilidade da conduta culposa, e que servem de fundamento à aplicação do regime de responsabilidade solidária.

Não obstante, não nos podemos esquecer que o Tribunal Constitucional admite na sua jurisprudência a recondução do montante indemnizatório ao valor da coima prevista para a infração cometida. Perante esta abertura, é expectável que as autoridades administrativas se sintam tentadas a reconduzir o montante da indemnização ao valor da coima que venham a decidir aplicar à pessoa coletiva. Contudo, mesmo neste cenário, coloca-se a questão de saber se o montante da indemnização pode coincidir com o montante da coima cominada à pessoa coletiva ou se o montante indemnizatório nestes casos deverá ser fixado em função do valor da coima que seria aplicável a uma pessoa singular⁶⁴.

A resposta deverá obedecer também aqui aos pressupostos de que depende a responsabilidade civil. Aliás, o Tribunal Constitucional no acórdão n.º 481/2010 salienta que “esse diferencial de força impositiva não pode conduzir a sanções estabelecidas por factores inteiramente alheios à conduta culposa do agente, numa objectivação rigidamente fixa de montantes sancionatórios, sem qualquer correlação (ainda que apenas em termos limitativos) com o seu pressuposto subjectivamente fundante”.

Com efeito, do ponto de vista substantivo, estar-se-ia a desconsiderar por completo os pressupostos da responsabilidade civil (maxime o dano e o juízo de censura), expurgando a indemnização de qualquer dimensão pessoalizante para atender apenas à intenção de satisfazer o montante integral do crédito correspondente à coima. O que redundaria, em último termo, na instrumentalização da função repressiva em prol de fins de garantia.

Por outro lado, do ponto de vista social, permitir às autoridades administrativas estender o montante da responsabilidade civil solidária ao valor da coima aplicável à pessoa coletiva, sem mais, despoletaria uma onda de litigância *sine die*, o que prejudicaria a aplicação regular (e minimamente consensual) do regime jurídico, agravando seriamente as relações entre as autoridades administrativas e a sociedade. Em qualquer caso, o ambiente seria o maior perdedor.

⁶⁴ Nuno Salazar CASANOVA/Cláudio MONTEIRO inclinam-se a favor da segunda hipótese: “[s]em prejuízo do incontornável requisito da culpabilidade, em face da redacção do artigo 11.º, os agentes individuais respondem pela coima aplicada à pessoa colectiva, que por sua vez é determinada nos termos das alíneas b) do artigo 22.º (montantes previstos para as pessoas colectivas). De acordo com uma interpretação sistemática, e atendendo ao princípio da proporcionalidade [ínsito no artigo 18.º, n.º 2 da CRP], deve pelo menos entender-se que a responsabilidade solidária do agente individual está circunscrita aos montantes máximos previstos nas alíneas a) do artigo 22.º” (“Comentários à Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais”, cit., pp. 61 e 62).

III – Encerramento

É momento de dar por encerrada a nossa jornada sobre o regime da responsabilidade contra-ordenacional ambiental prevista na LQCOA.

Procurámos ao longo da exposição explicitar e interpretar as principais normas constantes dos artigos 8.º e 11.º do referido diploma. Como se pode observar, as especificidades atinentes a cada norma são muitas e nem sempre de interpretação consensual. Aproveitamos também para fornecer algumas pistas no sentido de auxiliar todos aqueles que procuram respostas que a leitura do regime muitas vezes não evidencia. Porque não nos devemos esquecer do caminho que já foi percorrido, socorremo-nos, sempre que possível, das vozes mais autorizadas da nossa doutrina e dos valiosos ensinamentos que a nossa jurisprudência tem extraído da praxis quotidiana.

Em suma, esperamos que este pequeno escrito constitua um instrumento interpretativo que possa ajudar todos aqueles que se confrontam com as questões suscitadas por este regime (sejam os cidadãos, sejam as autoridades administrativas, sejam os operadores económicos e judiciários, sejam os tribunais) e que contribua para o debate em torno da legalidade e da justeza das soluções normativas aí consagradas. Porque ao cabo e ao resto, o ambiente é um tesouro que a todos nós cumpre preservar. Começando pelo próprio Direito!

Palavras-chave: contra-ordenações ambientais; responsabilidade; responsabilidade solidária

Edward Aguiar de Andrade

Jurista

(Pre)tensões sobre o mar rumo a uma global governance dos oceanos?¹

Resumo

O Direito Público deve dar prioridade à definição de formas de gestão dos espaços marinhos económica e ambientalmente sustentáveis, bem como politicamente aceitáveis. Deste prisma transdisciplinar, analisamos diferentes alternativas. Defendemos que os modelos atuais, primariamente assentes na liberalização do acesso ou na atribuição de direitos exclusivos, estão ultrapassados. Neste contexto, urge o desenvolvimento doutrinal e a aceitação política de alternativas mais ousadas, capazes de lidar com a necessidade de encontrar soluções a várias mãos. Concluímos que dos conceitos de património comum da humanidade e de subsidiariedade provavelmente ainda não foram retiradas todas as consequências na conciliação entre o papel dos Estados com a vocação internacionalista dos oceanos.

Introdução: Interesse, Relevância e Delimitação

Mais de cinco séculos depois de os nossos antepassados terem respondido à nossa vocação oceânica, dando início a uma das maiores aventuras da Humanidade, impõe-se, a todos, mas em especial às nações marítimas, que olhem uma vez mais o Mar como o seu “maior e mais duradouro activo estratégico”², partindo à descoberta de novas potencialidades³. Não cabe neste trabalho falar dessa aventura, mas antes de um problema logicamente anterior: o de saber a quem pertence o Mar. Ou melhor, como, a quem e por quem podem ser exercidas as faculdades relacionadas com o aproveitamento dos recursos marítimos? É que apesar da imensidão do Mar, os seus recursos são limitados e não podem todos fazer tudo o que pretendem sob a pena de tais pretensões colidirem. O mundo em que vivemos é o da escassez, é o dos bens económicos, e por isso é aquele em que os bens são limitados relativamente aos desejos⁴.

¹ Estudo apresentado na Escola Naval, no dia 9 de Novembro de 2010, no âmbito da conferência “Jornadas do Mar 2010 - A Nova Era dos Descobrimentos”. O artigo foi desenvolvido sob a orientação da Professora Doutora Marta Chantal Ribeiro, a quem estamos profundamente gratos.

² PINTO DE ABREU, Manuel, “EMEPC - FDUP - CIIMAR”, *Aspectos Jurídicos e Científicos da Extensão da Plataforma Continental*, Lisboa, EMEPC, 2006, p. 5.

³ SMITH, Walter H. F., *Introduction to This Special Issue on Bathymetry from Space*, *Oceanography*, Volume 17, Number 1, Rockville, 2004, p. 7 diz que conhecemos muito melhor a superfície de Marte, Vénus e da Lua do que o relevo dos fundos marinhos: “The horizontal resolution of the Mars data (1 km) is 15 times better than that of the Earth data, while the vertical accuracy (1 m) is 250 times better”.

⁴ SAMUELSON, Paul A. e NORDHAUS, William D., *Economia*, McGraw-Hill, 2005, 18ª ed., trad. Elsa Fontinha e Jorge Pires Gomes.

Necessidade de um regime jurídico. Que critério?

Fomo-nos apercebendo de que a forma como uns utilizavam os recursos podia ter implicações dramáticas para outros, pelo que era necessário estabelecer fronteiras, delimitar esferas jurídicas que prevenissem conflitos. Perante o interesse de várias pessoas, ou de vários Estados, agindo de forma a potenciar a utilidade que retiram da coisa, diminuiriam a utilidade que outros dela podem retirar. Estes últimos sentir-se-iam lesados e procurariam, na melhor das hipóteses, chegar a acordo com os primeiros sobre a forma de repartirem os recursos escassos. Mas é complicado obter consensos, especialmente se existem assimetrias de força. Sem uma determinação de fronteiras, o conflito seria permanente e os resultados só por coincidência justos, pois nem sempre a pretensão mais justa é a do mais forte.

Seria incomportável que todos pudessem apropriar-se livremente dos recursos marinhos, tal como seria impensável renunciarmos coletivamente a usar esses recursos, pelo que se torna prioritário aprendermos a coabitar nos Oceanos: seres humanos entre nós, mas também nós e as demais espécies..

Qualquer divisão implica um divisor e a questão dos critérios possíveis para uma divisão de recursos não é nova. Convoca alguns dos grandes debates políticos, filosóficos e económicos, que não poderemos explorar cabalmente. Na esteira da clássica doutrina aristotélica, cremos que, se o nosso objetivo comum for o de criar uma sociedade humana mais feliz, as soluções terão de ser virtuosas e justas. Mas o que é *in casu* uma solução justa? Para responder a essa questão, temos de refletir sobre os propósitos, os fins, a natureza do Mar⁵. A questão não fica mais simples, mas julgamos que o Mar tem como fim servir de sustentáculo à vida na Terra: como *habitat* para as diferentes espécies da fauna e flora marinhas, unindo pontos distantes do globo e permitindo ao Homem a exploração sustentável dos seus recursos.

Prisma Interdisciplinar

Esta tónica é querida a um Direito Internacional preocupado com a Paz, com o Desenvolvimento e, como não pode deixar de ser, com a Justiça. Só um Direito Internacional justo pode aspirar a impor-se racionalmente às partes, num ramo sempre encarado como “parente pobre” das ciências jurídicas, dada a sua permeabilidade ao mundo da política e das relações internacionais. Mas não pode ser estranha ao Direito a praticabilidade das soluções.

Não basta termos em mente considerações puramente filosóficas, que precisam de ser integradas por dados de outras áreas, como a Economia. Esta preocupar-se-ia essencialmente com o problema da eficiência na afetação de recursos e na produção e distribuição de bens. Mas esta ciência tem, apesar dos diversos mecanismos de estimativa já desenvolvidos, algumas dificuldades em calcular os preços de bens que não passam pelo mercado (calcular os prejuízos de um dano ambiental para as colheitas é mais fácil do que calcular prejuízos do desaparecimento de uma espécie) e o pensamento económico terá também um lugar na determinação das formas de afetação de recursos a determinadas pessoas e sobretudo na determinação de formas de aproveitamento sustentável dos mesmos.

A perspectiva económica está preocupada com a maximização das utilidades e, portanto, com os custos da atividade económica para o meio ambiente, enquanto externalidades negativas. A ciência económica distingue entre os bens apropriáveis - nos quais podemos captar a totalidade do valor económico - e os bens inapropriáveis - em que os custos ou benefícios não vão todos para o proprietário⁶. Podemos tentar resolver o problema das

⁵ ARISTÓTELES, *Ética* a Nicómaco, trad. António de Castro Caeiro, Lisboa, Quetzal, 2004. Para uma perspectiva mais prática e actualizada, SANDEL, Michael J., *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Farrar, Straus and Giroux, 2009.

⁶ SAMUELSON, Paul A. e NORDHAUS, ob. cit. p. 365: “Considere-se, por exemplo a exaustão das reservas de muitos

externalidades através de uma abordagem pública (que passará pela regulação direta, pela aplicação de taxas ou pela emissão de licenças negociáveis) ou uma abordagem privada (que passa pela existência de regras de responsabilidade civil ou pela negociação direta entre a parte lesada e a parte lesante).

Assim, a perspetiva ambiental é vital para uma economia sustentável, preocupada em gerir a escassez tendo em vista a satisfação das necessidades não apenas hoje, mas também amanhã, quando alterações ambientais podem traduzir-se em sérios problemas económicos⁷ e numa diminuição das condições de vida. “O crescimento pelo amor ao crescimento é uma loucura característica das células cancerígenas”⁸.

Outra importante ótica é a da Segurança, já que o mar é usado também para fins ilícitos. A imigração ilegal, tráfico de seres humanos, armas e estupefacientes ou a pirataria são desafios diretos ou indiretos à Segurança dos Estados, que têm interesse em deter poderes para perseguir e fiscalizar embarcações suspeitas ou reagir criminalmente contra os prevaricadores⁹. Cabem também aqui missões de busca e salvamento, indispensáveis à tranquilidade e à proteção das vidas daqueles que andam no Mar.

Ligada à questão da Segurança está a Defesa Nacional. Os seus objetivos passam pela manutenção da paz e da integridade do território dos Estados, pela proteção dos seus cidadãos e dos bens que integram o seu património contra agressões e ameaças externas¹⁰. Apesar da Defesa Nacional ter uma componente militar e não militar, compete à Marinha, enquanto ramo das Forças Armadas, natural papel neste domínio¹¹.

Por último, as Ciências Naturais também têm um forte interesse no Mar, que oferece vastas oportunidades de estudo para biólogos, geólogos ou oceanógrafos, mas também, para farmacêuticos ou engenheiros. O interesse científico anda a par do interesse económico, na exploração dos seres vivos dos campos hidrotermais (na base da próxima geração de fármacos ou cosméticos), quando se exploram novas jazidas petrolíferas ou novas formas de gerar e armazenar energia, mas isso não diminui a legitimidade das pretensões científicas, apenas as reforça.

A *governance* dos Oceanos nasce de problemas económicos, determinados por informações científicas sobre esses recursos. Não podemos esquecer a lição da História: o choque de pretensões é fonte de ignição para conflitos entre pessoas e Estados, pelo que a definição de critérios económica e ambientalmente sustentáveis e que, para mais,

peixes (...) um cardume de atuns não só proporciona alimento para as nossas refeições, mas também a serve a procriação das futuras gerações de atuns. Contudo, o potencial de procriação não é reflectido no preço de mercado do peixe; ninguém compra, ou vende, o comportamento de acasalamento de um atum de cauda amarela”.

⁷ Os custos anuais das alterações ambientais estimam-se em mais de \$271 mil milhões para 2025 (cfr. ACKERMAN, Frank e STANTON, Elizabeth A., *The Cost of Climate Change - What We'll Pay if Global Warming Continues Unchecked*, NRDC, 2008). Estima-se que os custos económicos acumulados do aquecimento global cheguem a \$140,000 mil milhões (cfr. ACKERMAN, Frank Ackerman e STANTON, Elizabeth A., *Climate Change - The Cost of Inaction*, Tufts University, 2006). E no entanto os custos apontados não contam com diversas rubricas que não podem ser descuradas: quanto empobrecemos se Veneza for submersa pelas águas, ou se catástrofes naturais desnecessárias ceifarem a vida de alguém?

⁸ ABBEY, Edward, *Desert solitaire: a season in the wilderness*, Simon & Schuster, 1990.

⁹ Não podemos, neste capítulo, deixar de recordar o curioso caso *Borndiep*, fretado por associações favoráveis à legalização do aborto e impedido a 27 de Agosto de 2004 de entrar em águas territoriais portuguesas. Essa ação deu origem a um processo que não teve êxito nas instâncias judiciais nacionais, mas sim junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cujos juízes se pronunciaram no sentido de ter existido uma violação do art. 10.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Da leitura do acórdão pode perceber-se que a insuficiência de prova, no que diz respeito às eventuais intenções das associações em levar a cabo ações que violem as leis penais portuguesas, pode ter sido determinante. Cfr. *Affaire Woman on Waves et autres c. Portugal*, requête n.º 31276/05.

¹⁰ Cfr. art. 1.º da Lei n.º 29/82 de 11 de Dezembro: “A defesa nacional é a atividade desenvolvida pelo Estado e pelos cidadãos no sentido de garantir, no respeito das instituições democráticas, a independência nacional, a integridade do território e a liberdade e a segurança das populações contra qualquer agressão ou ameaça externas”.

¹¹ Cfr. Decreto-Lei n.º 233/2009, de 15 de Setembro.

sejam politicamente aceitáveis, deve ser prioridade para um Direito Internacional Público preocupado com a Paz, com o Desenvolvimento e com a Justiça¹². Assim, partindo deste prisma de análise a que chamaríamos transdisciplinar, dadas as co-implicações envolvidas, importa apreciar criticamente as alternativas.

Soluções Clássicas. Perspetiva Histórica

Ovídio refere-se expressivamente ao sol, ao ar e às ondas como um “dom público”¹³. Porque, como defendia Neratius¹⁴, em primeiro lugar, porque foram produzidos pela natureza, em segundo lugar, porque nunca foram propriedade de ninguém, em terceiro lugar, porque eles parecem ter sido criados para uso comum. Este paradigma está assente, como é óbvio, na virtual inesgotabilidade dos recursos de navegação e pesca. Mas, mesmo para os romanos, a questão da natureza jurídica do mar deixava de ser pacífica, ao discutir se ele seria uma *res omnium communis*, coisa que pertence a todos, ou *res nullius*, coisa que não pertence a ninguém, mas que pode vir a pertencer, se houver um título jurídico que estabeleça o vínculo entre a pessoa e a coisa¹⁵.

Mas no meio desta discussão, sempre foi pacífica a diferença para estes autores entre a natureza das coisas que “estão marcadas para uso comum”, e os peixes, por exemplo, indiscutivelmente *res nullius* e logo susceptíveis de apropriação. Isso eloquentemente observa Plauto, numa sua peça, quando um pescador diz que o mar é certamente de todos, e o escravo acrescenta que então também deverão ser de todos as coisas encontradas no mar. A isto o pescador objeta: “mas, quando as minhas redes e anzóis os capturam, eles são só meus”¹⁶. Isto representa já um desvio à regra de que o mar é um bem de todos, já que os seus frutos são individualmente apropriáveis.

Assim, há cerca de dois milénios, os romanos definiam o primeiro estatuto do mar, reconhecendo a liberdade de navegação, pesca e comércio. Afastando-se igualmente da esfera do domínio privado não apenas o mar, mas também a própria extensão de terra para além da marca da maré alta. Não podemos é esquecer-nos que os romanos, nessa época, controlavam todas a costa em redor do Mediterrâneo - o *mare nostrum* -, mar de todos nós, mas mar que também não poderia ser de mais ninguém¹⁷.

As soluções clássicas passaram sempre por liberalizar o acesso aos recursos, ou atribuir direitos exclusivos no acesso a esses recursos, ou seja, por considerar os bens ou *res communis*, ou *res nullius*¹⁸. Apesar de algumas incursões doutrinárias por parte de diversos

¹² “O Direito, concebido tradicionalmente como instrumentos de coordenação entre soberanias, vê-se investido de uma missão de transformação da sociedade internacional, e posto ao serviço de finalidades como a paz, o desenvolvimento, a felicidade dos homens, a preservação ecológica do planeta”. BEDJAOU, M., *Introduction Générale: Droit International. Bilan et Perspectives*, vol. I, Economica, Paris, 1991, p. 16. O Direito, e aqui em especial o Direito Internacional, vivendo entre o ser e o dever-ser, não pode negar a sua função, diríamos mesmo a sua missão, pedagógica e o seu sentido transformador. PUREZA, José Manuel, ob. cit., p. 55.

¹³ OVIDIUS, Publius, *Metamorfoses*, VI, “Porque me negas água? Ela é para o uso comum de todos. A Natureza não fez nem o Sol, nem o ar, nem as ondas propriedade privada, eles são um dom público”.

¹⁴ *Digesto*, XLI.

¹⁵ CAVALCANTI, Brenno Machado Vieira; *Natureza Jurídica do Mar*, Editora Jornal do Comércio, Rio de Janeiro, 1943, p.73. No próprio *Corpus Iuris Civilis* conflituam estas duas perspectivas: Ulpianus e Justinianus favoráveis à primeira tese, Celsus no *Digesto* favorável à segunda.

¹⁶ PLAUTUS, Titus Maccius, *Rudens*, Acto IV, Cena III.

¹⁷ WILDER, Robert Jay, *Listening to the Sea: the politics of improving environmental protection*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1998, p.4 e ss.

¹⁸ MORE, Rodrigo Fernandes *A poluição do meio ambiente marinho e o princípio da precaução*, Teresina, Jus Navigandi, 2008. É de salientar, que “os conceitos de *res nullius* e *res communis omnium*, como dicotomias do *ius civile* (...) não foram concebidos para reger as relações de *ius inter gentium*”. Os romanos não tinham um Direito Internacional Público, apenas um Direito Internacional Privado. A questão encontra-se mal enquadrada como se

jurisconsultos, a questão só foi retomada quando Génova e Veneza reclamaram direitos de soberania sobre os mares Ligúrico e Adriático, respetivamente. Mas, nestes casos, o objetivo era apenas reivindicar poderes sobre uma faixa de água adjacente ao estado costeiro.

Mare Clasum: nascimento apogeu e queda

A questão só ganhou verdadeira dimensão quando surgem conflitos sobre o direito a explorar, navegar e estabelecer comércio nas águas que uniam alguns países do Velho Continente e as novas terras descobertas¹⁹. Em Portugal, as primeiras restrições foram impostas aos súbditos portugueses em 1443, vedando-se a navegação para sul do Bojador, e em 1446, quando passou a ser obrigatória uma licença para navegar para as Canárias. Ao contrário da expansão de outras nações, assente na iniciativa privada, os descobrimentos portugueses eram monopólio régio, uma forma de compensar o investimento subjacente. Mas, não bastando a vontade dos monarcas lusos para afastar os seus pares do comércio intercontinental marítimo, os direitos dos portugueses tiveram de ser reconhecidos por bulas papais. No contexto da guerra da sucessão de Henrique IV, rei de Castela, foi assinado entre Portugal e Castela o tratado de Alcáçovas em 1479, aceite pelo Papa em 1491, que reconhecia a exclusividade da navegação de Portugal para sul das Canárias, mas a soberania castelhana deste território. Em 1494, os mesmos monarcas assinam uma nova repartição das águas, desta vez por meio de um meridiano que passava a 370 léguas a Oeste das ilhas de Cabo Verde. Sinal dos tempos, este Tratado de Tordesilhas simbolizava uma primeira divisão do mundo entre duas potências à escala planetária²⁰.

Mas transcorrido um século de domínio dos mares, este era tudo menos incontestado. E no contexto do duelo no Mar pelo controlo do comércio nas Índias Orientais (precisamente no contexto da captura, em 1603, do navio mercante português Santa Catarina), o jovem jurista holandês Grotius, na sua obra *De Mare Liberum* (1609)²¹, avança com as bases ideológicas do direito a quebrar os monopólios portugueses no Oriente. Em resposta, autores peninsulares²² como Frei Serafim de Freitas²³ ou britânicos, como John Seldon²⁴,

se tratasse de um problema de propriedade privada, quando é um problema de jurisdição. GIDEL, Gilbert, *Le Droit International Public de la Mer*, Chateauroux, 1932.

¹⁹ Para o tratamento desta questão, ver FERREIRA, Ana Maria Pereira, *O Essencial sobre Portugal e a Origem da Liberdade dos Mares*, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda, 1988.

²⁰ Francisco I, rei da França, terá pedido para que lhe mostrassem “a cláusula do testamento de Adão que o excluía desta partilha do mundo”. A formulação tanto do Tratado de Tordesilhas, como das bulas papais, não era clara quanto ao facto de estar em causa um direito de soberania, incluindo portanto o direito a realizar actos de governo como o de excluir a presença de outros, ou um direito de mera jurisdição. Esta questão, que será central na discussão entre Grotius e Serafim de Freitas, é complicada de resolver já que o conceito de soberania ainda não tinha entrado no léxico jurídico. WILDER, Robert Jay, ob. cit., p. 8.

²¹ GROTIUS, Hugo, *The freedom of the seas or the right wich belongs to the Dutch to take part in the east indian trade*, Oxford University Press, Nova Iorque, 1916. Os argumentos do holandês são sistemáticos e exaustivos, pelo que se remete para a leitura da respectiva obra. Interessa-nos, ainda assim, o seguinte: não tem sentido reclamar um direito sobre algo que é inocupável, pois “não brilha com menos intensidade a tocha que serve para acender outra”. Assim, Grotius conclui que o Direito a comerciar dos holandeses deve ser mantido pela paz, por tratado ou pela guerra e que estes têm o direito de defender o direito à navegação e ao comércio, à falta de um tribunal capaz de estabelecer justa compensação pelos danos sofridos.

²² MERÊA, Paulo, «Os Jurisconsultos Portugueses e a Doutrina do “Mare Clausum”», *Revista de História*, n.º 49, Lisboa, 1924, pp. 5-23.

²³ FREITAS, Serafim de, *Do justo império asiático dos portugueses, De iusto imperio Lusitanorum Asiatico*, introd. de Marcello Caetano; trad. de Miguel Pinto de Meneses, Inst. Nac. de Investigação Científica, Lisboa, 1983, 2 vol.. O clérigo português defendia a sua posição com base essencialmente com base na doação papal, enquanto justa recompensa pela imensa empresa portuguesa. As teses do eminente jurista de Valladolid contribuíram para a fundamentação jurídica que suportava a legitimidade do Império Português nos séculos vindouros.

²⁴ SELDON, John, *Mare Clausum, seu deo dominio maris libri duo*, Lugduni Batavorum: Apud Joannem & Theodorum Maire, 1635. A tese de Selden, que terá sido escrita entre 1617 e 1618, baseava-se no facto de o mar poder ser apro-

argumentam em vão contra uma corrente histórica que ia já de vento em popa, levada na onda da ascensão de uma segunda geração de potências navais. O *mare clausum*, independentemente dos méritos dos seus advogados, tinha os dias contados por chocar com os interesses do comércio internacional, que com razão hoje se apelida de motor da globalização. No século XVI, o *mare clausum* perde terreno para o princípio da liberdade dos mares e cai em descrédito.

Visto com os olhos de hoje, um modelo puro de reconhecimento da soberania dos estados sobre o mar (modelo ideal nunca defendido na prática e abordado apenas por motivos de exposição didática), obedecendo a uma lógica *first come first served*, parte do erro fundamental de pressupor a inesgotabilidade dos recursos e da ausência de interinfluências na maneira como estes podem ser utilizados. A consciência da escassez dos recursos impõe a sua partilha segundo critérios orientados para o bem comum da humanidade - *bonum commune humanitatis* - conceito de sabor medieval e com origem específica na tradição da escola ibérica do direito natural.

Mas há outras críticas a tecer a este modelo do ponto de vista económico: ele é altamente ineficiente, devido à tendência para a criação de monopólios. A falta de concorrência nos mercados prejudica gravemente os consumidores, ao dar demasiado poder a um só agente para determinar os preços. E apesar deste modelo, semelhante ao da propriedade privada, ter a vantagem de criar incentivos para que cada um trate do que é seu, tantas vezes isso está longe de acontecer.

O modelo cria igualmente entraves à livre investigação científica. O tempo do cientista isolado, que da varanda descobre um novo planeta, já acabou há muito: hoje os grandes avanços são feitos por equipas cada vez mais internacionais, com base nas investigações de outros. Um sistema de não partilha de recursos marítimos certamente inspiraria sistemas mais fechados de partilha científica e atrasaria o progresso.

Para mais, teríamos grandes dificuldades em lidar com as externalidades. Por essa via, novos conflitos poderiam surgir se um Estado vê as vantagens de poluir as águas e outro apenas recebe os prejuízos. Outro fator a ter em conta é o facto de muitos dos Estados de hoje não existirem ou não estarem organizados ao tempo das descobertas, pelo que povos costeiros não teriam acesso aos mares respetivos. Mas pior estariam os Estados sem Mar e a desproporcionalidade no acesso aos recursos naturais marinhos nunca levaria à aceitação dos resultados deste tipo de modelo por parte da maioria dos Estados. O modelo não é prático nas missões de busca e salvamento, não se harmoniza com as necessidades da globalização, não cria oportunidades de desenvolvimento e levaria a situações caricatas no plano da defesa e da gestão dos recursos.

Por outro lado, estendendo ao seu limite máximo os mares territoriais, poderíamos ter um modelo de divisão entre os estados costeiros. Tal modelo poderia não ser muito favorável aos Estados sem Mar, ainda que fosse certamente bom para a Segurança, prático para as missões de busca e salvamento e certamente útil para a Defesa. As disparidades no acesso aos recursos naturais poderiam ser facilmente justificadas: afinal nem todos os territórios têm as mesmas riquezas ou a mesma extensão. E apesar de poder não criar oportunidades de desenvolvimento para os países mais pobres, isso não será critério para muitos. Mas nem todos os absurdos seriam evitados, pelo que se poderia repetir o que se disse nos parágrafos anteriores a propósito das desvantagens para a investigação, da falta de concorrência, das dificuldades em lidar com as externalidades e em ser harmonizado com o fenómeno da globalização.

prado tal e qual quanto a terra. No entanto, Seldon estava em descompasso com um tempo que pedia liberalização do acesso ao recursos e era-lhe difícil não entrar em contradição quando advogava a legitimidade das pretensões inglesas e não reconhecia legitimidade às ambições ibéricas.

Assim o *mare clausum* em vez de unir separa. A falta de marcos naturais para delimitação do que é meu e do que é teu e a impossibilidade de impor fronteiras aos cardumes ou às manchas de óleo fazem com que este seja um regime insatisfatório, incoerente e injusto.

Mare Liberum: nascimento, apogeu e queda

Contudo, não se pense que o descrédito a que ficou votado o *mare clausum* levou à aceitação de um modelo assente exclusivamente na liberdade dos mares. Como dissemos, uma das vantagens dos sistemas que advogam a existência de direitos de soberania sobre os mares surge no contexto da Segurança das populações. O próprio Grotius, no seu livro *De iure belli ac pacis* defende a ideia de soberania do estado costeiro sobre a faixa de água adjacente correspondente à possibilidade de este exercer controlo efectivo sobre esta²⁵. Cornelius van Bijnkershoek, contribuirá para traduzir esta ideia num critério mais seguro, tornando-o apto a ser adoptado pela comunidade internacional, ao dizer que a soberania do estado acaba no limite da capacidade das suas armas de fogo: *terræ potestas finitur ubi finitur armorum vis*²⁶ (lei da canhoneira). Outro dos critérios adiantados nesta altura, e que poderá ter estado na base da aceitação da regra das três milhas, é o da linha do horizonte. Os defensores desta perspectiva diziam que tudo aquilo que era visível a olho nu a partir da costa se tornava território do estado costeiro²⁷.

Claro que, inicialmente por causa da questão das pescas, a curto prazo, a questão económica iria suplantiar o critério militar, entretanto ele também desactualizado, mas mantido por conveniências relacionadas com a segurança jurídica²⁸. Uma das primeiras pretensões com base nos recursos pesqueiros foi feita pela Dinamarca, ao reclamar inicialmente duas léguas escandinavas, sensivelmente oito milhas, valor que reduziu unilateralmente para metade em 1779. Limites modestos que não colocavam em perigo o princípio da liberdade dos mares, que podiam ser defendidos com mais facilidade e medidos com mais precisão do que os avançados por ingleses, ou venezianos. Com isto se começará a separação entre soberania dos mares e a soberania dos recursos, já que os dinamarqueses não reivindicavam autoridade ilimitada sobre uma extensão de mar mas ter a exclusividade na exploração dos recursos pesqueiros.

A questão dos recursos começa lentamente a autonomizar-se e podemos assistir mesmo a alguns precoces ensaios legislativos de natureza conservacionista²⁹. Era tarde já para algumas espécies, como a Vaca do Mar de Steller, avistada pela primeira vez em 1741 e pela última em 1768, caçada por marinheiros russos até à extinção. No entanto, as focas *callorhinus ursinus*, tiveram um final mais feliz, que resulta numa narrativa mais didáctica. No início do século XIX, a espécie, que outrora abundara nos mares do Pacífico, estava já

²⁵ GROTIUS, Hugo, *De iure belli ac pacis libri III in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur*, Kloof Booksellers & Scientia Verlag, Amsterdão, 1993.

²⁶ BYNKERSHOEK, Cornelius van, *A Treatise On The Law Of War*, Lawbook Exchange, 2007. Acabará por não ser o holandês, mas Ferdinando Galiani, que, em 1782, defenderá um limite nas três milhas náuticas, critério que ficará conhecido como “regra do tiro de canhão”. Neste sentido, ROBLES, García Afonso, *La anchura del mar territorial*, El Colegio de México, 1966, pp. 12 e 13.

²⁷ O grande problema de um critério tão intuitivo e prático era a sua incerteza. A linha do horizonte ao nível do mar está a cerca de três milhas, mas o topo do mastro de um grande navio pode ser visto a onze e, se o relevo da costa tiver alguns penhascos, o limite pode ir até às cinquenta.

²⁸ Neste sentido SZÉKELY, Alberto, *Derecho del mar*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 1991, pp. 13. e WILDER, Robert Jay, ob. cit., p. 11.

²⁹ Em 1829, é limitada a prática de pesca por arrasto até nove milhas da costa francesa; mas já no século anterior a Coroa Britânica restringira, até distâncias variáveis, a exploração de determinados recursos marinhos por estrangeiros. Dificilmente podemos ver aqui um interesse conservacionista, mas antes um interesses protecionista. WILDER, Robert Jay, ob. cit., p. 24.

ameaçada pelo valor da sua pele. Devido ao peso da caça na economia local, a Rússia decide, em 1835, proibir a captura de fêmeas, já que sem estas, mais fáceis de capturar, as gerações seguintes de jovens focas ficariam condenadas. Mas de pouco serviu esta proibição, já que a maior parte das capturas era feita fora dos limites da soberania russa. Em 1869, são os americanos a legislar no sentido da proteção da espécie, mas os britânicos continuaram a caçar. Até que, em 1881, a Secretaria de Estado do Tesouro interpreta a lei como aplicando-se, não apenas dentro das águas americanas, mas também a todo o mar de Bearing, o que levou à captura de catorze navios britânicos, em clara violação do Direito Internacional. A questão levou a um acordo entre os dois países, que passaram a dispor de legislação para a conservação das focas.

A história ilustra bem as dificuldades que um regime de liberdade dos mares acarreta, especialmente no que toca à conservação de recursos naturais. É aliás curioso que as primeiras legislações conservacionistas tenham tido motivações puramente económicas, por governos preocupados em garantir o sustento das suas populações a longo prazo. Na altura, ainda estavam por descobrir as complexidades da interdependência das espécies nos ecossistemas marinhos, mas a história ilustra já aquilo a que hoje chamamos “tragédia dos comuns”³⁰. Num bem de livre acesso, todos têm vantagem em abusar do conjunto, pelo que, ao bom e paradoxal estilo do dilema do prisioneiro³¹, se cada um tomar aquela que é a melhor decisão para si, todos acabam pior.

Os modelos *res communis* são economicamente inefficientes, levando ao esgotamento dos recursos, à degradação ambiental, a práticas ambientais, económicas e laborais perigosas e conflitos frequentes, ameaçando a Saúde e a Segurança Públicas e colocando imensos desafios no plano da Defesa. Esse estado de coisas dificilmente é favorável ao desenvolvimento de investigação no ramo das Ciências Naturais. Não são também de todo modelos aceitáveis politicamente para os países em desenvolvimento, com menos capacidade para usar das potencialidades de utilização dos recursos comuns. No entanto, a principal injustiça deste modelo é de cariz intergeracional, já que um modelo que favorece o esgotamento dos recursos nunca poderá dar às futuras gerações a quota parte de oportunidades para a felicidade e para o desenvolvimento que justamente lhes pertencem.

Rumo ao *mare clausum*?

Depois da segunda guerra mundial, a humanidade começa a aperceber-se de que as soluções para os seus problemas têm muitas vezes de ser pensadas a nível global, pois é essa também a escala do impacto das atividades humanas.

A primeira exploração petrolífera no mar começou em Summerland, perto de Santa Barbara, na Califórnia, em 1896, não muito tempo depois da primeira prospeção bem sucedida em terra (1859). A atividade era muito atrativa, já que se entendia que os recursos marítimos eram livres de ser explorados por quem quisesse fazê-lo e as atividades de prospeção *offshore* demorariam muito até serem reguladas pelo Estado. Mais uma vez, a história oferece-nos a lição: em estado febril, uma multidão de prospectores de espírito empreendedor rumou a oeste, numa nova corrida ao ouro negro. A falta de planeamento e de conhecimentos técnicos levou ao derrame de milhões de barris de petróleo; a falta de regulação transformou rapida-

³⁰ HARDIN, Garrett, *The tragedy of the commons*, Science, n.º 162, 13 de Dezembro, 1968, pp. 1243 e ss. “Suponha-se uma pastagem de acesso livre. É de esperar que cada pastor tentará manter tanto gado quanto possível na terra comum. Tal solução funcionou de forma razoavelmente satisfatória durante séculos, dado que as guerras tribais, as pilhagens e as doenças mantiveram os níveis quer de pessoas quer de animais muito abaixo da capacidade de resposta da terra. Um dia, porém (...) o há muito esperado objetivo da estabilização social se tornará uma realidade. Nesse momento, a lógica própria dos comuns gerará inapelavelmente a tragédia”.

³¹ AXELROD, Robert e HAMILTON, William D., *The Evolution of Cooperation*, Science, n.º 211, 1981.

mente praias em lixeiras e a competição intensa trouxe episódios de violência a lembrar os de outro *far west*. Quando um furo se tornava pouco rentável o seu proprietário limitava-se a enchê-lo com o que tinha mais à mão deixando o furo a verter profusamente e causando danos ambientais que ainda hoje custam milhões todos os anos³². E depois de assistirmos ao efeito devastador das plataformas petrolíferas³³, no ambiente, na paisagem, no turismo, na qualidade de vida e na saúde, foi a vez dos petroleiros mostrarem ao mundo a extensão dos danos que podem infligir ao planeta.

Foi-se tornando por demais evidente que, por um lado, os problemas ambientais não tinham uma solução que se compadecesse nem com a divisão do mar em talhões submetidos à soberania de um Estado, nem com um estado anárquico das coisas em que o mar é de todos na hora das vantagens e de ninguém na hora das responsabilidades; por outro lado, os meios técnicos começavam a permitir a exploração dos fundos marinhos para extração de petróleo, gás, nódulos polimetálicos e outros recursos, abrindo-se assim novos problemas que nenhum estado poderia por si só resolver. E se, até à segunda guerra mundial, se podia falar de um Direito Internacional ideologicamente neutral, interessado apenas em oferecer uma regulação mínima da convivência entre os Estados (e as matérias de direitos fundamentais eram de foro exclusivamente interno) face às atrocidades cometidas no contexto do holocausto nazi, a sociedade internacional “converteu-se” aos Direitos Humanos e assumiu a necessidade de os proteger como matéria diretamente relacionada com a Paz. Se, até aí se podia com propriedade falar de “invisibilidade dos fundos marinhos” (um [quase] não problema), a partir daí tornou-se imprescindível a existência de regulamentação internacional adequada que evitasse conflitos e catástrofes.

A tónica deixa de estar colocada no mar enquanto suporte do *jus communicationis*, passando a dar-se mais importância às questões relacionadas com os recursos. É neste contexto que, durante o século XX, muda “o vento da História”: ele “sopra agora da terra para o mar, em favor do estado ribeirinho, em detrimento do vento marítimo, símbolo da liberdade dos mares, propugnado pelas grandes potências marítimas”³⁴.

Segue-se o mesmo raciocínio de Grotius, mas *a contrario*: se este defendia a impossibilidade de alguém se apropriar de um bem inesgotável, então, sobre os bens esgotáveis deveria haver direitos exclusivos. O marco histórico a assinalar a viragem é sem dúvida a proclamação Truman de 1945: “o Governo dos Estados Unidos da América encara os recursos naturais do subsolo e do leito da plataforma continental subjacente ao alto mar, mas adjacente às suas costas, como pertença dos Estados Unidos, sujeitos à sua jurisdição e controle”. A proclamação pode parecer ambiciosa, mas é cautelosa para não violar o princípio da liberdade do alto mar. Fala apenas em jurisdição e não em soberania, apenas em recursos naturais e não na plataforma em si e baseia as pretensões no argumento do prolongamento natural da massa continental. Seguindo a via unilateralista³⁵, até 1958, seriam 55 os países a seguir o exemplo norte-americano, entre os quais Portugal, pela Lei n.º 2080, de 21 de Março de 1956 e, logo em 1950, a doutrina falava já da existência de um costume internacional com base no art. 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça³⁶, que irá pronunciar-se apenas em 1969.

³² WILDER, Robert Jay, ob. cit., pp. 30 e ss.

³³ De que ainda recentemente tivemos novos ecos com o derrame de quase cinco milhões de barris - mais de seiscentos milhões de litros - de petróleo, entre 20 de Abril e 15 de Julho, na plataforma de Deepwater Horizon, no Golfo do México.

³⁴ PIQUEMAL, A., *Le fond des mers, patrimoine commun de l'humanité*, CNEXO, 1973, p. 112.

³⁵ VERDUZCO, Alonso Gómez-Robledo, *Derecho Internacional - Temas Selectos. La Convención de Montego Bay, Génesis de la misma y el Unilateralismo como Técnica Jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 375 e ss..

³⁶ LAUTERPACHT, H. *Sovereignty over submarine areas*, British Yearbook of International Law, 1950, vol. 17, pp. 59 e ss.. As declarações dos diferentes países foram, no entanto, muito variadas nos seus limites, sendo que muitos países adotaram como critério delimitador da plataforma continental a profundidade, em regra, os duzentos metros.

Com base no argumento do prolongamento natural e na cristalização das práticas de aproveitamento exclusivo dos recursos com origem nas pescas sedentárias, no art. 1.º da Convenção de Genebra de 1958 é adotado um critério misto para a determinação da plataforma continental: “até uma profundidade de 200 metros, ou, além desse limite, até onde a profundidade das águas suprajacentes admita a exploração dos recursos naturais”. Ou seja, é adotada uma *open ended clause* que poderia redundar na territorialização de todos os fundos marinhos³⁷.

Rumo a uma síntese superadora?

Este movimento, aparentemente pendular, mostra-nos como a oposição entre o mar fechado e o mar aberto, entre o mar dos direitos de todos e o mar dos direitos de alguns, é uma oposição que continua viva. O combate dialético entre os grandes vultos de cada lado da barricada parecem ecoar nos atuais textos legais, produto de séculos de debate e compromissos. A solução não pode ser nem a da livre apropriação individual - baseada na doutrina do *res nullius*, nem a da livre utilização desregulada - *res communis*. Aliás, as duas soluções, são na prática bem mais semelhantes do que pareceria em teoria, já que a não apropriação do espaço comum não tem um automático prolongamento na não apropriação dos respetivos recursos. As duas formas de liberdade terminam por ser, enfim, duas formas de opressão. Lembremos Laccordaire, na sua comunicação nas 52ª Conferências de Notre Dame, em 1848: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta”.

É nestes termos que se encontra o ordenamento jurídico internacional por altura da redação da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (UNCLOS), que começou a ser discutida em 1973, foi aprovada em 1982, e que entrou em vigor em 1994. Aí, após uma longa narrativa de propostas e contrapropostas da primeira convenção em que o modo de deliberação foi o consenso (e não o voto), foi desenhado um modelo intrincado, repleto de freios e contrapesos, “negociados em pacote” (*package deal*).

A exposição do regime resultante já foi feita em inúmeras obras, pelo que, aqui, fica vazia de interesse. Em geral, cumpre-nos dizer que a UNCLOS estabelece um regime de poderes estaduais gradualmente mais fortes, consoante a proximidade da costa. A Convenção distingue Plataforma Continental³⁸ e Área³⁹, nos fundos oceânicos, e Águas Interiores⁴⁰, Mar Territorial⁴¹, Zona Contígua⁴², Zona Económica Exclusiva (ZEE)⁴³ e Alto Mar⁴⁴, na coluna de água suprajacente. Neste novo quadro, um dos conceitos mais determinantes é o de ZEE, num tempo em que a jurisdição sobre os recursos importa mais do que a soberania sobre o território. A solução, apesar de polémica, foi a que resultou do consenso possível entre

³⁷ MARQUES GUEDES, A., *Direito do Mar*, Lisboa, Instituto da Defesa Nacional, 1989, p. 39.

³⁸ Ver arts. 76.º e seguintes da UNCLOS. Cfr. NEVES COELHO, Paulo das, “EMEPC - FDUP - CIMAR”, *Aspectos Jurídicos e Científicos da Extensão da Plataforma Continental*, Lisboa, EMEPC, 2006, p. 30 e ss..

³⁹ Ver n.º 1, art. 1º e arts. 133º e seguinte da UNCLOS.

⁴⁰ Ver art. 8º UNCLOS.

⁴¹ Ver arts. 2.º e seguintes da UNCLOS. O mar territorial vê-se assim consideravelmente ampliado.

⁴² Ver art. 33.º da UNCLOS.

⁴³ Ver arts. 55.º e seguintes da UNCLOS. Muitas das actuais disputas internacionais sobre a soberania de determinadas ilhas remotas estão relacionadas com a localização estratégica destes pontos que podem vir a alargar a ZEE dos países que as controlam. Relacionada com esta questão, estão as diversas reivindicações territoriais na Antártida que implicariam em possíveis ZEE ao redor do continente, mas estas disputas estão congeladas devido à vigência do Tratado de Washington.

⁴⁴ Ver arts. 86.º e seguintes da UNCLOS. Acaba por ser o Alto Mar o principal herdeiro do princípio da liberdade dos mares, embora mesmo esta esteja sujeita a várias limitações (quanto mais não seja a de uso pacífico do art. 88.º) decorrentes da UNCLOS e de outros instrumentos de Direito Internacional.

interesses divergentes. A propósito da fixação deste limite, diz Daniel Vignes: “E foi em Haia, a 31 de Outubro de 1976, em vésperas do Dia dos Mortos, que os Estados-membros, aproveitando uma reunião de cooperação política europeia dos seus Ministros dos Negócios Estrangeiros, enterraram, a dez quilómetros de Delft, onde ele já repousa, Grotius, inventor do *mare liberum*”⁴⁵.

Património Comum da Humanidade: surgimento e apreciação crítica

Mas embora a Convenção de Montego Bay seja inovadora em diversos domínios, não o é noutro mais do que nos seus artigos 133.^o e seguintes, em especial com a consagração da área como património comum da humanidade, má tradução da expressão inglesa *common heritage of mankind*. Arvid Pardo, embaixador de Malta, numa nota verbal apresentada à Assembleia Geral das Nações Unidas, em 17 de Agosto de 1967, vem propor a inclusão na agenda do XXII Período de Sessões de um ponto relacionado com a “Declaração e Tratado sobre a reserva exclusiva para fins pacíficos do leito do mar e do fundo do oceano subjacentes a águas além dos limites atuais da jurisdição nacional, e sobre a utilização dos seus recursos em benefício da humanidade”. No documento, a delegação maltesa demonstra a sua preocupação com a crescente apropriação por parte dos Estados do espaço marítimo, em especial face à possibilidade de militarização desses espaços. O alcance da proposta passa pelos seguintes pontos: i) a Área não é suscetível de apropriação nacional; ii) a exploração dos seus recursos é feita de acordo com os princípios da Carta da Nações Unidas; iii) a sua utilização e aproveitamento económico é empreendida salvaguardando os interesses de toda a Humanidade e os benefícios económicos são usados para promover o desenvolvimento dos países mais pobres; iv) os fundos marinhos são utilizados para fins exclusivamente pacíficos.

Assim, pioneira no campo jurídico, a Declaração Pardo procurou dar voz a uma alternativa, quer ao modelo de *res communis* que se tinha descredibilizado noutros contextos, quer ao modelo de apropriação estadual que se começava a desenhar no horizonte, com um regresso aos *mares fechados*. Fala-se a este propósito de um regime de *global enclosure of the commons*⁴⁶, que pretende simultaneamente assegurar a proteção ambiental, promover a gestão sustentável dos recursos e garantir que os países em desenvolvimento não deixavam de aceder às riquezas do planeta. É claro um programa marcado pela dicotomia entre países ricos e países pobres, nascida no contexto da descolonização, promovida pelo Grupo dos 77 e que ainda hoje tem diversos ecos, apesar do aparecimento de novos atores na cena política e económica global.

A filosofia por detrás do conceito de património comum da humanidade essencial para a sua compreensão: determinados recursos do planeta existem para fruição de toda a humanidade, independentemente do tempo e espaço do seu nascimento, são o substrato da subsistência das gerações que vieram antes de nós, a base da nossa prosperidade e sustentáculo do desenvolvimento das gerações futuras. É apenas justo que o que a natureza providenciou para a nossa existência comum seja livremente utilizado por todos, restringindo-se, é certo, as utilizações conflituantes, afastando-se as utilizações excludentes e partilhando-se os benefícios da utilização individual, com os que mais precisam. “Por paradoxal que pareça, não há uma rutura entre o regime de liberdade de acesso e o património comum da humanidade, mas antes uma recuperação do sentido genuíno

⁴⁵ VIGNES, Daniel, “La Communauté Européenne dans le domaine du droit général de la mer”, *The Law of the Sea. The European Union and its Member States*, The Hague/ Boston/ London, Martinus Nijhoff Publishers - Kluwer Law International, 1997, p. 15. Citado via CHANTAL, Marta, “EMEPC - FDUP - CIMAR”, *Aspectos Jurídicos e Científicos da Extensão da Plataforma Continental*, Lisboa, EMEPC, 2006, p. 79.

⁴⁶ PUREZA, José Manuel, ob. cit., p. 173.

daquele por este, através da criação de condições para uma efetiva democratização da sua aplicação, ajustada à nova fisionomia da sociedade internacional”⁴⁷. Humanidade não é aqui mero sinal de justaposição integradora de todos os povos e indivíduos, mas de verdadeira união num percurso coletivo e num destino comum⁴⁸.

Há uma conversão da relação jurídica proprietarista dos povos com o Mar, numa relação social de participação comum, e procuram-se, alternativas às soluções limitadoras do *ius civilis*, definidas há dois mil anos para tratar dos direitos de particulares sobre pequenos terrenos e não para regular os poderes dos Estados e dos indivíduos sobre enormes espaços e recursos vitais à paz no planeta, ao equilíbrio ambiental e ao desenvolvimento dos povos.

O universo civilista gira em torno do conceito de propriedade enquanto direito de alguém a utilizar, usufruir e abusar as coisas que lhe pertencem - *dominium est ius utendi, fruendi, et abutendi re sua* - e é portanto instrumento estranho à realidade política e social a que atende o universo publicista⁴⁹. O mundo do pessoal e da exclusividade, completa-se com o do coletivo e da participação, mas cada um em seu lugar. Não queremos criticar o Direito Civil, ou mesmo a propriedade privada; apenas defendemos que é tão bizarramente inadequado aplicar o conceito de *res nullius* ao Mar, como seria aplicar o conceito de património comum da humanidade ao balde de água que uma criança, brincando na praia, tira displicente às ondas, para fazer um castelo.

Há que observar também a decomposição que neste domínio é feita entre o *dominium utile*, e o *dominium directum*, presente, séculos antes, na relação feudal de vassalagem. Os recursos podem ser património comum da humanidade, mas a forma prevista para a exploração da Área implica que os seus recursos possam ser explorados por Estados, ou mesmo por empresas e particulares, e que os materiais extraídos sejam propriedade destes, em termos iguais aos que seriam caso estes os explorassem em terra. Em troca do domínio útil de determinada zona da Área, há para a Autoridade transferência de verbas que criam um *património derivado*, destinado ao desenvolvimento dos países mais pobres e por tecnologia que permitiria antecipar a capacidade de outros povos participarem na exploração dos espaços comuns. Por isto se entende o papel central que a configuração da Autoridade assumiu nas negociações. Uma *stamp Authority* ou uma *strong Authority*? Um princípio do património comum da humanidade como fundamento de uma regulação supranacional adequado à realização das finalidades de justiça corretiva, ou a consagração de uma perspectiva minimalista de liberdade vagamente balizada pelo interesse comum? A primeira certamente iria mais ao encontro dos interesses dos países desenvolvidos, que veriam as suas pretensões sempre aceites; a segunda aos dos países em desenvolvimento que pretendiam uma Autoridade capaz ela mesma de explorar os recursos e de exigir mais compensações monetárias e transferências tecnológicas. Pelo facto de os países desenvolvidos não depositarem concertadamente os seus instrumentos, depois de diversas oscilações e adiamentos (de que os nove anos de discussão da Convenção e os doze entre a assinatura e a entrada em vigor são bem a prova), o texto final resulta de uma solução de compromisso, tanto no plano normativo, como no institucional⁵⁰.

⁴⁷ PUREZA, José Manuel, ob. cit., p. 175.

⁴⁸ Neste sentido: DUPUY, René-Jean, *Communauté internationale et disparités de développement. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. IV, 1979, pp. 169 e ss.

⁴⁹ Já neste sentido dizia Pardo que “a expressão herança comum é claramente preferível à expressão propriedade comum. Não cremos recomendável o emprego da palavra “propriedade”. “Propriedade” é uma forma de poder”. Cfr. PUREZA, José Manuel, ob. cit., p. 177.

⁵⁰ PUREZA, José Manuel, ob. cit., pp. 207 e ss. “A comunidade internacional não estava preparada para corporizar em estruturas orgânicas a revolução institucional que havia iniciado nas atribuições funcionais. Consequentemente, a ideia de uma Autoridade com elevado grau de integração e autonomia não foi nunca seriamente considerada: a forma não seguiu a função”. PAOLILLO, Felipe, “The institutional arrangements for the international seabed and their impact on the evolution of the international organizations”, *Recueils des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. V, p. 153.

A UNCLOS foi aprovada a 30 de Abril de 1982, com 130 votos favoráveis, 4 contra⁵¹ e 17 abstenções⁵². O regime da Área, que pode ter tido inspirações no regime internacionalista do Tratado da Antártida de 1958, terá uma influência determinante na conceção de outros regimes, como os que regem as atividades de exploração do espaço exterior, da Lua e de outros corpos celestes de 1967⁵³ e 1979. De certa forma, a UNCLOS foi causa e efeito do nascimento de uma consciência global informada e interessada em conservar e, se possível, expandir o património que lhe foi deixado. Mas não apenas o património natural - constituído pelos recursos naturais, pelas paisagens e pela biodiversidade planetária - como também o património cultural⁵⁴.

Cumpre-nos, no entanto, passar além da análise jusfilosófica deste modelo, julgando da sua viabilidade prática. Em primeiro lugar, harmoniza-se facilmente com as necessidades da globalização, com a livre iniciativa privada e pública, permite a investigação científica e promove a difusão do conhecimento, favorece a segurança, é sensível à existência de externalidades, estimula o desenvolvimento dos países mais pobres e garante a utilização sustentável dos recursos. Já no plano da defesa e das relações internacionais, temos de salientar o contributo deste modelo para a paz e a sua fácil articulação com missões militares no enquadramento da Carta da ONU.

A grande falha do modelo no plano económico, no plano da segurança e no plano ambiental é a quantidade de regulação, controle e fiscalização que implica. A Autoridade não dispõe dos meios financeiros, humanos e tecnológicos necessários para ser levar a cabo a sua missão sem o auxílio dos Estados, pior seria se a sua missão se estendesse. Para mais, dificilmente os líderes dos países desenvolvidos aceitariam a aplicação do regime a outras áreas, pelo que é vital educar os líderes de amanhã no entendimento de que todos ganhariam com um sistema aberto e organizado, voltado para a satisfação das necessidades das pessoas.

Estamos em crer que o conceito vai beber muito ao pensamento tomista, fazendo a síntese superadora entre o comunitarismo utópico e o individualismo egoísta. Vejamos: “A apropriação será legitimada precisamente a partir do destino comum das coisas para o proveito de todos os homens. De facto, longe de servir de base à posse comum das coisas, este destino comum encontra na propriedade pessoal a forma mais apropriada a cumprir-se. O interesse, a iniciativa e a solicitude dos proprietários destacam-se em comparação com o desinteresse e a inércia dos homens face ao que possuem em comum. (...) Mas a doutrina tomista tem uma orientação mais claramente ética, justificando a propriedade como a forma mais apta a favorecer a responsabilidade de cada um e a paz social, bem como o uso virtuoso e a alienação livre e generosa dos bens materiais”. Aqui é clara a defesa da propriedade privada como pilar do desenvolvimento económico⁵⁵. “Esta visão teológica revela toda a sua fecundidade quando vai ao encontro da consciência, hoje mais viva e lúcida, que toma a Humanidade face ao universo dos recursos naturais, dos ecossistemas vivos e das responsabilidades face às gerações vindouras”.

⁵¹ EUA, Israel, Turquia e Venezuela.

⁵² Bélgica, Bielorrússia, Bulgária, Checoslováquia, Espanha, Holanda, Hungria, Itália, Luxemburgo, Mongólia, Polónia, Reino Unido, RDA, RFA, Tailândia, Ucrânia e URSS.

⁵³ É particularmente interessante esta passagem no art. 5.º do Tratado: “Os Estados Partes neste Tratado considerarão os astronautas como *enviados da Humanidade no espaço exterior*, (...)” (itálico nosso).

⁵⁴ “A mutilação da Pietà de Miguel Ângelo, ou os desgastes sofridos pelo Templo de Angkor tocam a sensibilidade de todo o mundo culto, que experimenta um sentimento de perda irreparável”. KISS, A. C., *La notion de patrimoine commun de l’humanité. Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, vol. II, 1982, p. 165.

⁵⁵ D’AQUIN, Thomas, *Somme Theologique*, Tomo III, Paris, Les Éditions du Cerf, 1985, Introdução e notas de HENRY, Antonin-Marcel, p. 436 e ss..

Rumo a uma *global governance*. Papel dos Estados.

Mais do que definir e densificar o conceito, ou justificar um alargamento do conceito de património comum da humanidade a outras parcelas do mar e dos seus recursos, importa criar um modelo de *global governance* eficiente em que este regime se encaixe. Ora, por muito que acreditemos no papel dos cidadãos e das instâncias políticas supranacionais, esse modelo não pode ser desenvolvido sem ou contra os Estados.

Com o esvaziamento da capacidade regulatória dos poderes estaduais face a realidades transnacionais (o ambiente, a economia, os mercados financeiros, as migrações, o terrorismo, etc.), e o aparecimento de entidades com vocação supranacional, podemos dizer, retomando a imagem de Richard Falk, que vivemos hoje numa situação simétrica à do período de Vestefália, com a rutura do paradigma da *respublica christianorum* do tempo dos senhores feudais, e a afirmação do paradigma juspolítico moderno assente em Estados-Nação soberanos⁵⁶. Como sintetiza Falk, “o papel dos grandes jusinternacionalistas no período de Vestefália foi introduzirem um elemento normativo útil à corrente da opção estadista na vida internacional. Ser-se criativo requeria tanto uma compreensão desta torrente histórica quanto um esforço para exercer influência sobre ela”. Num período que lemos como de hiato entre o “já não” do Estado e o “ainda não” do poder internacional institucionalizado⁵⁷ teremos também de coletivamente encontrar soluções criativas para ultrapassar os problemas globais com que nos defrontamos.

São os Estados quem dispõe dos meios financeiros, humanos e materiais necessários à *governance* do planeta, promovendo o uso económico regrado, a conservação ambiental inteligente e a investigação científica essencial ao progresso da Humanidade. Mais do que isso, é a escala nacional, a matriz emocional coletiva da maioria das comunidades, e o principal referencial democrático dos cidadãos, o que continuará a conferir aos Estados Nacionais o estatuto de principais atores políticos e de *trustees* de alguns dos mais preciosos bens da humanidade.

Subsidiariedade

Estas mudanças implicam que encaremos o conceito de soberania estadual de uma forma diferente. Estamos certos que a solução para a *global governance* no século XXI passará por aplicar o princípio da subsidiariedade, não apenas à escala regional, como é, ou deveria ser, prática no contexto da União Europeia, mas também à escala internacional, dando competência sucessivamente a instituições regionais, como a UE e globais, como as Nações Unidas, para tratar tão-só e apenas as matérias em que estas o conseguem fazer com vantagem. Subsidiariedade significa que do Ambiente à Economia, da Segurança à Investigação Científica, quem está mais perto dos problemas é em regra quem está mais perto das soluções, quem sente mais a realidade, quem a compreende melhor e quem consegue mais facilmente atuar sobre ela. Assim, uma questão só deve ser tratada por uma instância superior quando houver vantagem em que assim seja e certamente haverá vantagens quando estamos perante problemas do tipo do dilema do prisioneiro.

⁵⁶ FALK, Richard, *A new paradigm for international legal studies: prospects and proposals*, in *Revitalizing International Law*, Iowa State University Press, Ames, 1989, pp. 5 e ss.

⁵⁷ PUREZA, José Manuel, ob. cit., p. 281.

Construindo laços: *baby steps*, amabilidade, retaliação, perdão e não inveja

A este propósito, convém ainda relembrar os estudos de Axelrod sobre o dilema do prisioneiro iterado⁵⁸, em que os participantes têm memória dos encontros prévios e o seu objetivo é chegar ao fim de uma série de encontros com a menor pontuação possível. Axelrod descobriu que, quando se repetem estes encontros muitas vezes e com vários jogadores, cada um com estratégias diferentes, as estratégias “egoístas” tendiam a ser piores a longo prazo, enquanto que as estratégias “altruístas” eram melhores, julgando-as unicamente com respeito ao interesse próprio. O autor usa estes dados para explicar, do ponto de vista egoísta da sobrevivência, o uso “egoísta” de estratégias altruístas de cooperação, quer no contexto da criação de comunidades animais, quer, mais tarde, de comunidades humanas. Assim, pela análise das estratégias mais bem pontuadas, Axelrod chegou à conclusão que todas as estratégias de êxito tinham as seguintes características: *amabilidade* (nunca ser hostil antes de o opositor o fazer) *retaliação* (a estratégia de “colaborar sempre” é a pior possível, sobretudo se o oponente se aperceber dela) e *perdão* (deve-se aceitar a colaboração de um oponente outrora hostil e de vez em quando dar o primeiro passo). A estas características se juntaria a *não inveja*: não vale a pena tentar fazer menos pontos que o adversário, já que, com a sistemática estratégia amável, não se obterão necessariamente menos pontos, e as estratégias hostis acabam, com grande probabilidade, em perda de pontos para ambos os lados.

Há dezenas de estudos com base noutros tantos jogos semelhantes a estes, que mostram que a melhor situação se pode alcançar quando as partes aprendem a colaborar entre si. Poder-se-á pensar que a situação, no plano político, económico ou diplomático, fica simplificada pelas atuais possibilidades de comunicação, que fazem com que se possa acordar uma determinada ação. Mas esqueçemo-nos aí que, muitas vezes, pouco importam as palavras e as promessas. Estamos em crer que este tipo de jogos também explica o sucesso das políticas de *baby steps*, em que as partes - perante a impossibilidade de confiar uma na outra ao primeiro encontro e os típicos impasses em que “eu faço se tu fizeres” - vão colocando progressivamente mais em jogo, de forma a perceberem se a estratégia dos outros jogadores será amigável ou hostil. Este tipo de aproximações tem sido usado em diversos processos diplomáticos, desde a integração europeia ao desarmamento nuclear.

Conclusão

A globalização dos problemas na economia, no ambiente e segurança impõem que ganhemos consciência coletiva de uma dimensão comunitária para a sociedade global da confiança e da interdependência. Dizer que “estamos todos no mesmo barco” é reconhecer que hoje, mais do que nunca, temos a perceção do quão intimamente ligados estão os nossos destinos - no pior e no melhor que a expressão encerra. Se o reconhecemos, temos de procurar maneira de nos desviarmos da rota da violência e da injustiça através de decisões sensatas, racionais e participadas.

A capacidade de encontrar soluções para os nossos problemas, neste pequeno ponto azul no espaço, morre quando encaramos os oceanos como muros e não como pontes, quando vemos as pessoas que nos rodeiam como alienígenas e não como conterrâneos; homens e mulheres com quem partilhamos um planeta, mas não laços de humanidade e compreensão.

⁵⁸ AXELROD, Robert e HAMILTON, William D., *The Evolution of Cooperation*, Science, n.º 211, 1981.

Partilhamos apenas um medo comum, apenas a vontade comum de nos afastarmos. No entanto, se, céticos em relação ao futuro, olharmos para trás, compreenderemos que, nas últimas décadas, o Direito Internacional fez mais caminho do que qualquer otimista se atreveria a sonhar. Quem adivinharia um Tribunal Penal Internacional? E uma União Europeia, ainda que com toda a neblina sob que se encontra envolto o seu futuro?

Relembremos que aqueles que vivem entre nós fazem sempre parte da solução, na mesma exata medida em que possam fazer parte do problema: são seres humanos, que partilham connosco o mesmo instante de vida, que procuram, como nós, apenas uma oportunidade para ser felizes e viver uma existência cheia junto daqueles que lhe dão sentido. Estou certo de que esta esperança comum, este objetivo comum, conseguirá ensinar-nos algo. Não apenas sobre os regimes jurídicos na base de uma nova *governance* dos oceanos, como também, quase tão importante, algo sobre a forma de manobrarmos as nossas vidas.

Palavras-Chave: Direito do Mar; Global Governance; Património Comum da Humanidade

Ary Ferreira da Cunha

*Investigador do Centro de Investigação Jurídico Económica (CIJE)
da Universidade do Porto e bolseiro de doutoramento
da Fundação para a Ciência e Tecnologia, IP.*

*RevCED*ÖUA

Jurisprudência

Era uma vez a capacidade de construir... E a “justa” indemnização!

Acórdão Excecional de Revista do Supremo Tribunal Administrativo de 05-11-2013

PLANO DE ORDENAMENTO – REVISÃO - INDEMNIZAÇÃO POR SACRIFÍCIO

I – O art. 143º, n.º 3, do RJIGT não é infiel à lei de bases (a Lei n.º 49/98, de 11/8), não padecendo das correspondentes ilegalidade e inconstitucionalidade orgânica.

II – Essa norma, ao exigir um «licenciamento prévio válido», não ofende o «princípio democrático» ou o princípio constitucional da igualdade.

III – As possibilidades construtivas meramente previstas num plano não conferem aos respectivos «domini» um «jus aedificandi», ao menos «in actu», mas uma simples expectativa jurídica.

IV – Por isso, a eliminação posterior dessas possibilidades, fruto da revisão do plano, não corresponde a uma expropriação de sacrifício, susceptível de indemnização à luz do art. 62º, n.º 2, da CRP.

V – O art. 9º do DL n.º 48.051 não representava um instituto jurídico subsidiário, apto a conferir uma indemnização já negada pela lei directamente aplicável.

VI – Aliás, o risco que uma zona enfrenta devido ao avanço do mar sempre excluiria que a sujeição do local a restrições edificativas constituísse, para os respectivos «domini», um prejuízo especial e anormal.

Acordam na 1.ª Secção do Supremo Tribunal Administrativo:

O Estado Português, representado pelo MºPº, interpôs a presente revista do aresto do TCA-Sul que, revogando o saneador-sentença absolutório do TAF de Leiria, considerou que a autora A....., Ld.ª, tem o direito de indemnização que invocou na acção condenatória que propôs contra o Estado, pelo que os autos deviam baixar à 1.ª instância para «determinação do montante dos prejuízos a indemnizar».

O recorrente terminou a sua alegação de recurso oferecendo as seguintes conclusões:

A) Na presente acção, como em outras possíveis acções que venham a ser interpostas com o mesmo fundamento, está-se, perante a questão de saber se os requisitos do disposto no n.º 3 do art. 143º do RJIGT, como decorre do texto da lei e tendo em conta o seu elemento literal e o disposto no art. 9º n.º 2 do CC, são de verificação cumulativa, como o entendeu a sentença de 1.ª instância ou disjuntiva, como entendeu o Acórdão ora recorrido. B) Tal questão, pela sua controvérsia e eventual futura expansão reveste-se de importância fundamental pela sua relevância jurídica e clara necessidade de melhor aplicação do direito, motivo pelo qual se justifica, salvo melhor opinião, uma reapreciação excepcional por esse Venerando Tribunal, de acordo com o art. 150º n.º 1 do CPTA.

C) O Acórdão, ora recorrido, que revogou a sentença de 1.ª instância, seguindo de perto a sua fundamentação de facto, considerando que tais requisitos eram disjuntivos, decidiu, em resumo, que: por aplicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 31/2001, que “sujeitou a medidas preventivas as áreas definidas nas plantas anexas” à resolução em causa e, posteriormente, pela aprovação do Plano de Ordenamento da Orla Costeira (POOC) de Alcobaça - Mafra, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 11/2002, de 17 de Janeiro, que classificou o terreno da autora como “Faixa de Risco”, ficou aquela impedida de exercer a referida possibilidade objectiva de aproveitamento do solo, designadamente a possibilidade de nele construir.”

D) Mais concluindo que: “a subtracção do “ius aedificandi”, naquelas condições, violando a protecção da confiança legítima que a autora depositara na manutenção dos efeitos do plano, constituiu, como acima se viu, uma expropriação de sacrifício ou substancial, a carecer de ser ressarcida através do mecanismo indemnizatório previsto no art. 143º n.º 3 do RJIGT, pelo que, ao considerar não estarem preenchidos os requisitos daquele direito à indemnização, o despacho saneador-sentença incorreu em erro de julgamento e, como tal, não pode manter-se.».

E) Todavia, do elemento literal do disposto no n.º 3 do art. 143º do RJIGT, não se vê, salvo o devido respeito por opinião contrária, que o segundo requisito se possa considerar disjuntivo relativamente ao primeiro, já que, da simples leitura do mesmo preceito, o segundo requisito resulta como consequência do primeiro e como tal é cumulativo daquele.

F) Na verdade, se o legislador tivesse pretendido que aqueles dois requisitos fossem disjuntivos certamente o teria evidenciado, separando-os por um “ou”, ou dividindo-os em duas alíneas.

G) Não o tendo feito, que “não possa ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso” (art. 9º n.º 2 do CC), pelo que os dois referidos requisitos se tenham de considerar como cumulativos.

H) Se assim não fosse, aquele preceito do art. 143º do RJIGT iria contrariar o próprio art. 18º n.º 2 da LBPOTU (Lei n.º 48/98 de 11/08), onde se estipula a necessidade, para haver dever de indemnizar, de existirem direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados.

I) Como se refere na sentença de 1.^a instância, “não é pelo simples facto de um PDM referir que determinado terreno se situa em área urbanizável que se pode concluir, por si só, que o seu proprietário tem direito a edificar no referido local. Ou seja, não estamos perante uma situação que possa ser considerada juridicamente consolidada...”

J) Como ensina Fernando Alves Correia, na obra atrás mencionada e para o caso que nos importa: “O elemento textual do n.º 3 do artigo 143.º não deixa quaisquer dúvidas quanto à exigência de dois requisitos para a indemnização das restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo resultantes de alteração, revisão ou suspensão dos planos municipais (e isto pressupondo, como determina o n.º 3 do artigo 9.º do Código Civil, que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (...). De acordo com a interpretação que vem sendo avançada dos n.ºs 3 e 5 do artigo 143.º do RJIGT estão excluídos do dever de indemnização: a) Os danos resultantes da subtracção ou da diminuição de uma modalidade de utilização do solo conferida por um plano municipal, por efeito da alteração, revisão ou suspensão deste, ainda que estas ocorram dentro do prazo de cinco anos após a sua entrada em vigor, se o proprietário não for detentor de uma licença ou de uma comunicação prévia válida.

L) No caso da Autora, conforme facto dado como provado, havia sido indeferido o projecto de arquitectura para o terreno em causa, indeferimento esse com fundamento em factos que nada tinham a ver com as “medidas preventivas”, como seja a “área de construção” e as “características envolventes”.

M) Pelo que, em face dos factos dados como provados, se é certo que a Autora reunia o primeiro dos requisitos do n.º 3 do art. 143.º do RJIGT, já não reunia o segundo, por inexistir qualquer licenciamento válido para o terreno em causa.

N) Não se podendo, pois, dizer, como o faz o Acórdão recorrido, em adopção do conceito de que os mencionados requisitos do n.º 3 daquela disposição legal eram disjuntivos, que “a subtracção do “jus aedificandi”, naquelas condições, violando a protecção da confiança legítima que a Autora depositara na manutenção dos efeitos do plano, constituiu (...) uma expropriação de sacrifício ou substancial, a carecer de ser ressarcida através do mecanismo indemnizatório previsto no artigo 143.º n.º 3 do RJIGT (...)”.

O) Pois, como afirma Cláudio Monteiro, in “Cadernos de Justiça Administrativa” n.º 91, pág. 14 e seg., a propósito do art. 143.º do RJIGT: «na solução preconizada por esta disposição legal só se pode falar em “restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo preexistentes e juridicamente consolidadas, que comportem uma restrição significativa na sua utilização de efeitos equivalentes a uma expropriação”, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, quando o plano determine a caducidade ou alteração de um licenciamento válido anterior. Só nestes casos, portanto, é que existirá um sacrifício indemnizável das faculdades urbanísticas do proprietário do terreno afectado pela restrição, e consequentemente uma expropriação de sacrifício ou de valor protegida pela garantia expropriatória estabelecida no n.º 2 do art. 62.º da Constituição».

P) Também, no que se refere às restantes questões julgadas improcedentes pela sentença de 1.^a instância e sobre as quais o Acórdão recorrido já não se pronunciou, por as julgar prejudicadas pela solução dada, deverá tal improcedência ser mantida, pelos fundamentos exarados na sentença de 1.^a instância e nas alegações de recurso do M.^oP.^o, para este TCAS, que aqui se dão por integralmente reproduzidas.

Q) Pelo que o Acórdão ora em recurso deveria ter julgado totalmente improcedente o recurso da Autora e mantido a sentença proferida na 1.^a instância.

R) Ao assim não ter decidido, o Acórdão ora recorrido incorreu em vício de violação de lei, por errada interpretação e aplicação do n.º 3 do art. 143.º do RJIGT e do art. 9.º n.º 2 do CC.

Não houve contra-alegação.

A revista foi admitida pelo acórdão deste STA de fls. 335 e ss., da responsabilidade da formação a que alude o art. 150.º, n.º 5, do CPTA.

A matéria de facto pertinente é a dada como provada no acórdão «sub censura», a qual aqui damos por integralmente reproduzida – como ultimamente decorre do art. 713.º, n.º 6, do CPC anterior e aqui aplicável («ex vi» do art. 7.º, n.º 1, da Lei n.º 41/2013, de 26/6).

Passemos ao direito.

A autora e ora recorrida instaurou a acção dos autos para obter a condenação do Estado a indemnizá-la pela «expropriação de sacrifício» a que o réu a teria submetido ao incluir um seu terreno rústico – mas tido como urbanizável pelo Regulamento do PDM de Alcobaça – numa zona que o Regulamento do Plano de Ordenamento da Orla Costeira de Alcobaça-Mafra (doravante, POOC) veio, menos de cinco anos depois, qualificar como «faixa de risco» e onde proibiu quaisquer «obras de construção».

O TAF de Leiria julgou a acção improcedente no saneador em virtude do peticionado direito de indemnização não ter suporte legal – fosse nos arts. 18.º, n.º 2, da Lei n.º 48/98, de 11/8, e 143.º, n.º 3, do DL n.º 380/99, de 22/9 (o RJIGT), fosse no art. 9.º do DL n.º 48.051, de 21/11/1967.

A autora apelou, sustentando que o direito por si exercido era deduzível dessas duas fontes normativas. E o TCA-Sul, considerando que o Regulamento do PDM de Alcobaça conferia à autora «um verdadeiro direito urbanístico» de que ela – embora nunca tivesse sido «titular de qualquer licença» relativa ao dito terreno – não podia ser privada «durante

o prazo de 5 anos, sem indemnização», viu, na Resolução do Conselho de Ministros que aprovara o POOC, uma «expropriação de sacrifício» indemnizável nos termos do art. 143º, n.º 3, do RJIGT. Motivo por que o TCA revogou o saneador-sentença e impôs que os autos baixassem ao TAF para «determinação do montante dos prejuízos a indemnizar». Na presente revista, o Estado, representado pelo MºPº, pugna pela revogação do aresto «sub specie» por o caso da autora se não enquadrar completamente na hipótese daquele art. 143º, n.º 3, e não conduzir, por isso, ao «direito a indemnização» aí previsto. Com efeito, e embora não questione a presença dos demais requisitos do direito exercido, o Estado assinala que, «in casu», falta um: ter havido, a favor da autora, algum licenciamento relacionado com a aptidão urbanística alegadamente suprimida. Não há dúvida que o art. 143º do RJIGT constitui o parâmetro normativo imediato da atribuição de indemnizações do género. E, na resolução do problema presente, avultam os ns.º 2 e 3 desse artigo, que apresentam a seguinte redacção:

2 – São indemnizáveis as restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo, preexistentes e juridicamente consolidadas, que comportem uma restrição significativa na sua utilização de efeitos equivalentes a uma expropriação.

3 – As restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo resultantes de revisão dos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares apenas conferem direito a indemnização quando a revisão ocorra dentro do período de cinco anos após a sua entrada em vigor, determinando a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido.

Portanto, o primeiro desses números confere, «in genere», um direito de indemnização a quem sofra «restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento» de um seu terreno. Mas acrescenta logo que o surgimento do direito requer a verificação cumulativa de três requisitos: (i) que essas «possibilidades objectivas de aproveitamento do solo» sejam «preexistentes» (às «restrições»); (ii) que as mesmas «possibilidades» estejam «juridicamente consolidadas» (aquando das «restrições»); (iii) e que as «restrições» correspondam a «efeitos equivalentes a uma expropriação».

Por seu turno, o n.º 3, que acima transcrevemos, ocupa-se de parte das «restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo» – a parte delas que resulte «da revisão dos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares». Tal «revisão» deve ser entendida «lato sensu», abrangendo também a «alteração» e a «suspensão» aludidas no art. 93º, n.º 1, do RJIGT; e, para os fins da norma, é indiferente que essa «revisão» ocorra «in situ» ou advenha da emergência de um plano com força jurídica superior. Sendo assim, o caso «sub judicio» reporta-se nitidamente a este n.º 3: pois o Regulamento do PDM de Alcobaça reconheceu à autora e aqui recorrida possibilidades objectivas de aproveitamento do seu terreno – as de nele edificar – que o Regulamento do POOC veio suprimir, proibindo-lhe aí «a realização de obras de construção» (art. 16º, n.º 1, desse diploma).

Mas o mesmo n.º 3 estabelece seguidamente dois requisitos para a existência do direito de indemnização; e é fácil ver que eles constituem um desdobramento explicativo de algo já ínsito no n.º 2. Assim, e por um lado, o n.º 3 diz que só têm alcance expropriativo e, portanto, indemnizatório as «restrições» («às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo») que resultem da «revisão dos instrumentos de gestão territorial» (dadores daquelas possibilidades) ocorrida «dentro do período de cinco anos após a sua entrada em vigor». Passado esse período, a supressão das «possibilidades» entretanto não realizadas perde significado expropriativo, por dever triunfar o primado da flexibilidade dos planos.

Por outro lado, só há direito a indemnização se aquela «revisão» (dos instrumentos de gestão territorial que autonomamente consagravam as agora restringidas possibilidades de aproveitamento do terreno) determinar «a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido». E esta exigência acresce, evidentemente, à anterior – como mostra o facto dela começar com um verbo no gerúndio, ou seja, dela se referir a uma acção que necessariamente acompanha o que atrás se dissera. Ademais, este outro requisito explicita que as «possibilidades juridicamente consolidadas», aludidas no n.º 2, são, afinal e tão só, as decorrentes de um qualquer «licenciamento prévio».

Perante isto, é imediatamente claro que o recorrente tem razão na fundamental crítica que dirige ao aresto recorrido. É que este, interpretando o art. 143º, n.º 3, do RJIGT de um modo gramaticalmente incorrecto, tomou o requisito começado pelo gerúndio como disjuncto do precedente – apesar de ser óbvio que eles são cumulativos; e, por via dessa interpretação inaceitável, o acórdão activou a favor da autora tal preceito – desprezando o facto dela não ter sequer alegado que, relativamente ao terreno em causa, obtivera algum licenciamento prévio, tendente a que nele viesse a edificar.

Todavia, a certeza de que o acórdão do TCA enveredou por um «iter» incorrecto para decidir ainda não chega para que concluamos que a sua decisão está errada – pois poderá estar certa «per accidens». É seguro que, exclusivamente à luz do art. 143º, n.º 3, do RJIGT – que, repitamo-lo, se apresenta como a regra jurídica imediata para resolver o assunto em presença – a autora carece do direito de indemnização que reclama. No entanto, ela sustentou nos seus articulados a ilegalidade e a inconstitucionalidade dessa norma, isto é, a sua desaplicação a fim de que o caso em apreço seja equacionado segundo diferentes parâmetros jurídicos. E, nos termos do art. 150º, n.º 3, do CPTA, importa aferir dessas objecções da autora a uma aplicação integral do art. 143º, n.º 3, do RJIGT.

Logo «in initio litis», a autora defendeu que este artigo deve ser interpretado e aplicado no sentido do «direito a indemnização» que prevê não estar dependente dum «licenciamento prévio válido»; pois ela acredita que, se assim não suceder, haverá de concluir-se que tal norma é ilegal, «por violação da lei de bases», ou inconstitucional, seja por ofensa do art. 165º, n.º 1, al. z), da CRP, seja por violação do «princípio democrático» (arts. 2º e 9º, al. d), da CRP), do princípio da igualdade e do art. 62º, n.º 2, da CRP.

Essas denunciadas ilegalidade e primeira inconstitucionalidade fundam-se na ideia de que o art. 143º do RJIGT é, no dito ponto, infiel à Lei n.º 49/98, de 11/8 – que estabeleceu «as bases da política de ordenamento do território e de urbanismo» (art. 1º, n.º 1) – e, «maxime», aos ns.º 2 e 3 do seu art. 18º.

O n.º 1 deste artigo alude aos «mecanismos equitativos de perequação compensatória», que não têm directamente a ver com o presente caso.

No seu n.º 2, o mesmo art. 18º estabelece que «existe o dever de indemnizar sempre que os instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares determinem restrições significativas de efeitos equivalentes a expropriação, a direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados que não possam ser compensados nos termos do número anterior». E o n.º 3 desse art. 18º dispõe que «a lei define o prazo e as condições de exercício do direito à indemnização previsto no número anterior».

Apesar da indeterminação de vários conceitos que utiliza, o art. 18º, n.º 2, da Lei n.º 48/98 é estruturalmente claríssimo. Filia o «dever de indemnizar» nas «restrições» – trazidas por instrumentos de gestão territorial – àquilo que qualifica como «direitos de uso do solo». Para tanto, esses «direitos» devem ter duas características, cumulativas mas autónomas: serem «preexistentes» (aos «instrumentos» sobreditos) e estarem «juridicamente consolidadas». E o preceito acrescenta ainda que tais «restrições» só serão indemnizáveis se corresponderem a «efeitos equivalentes a expropriação».

Ora, tudo isto se harmoniza, no seu essencial, com o constante dos ns.º 2 e 3 do art. 143º do RJIGT, ressalvados os três pormenores que se seguem:

1 – Os «direitos de uso do solo», referidos na Lei n.º 49/98, passaram, no RJIGT, a ser identificados como «possibilidades objectivas de aproveitamento do solo». Mas esta diferença, que aliás representa um mero afinamento de conceitos benéfico para os particulares, não vem questionada pela autora.

2 – O RJIGT estatui que a «revisão» (dos instrumentos de gestão territorial) relevante, para efeitos de haver «direito a indemnização», ocorre «dentro do período de cinco anos após a (...) entrada em vigor» desses instrumentos. Isso não constava da Lei n.º 49/98. Mas esta diferença, aliás explicável a partir do art. 18º, n.º 3, dessa lei, também não está questionada pela autora.

3 – O art. 143º, n.º 3, do RJIGT veio exigir, como dissemos, um «licenciamento prévio válido». É nesta exigência que a autora divisa a infidelidade do RJIGT relativamente à lei de bases. E importa apreciar imediatamente este assunto.

Já «supra» vimos que a expressão «licenciamento prévio válido» busca precisar e delimitar o que sejam as «possibilidades (...) juridicamente consolidadas» referidas no n.º 2 do artigo; e que estas, por sua vez, correspondem fielmente aos «direitos (...) juridicamente consolidados» que constam do art. 18º, n.º 2, da Lei n.º 49/98. Sendo as coisas assim, uma eventual infidelidade daquela lei de desenvolvimento relativamente à lei de bases haveria de se localizar nessa tentativa de delimitação e precisão. Mas, para que deveras existisse a inovação ou traição que a autora denuncia, seria indispensável que o legislador do RJIGT não estivesse mandatado para realizar tal tarefa. Ora, e como se evidencia no art. 18º, n.º 3, da Lei n.º 49/98, o legislador do RJIGT fora admitido pela Assembleia da República a definir «as condições de exercício do direito à indemnização previsto no artigo anterior». É óbvio que essas «condições de exercício do direito» eram, «in primis», os requisitos do direito, dos quais dependeria a sua própria emergência – e não somente a regulação do direito «in actu exercito», o que seria bem pouco e contrastaria com o modo vago, e por isso necessitado de uma determinação ulterior, como a Assembleia da República se exprimira. Donde se segue que o legislador do RJIGT podia perfeitamente afinar o requisito referente aos «direitos (...) juridicamente consolidados» por forma a que isso se traduzisse na prévia presença de um qualquer acto de «licenciamento».

Consequentemente, o art. 143º, n.º 3, do RJIGT não enferma da ilegalidade nem da inconstitucionalidade orgânica que a autora lhe atribuiu, não podendo ser desaplicado por causa disso.

E resta agora ver se o mesmo preceito legal, no segmento que nos importa – aquele que alude ao «licenciamento prévio válido» – sofre das inconstitucionalidades materiais também invocadas pela autora.

A primeira delas consiste na violação dos arts. 2º e 9º, al. d), da CRP, que a autora sintetizou numa «ofensa ao princípio democrático». Mas, entre essas normas – que definem a «República Portuguesa» e apontam programaticamente «tarefas fundamentais do Estado» – e o art. 143º, n.º 3, do RJIGT existe um hiato que os torna incomensuráveis. Assim, o raciocínio que a autora meramente esboçou para desenhar tal inconstitucionalidade sofre dum claríssimo «non sequitur», não sendo válido nem atendível. Não é, pois, por esta via que aquele segmento do art. 143º, n.º 3, do RJIGT pode ser desaplicado, por inconstitucionalidade.

A autora também considerou que a exigência «de um licenciamento prévio válido» é inconstitucional por ofensa do princípio da igualdade (art. 13º da CRP). Absteve-se, contudo, de explicar porquê. E não se vislumbra a razão desse segmento do art. 143º, n.º 3, do RJIGT violar tal princípio, posto que, sendo efectivamente desiguais, à partida, as situações dos que possuem tal «licenciamento» e as daqueles que o não possuem, justificado se torna que essa diferença redunde num tratamento desigual deles, «in fine». Portanto, ao diferenciar o que é

diferente, fazendo-o em termos que não são arbitrários, a parte ora em apreço do art. 143º, n.º 3, do RJIGT não feriu o princípio constitucional da igualdade.

Por último, a autora afirmou que a tal exigência de um «licenciamento prévio válido» envolve a recusa de a indemnizar pela «expropriação de sacrifício» a que foi sujeita pelo regulamento do POOC, o que ofende o disposto no art. 62º, n.º 2, da CRP. E esta denúncia já se mostra séria e requer uma complexa elucidação.

Em geral, as expropriações por utilidade pública acarretam uma ablação autoritária de direitos subjectivos privados referentes a imóveis, «maxime» o direito de propriedade, mas também direitos reais limitados e até, por extensão, direitos dos arrendatários. É, aliás, devido a esse seu objecto que os litígios sobre o «quantum» indemnizatório das expropriações correm tradicionalmente nos tribunais comuns. Sendo assim, a expropriação de sacrifício que a autora alegadamente sofreu há-de ter incidido sobre um seu direito subjectivo de índole privada ou sobre alguma faculdade inerente a um direito do género.

Foi, aliás, deste modo que a autora colocou o problema quando – no art. 50º da réplica – disse estar simplesmente em causa «o conteúdo do direito de propriedade antes e depois do POOC». E é claro que esse «conteúdo», porque referido à «potencialidade edificatória» (art. 25º da petição) que o PDM trouxera e o POOC suprimiu, corresponde propriamente ao «jus aedificandi» que teria temporariamente existido na esfera jurídica da autora.

Num sistema jurídico como o nosso, que fortemente condiciona as possibilidades de construção, é irrealista dizer-se que a mera dominialidade sobre um terreno inclui, ao menos «in actu», um «jus aedificandi» integrável no genérico poder de disposição do «dominus». No outro extremo, admite-se como incontroverso que exista um «jus aedificandi» após a emissão casuística da respectiva licença de construção – a qual, para além de incrementar a esfera jurídica privada do beneficiário, titula ainda um seu direito subjectivo público, exercitável contra a Administração.

Mas o que agora importa apurar é se há um «jus aedificandi» antes dessa licença. Pode suceder que a licença não crie deveras o «jus aedificandi» que revela, limitando-se a permitir o exercício de um direito de edificar já existente «ex ante» – fruto doutros factos constitutivos. E, no fundo, foi isto que a autora afirmou, pois entreviu o facto jurídico constitutivo desse suposto «jus aedificandi», eliminado pelo POOC, na previsão do PDM que conferira ao seu terreno aptidão construtiva.

Todavia, não cremos que a previsão meramente regulamentar, mesmo que detalhada, de que numa certa zona é admissível construir de um certo modo ou até determinados limites constitua de per si um título jurídico bastante para a criação, ou a actualização imediata, no património dos «domini» de um «jus aedificandi».

Não fora assim, e dada a possibilidade normal dos planos municipais serem revistos de três em três anos (art. 95º, n.º 1, do RJIGT), teríamos um direito de natureza real susceptível de surgir, desvanecer-se, ressurgir, voltar a desaparecer, «et caetera», consoante as revisões do plano – hipótese que brigaria com a natureza estável e absoluta dos direitos do género (arts. 1313º e 1315º do Código Civil). Ou, então, teríamos que o primeiro reconhecimento, num plano, das potencialidades edificativas dos terrenos situados numa certa área seria definitivo, podendo ser invocado pelo «dominus» em qualquer altura, a despeito de sucessivas revisões do plano terem entretanto recusado aquela anterior solução urbanística.

Estas hesitações suprimem-se se encarmos as possibilidades de transformação dos solos, previstas nos planos, como a outorga aos «domini» de meras expectativas jurídicas de edificar em certos moldes; expectativas que somente se transformarão em direitos genuínos e exercitáveis quando eles obtiverem uma qualquer licença – que, recorde-se, é definível como a permissão para a prática de uma conduta relativamente proibida – casuisticamente ordenada a um concreto acto de edificar.

E esta solução é a que melhor se ajusta a duas ideias: «primo», a de que não existe, ao menos «in actu», um «jus aedificandi» indeterminado na esfera jurídica do «dominus», de modo que esta só verdadeiramente se enriquece com a remoção, que pode ser progressiva, dos obstáculos administrativos ao livre exercício das faculdades urbanísticas; «secundo», a de que os instrumentos de gestão territorial cumprem sobretudo uma função negativa, restringindo as possibilidades de transformação do solo, de modo que os planos, ao admitirem certas soluções urbanísticas para determinada zona, exprimem mais a proibição de se construir diferentemente do que a outorga de um verdadeiro direito de edificar em conformidade. E, vistas as coisas por este prisma, reforça-se a ideia de que a previsão inserta no art. 53º do Regulamento do PDM de Alcobaça somente conferiu à autora a expectativa jurídica de que poderia obter da câmara o licenciamento de um projecto ajustado aos parâmetros aí previstos.

Deste modo, a emergência do POOC destruiu aquela expectativa jurídica da autora, mas não um «jus aedificandi» já integrado na sua esfera jurídica e que a enriquecesse. E, se ela não tinha esse direito de construir, enquanto faculdade incrementadora do valor do seu direito de propriedade sobre o terreno, logo parece ser vã a sua pretensão de ser indemnizada pela expropriação, afinal imaginária, que teria sacrificado esse «jus aedificandi».

Ora, se a autora não tinha antes o direito (o tal «jus aedificandi») nem este foi depois expropriado, a situação dela fica à margem do art. 62º, n.º 2, da CRP. E, por isso, a activação integral da norma inclusa no art. 143º, n.º 3, do RJIGT não pode conflitar com esse preceito da Constituição.

Objectar-se-á, porventura, que o Código das Expropriações valoriza, como solos aptos para se construir e indemnizáveis como tal, terrenos que, pelas infra-estruturas que os servem, sejam fisicamente idóneos a que neles se edifique, independentemente de haver regulamentos ou actos administrativos que apontem para essa edificabilidade; e que, se essa potencialidade construtiva é atendível nas expropriações «tout court», deverá sê-lo também no caso dos autos – regressando-se à tese de que a autora realmente sofreu uma expropriação de sacrifício por via da emergência do POOC.

Não é, contudo, assim – por não haver, entre a hipótese do Código das Expropriações e o caso vertente, qualquer igualdade ou maioria de razão. Justifica-se que esse código atenda àquela potencialidade – por definição, voltada para o futuro – porque o imóvel objecto da expropriação desaparece, de vez, da esfera jurídica do expropriado; pelo que a indemnização dessa perda forçada haverá de considerar as utilidades que o bem subtraído poderia trazer – o que, aliás, se consegue por uma aproximação aos critérios do mercado. Já no caso dos autos, a situação é bem diferente, posto que a autora permanece como proprietária do terreno. É certo que ele perdeu entretanto a aptidão edificativa que já tivera. Mas nada absolutamente garante que as circunstâncias objectivas causais da classificação da zona como «de risco» não mudem; pelo que é impossível assegurar que o terreno da autora não retomará a aptidão construtiva de que hoje carece. Assim, e ao invés do que sucede nas expropriações por utilidade pública, não é seguro que a perda de que a autora se queixa seja definitiva. E esta diferença entre as duas situações em cotejo explica por que motivo, numa, se deve atender à potencialidade edificativa e, na outra, não.

Persiste, pois, o que «supra» disséramos: que o art. 143º, n.º 3, do RJIGT, ao recusar indemnizações pela perda de um «*jus aedificandi*» potencial ou meramente expectável, porque ainda não titulado por qualquer licença, não fere o art. 62º, n.º 2, da CRP.

Porém, a nossa indagação ainda não está completa. É que a autora sustentou na petição inicial, de modo subsidiário («vide» o art. 56º dessa peça), que o direito de ser indemnizada lhe advirá, pelo menos, do estabelecido no art. 9º do DL n.º 48.051, de 21/11/1967 – em vigor aquando do surgimento do POOC.

Há, no entanto, duas razões sucessivas para que não vingue esta outra «causa petendi».

«Primo», a autora parece esquecer que o critério jurídico resolutivo do presente assunto é o que consta do art. 143º, n.º 3, do RJIGT. Portanto, ou o direito de indemnização que ela reclama lhe é conferido por essa norma, ou não é – e já vimos que se verifica «*in casu*» esta segunda alternativa – não fazendo sentido convocar o tal art. 9º para exumar um direito negado pela lei directamente aplicável. Com efeito, isso só seria possível se o art. 9º do DL n.º 48.051 se apresentasse como um instituto subsidiário relativamente a outros – algo ao modo do que sucede com o enriquecimento sem causa, por forma a que esse artigo fosse a «ultima ratio» do direito a uma reparação. Mas é claro que o art. 9º não tem essa natureza e esse alcance, não sendo de usar em substituição do figurino legislativo próprio ao enquadramento do assunto.

«Secundo», e se acaso se admitisse como possível a aplicabilidade «*in casu*» desse art. 9º, ela haveria de ser concretamente recusada por os prejuízos alegados pela autora não serem «especiais» nem «anormais». Tais especialidade e anormalidade pressuporiam sempre que a integração do terreno da autora na tal «zona de risco» adviera de uma opção administrativa que a discriminara relativamente aos demais «domini», impondo-lhe limitações desiguais e fortemente penalizadoras. Mas nada disto ocorreu «*in casu*», pois a classificação da «zona» fundou-se em razões objectivas, relacionadas com a refluência da linha da costa, sendo óbvio que esse «risco» exige dos poderes públicos a adopção de medidas que, desde já, previnam males maiores. É que, se não se proibissem novas construções no local, agravar-se-iam os danos resultantes do possível avanço do mar, pois a multidão dos prejudicados seria entretanto aumentada com os eventuais adquirentes dos prédios que aí se construíssem e isso faria ainda crescer o custo de quaisquer obras públicas destinadas a proteger a zona. Assim, a resposta administrativa à situação ajusta-se às circunstâncias consideradas no local; e a autora, para se dizer especial e anormalmente atingida pelo POOC devia comparar-se, não com os donos de um terreno qualquer, mas com os proprietários de prédios situados em zonas de similar risco – o que ela não fez.

O que acabámos de dizer reforça a inaplicabilidade, «*in casu*», do art. 9º do DL n.º 48.051; mas também reforça a conclusão a que atrás chegámos, ou seja, que a acção carece de razão de ser. De facto, e por um lado, é absurdo que a autora pretenda receber do Estado o preço que pagou por um terreno que continuará a ser seu, pois isso tornaria grátis a aquisição dele. Por outro lado, é também inaceitável que a autora persista na ideia de que deveria ser admitida a construir e a pôr eventualmente no mercado prédios sujeitos ao perigo que incide sobre a zona. E, se a autora já não quer o terreno, que diz nada valer, e pretende a repetição do preço, há-de voltar-se então contra o respectivo vendedor, se estiverem reunidas as condições para anular ou distratar o contrato. O que não faz sentido é que se volte contra o Estado, como bem se decidiu na 1.ª instância.

Assim, o recurso merece provimento e a acção dos autos está votada à improcedência.

Nestes termos, acordam em conceder a revista, em revogar o acórdão «sub censura» e em fazer subsistir a sentença da 1.ª instância.

Sem custas neste STA, ficando a cargo da aqui recorrida as custas da apelação julgada no TCA.

Lisboa, 5 de Novembro de 2013

Jorge Artur Madeira dos Santos (relator) – António Políbio Ferreira Henriques –
Alberto Acácio de Sá Costa Reis.

ANOTAÇÃO

1. O caso decidido pelo Acórdão em comentário

O caso decidido pelo Acórdão em comentário retrata a controvérsia que doutrinal e jurisprudencialmente tem levantado o **artigo 143.º do RJIGT** (Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 380/99, de 22 de setembro) e o direito a indemnização pelas denominadas *expropriações do plano* [como o comprova processualmente o próprio Acórdão, que decide um recurso excecional de revista, admitido nos termos do artigo 150.º do CPTA (Código do Processo nos Tribunais Administrativos) e, portanto, sufraga a importância fundamental e a relevância jurídica das questões controvertidas].

Mais, ilustra aquela que tem sido a interpretação largamente maioritária do Supremo Tribunal Administrativo sobre esta matéria, impondo (uma vez mais¹) uma visão restrita e puramente formal da matéria em equação, em detrimento do que, para nós, é da mais elementar justiça: o direito indemnizatório sempre que estejam em causa perdas de capacidade construtiva ou de utilização do solo equiparáveis a expropriações, conforme o legislador constitucional previu².

Se essa visão restritiva se impõe ou não pelas normas aplicandas, veremos, com as respetivas consequências jurídicas.

É que tal controvérsia chega ao ponto de se equacionar, com total propriedade, a própria inconstitucionalidade (sobretudo material) daquele normativo, o que é igualmente retratado no aresto em análise.

Por fim, porque no caso *sub judice* estão em equação dois tipos de planos, ambos vinculativos direta e imediatamente dos particulares, cumpre apreciar, ainda, esta particularidade à luz das normas em aplicação.

Vejamos:

2. As teses em confronto

A controvérsia doutrinal que a redação infeliz (como demonstraremos) do artigo 143.º do RJIGT provocou, está bem patente no caso decidido e na sua *dupla* decisão judicial:

A) Depois do TAF de Leiria ter negado a indemnização à Autora, o **TCASul** (no **Acórdão de 18-10-2012**) veio *deferir* a sua pretensão indemnizatória, com os seguintes fundamentos:

O **artigo 143.º, n.º 3 do RJIGT** (que, sob a epígrafe “*Dever de indemnização*”, estabelece que “*as restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo resultantes de*

¹ Consideramos que, apesar da “revolução” operada pela Reforma do Contencioso Administrativo de 2002-2004 e uma prática “*subjetivista*” que após a sua entrada em vigor se foi adotando nos tribunais administrativos, numa plena consagração dos princípios da tutela jurisdicional efetiva e plena e, sobretudo, *pro actione*, rapidamente se foi abandonando os intuitos da Reforma (ver, por todos, MARIO AROSO DE ALMEIDA e FERNANDES CADILHA, in *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 2005, onde confessam que “*um dos problemas que, até à reforma, mais consensualmente era identificado no funcionamento do nosso contencioso administrativo residia na circunstância de existir um número muito elevado de processos que eram objecto de decisões de mera forma, sem que o tribunal se chegasse a pronunciar sobre o mérito da causa*” - pág. 57), voltando-se claramente ao passado e às interpretações restritivas e apreciações puramente formais, em detrimento de uma Justiça material e apreciações de mérito que tanto urge no nosso País.

² Tem sido norma o Direito Constitucional impulsionar o Direito Administrativo, que acaba por se tornar Direito Constitucional concretizado ou por concretizar (ver, por todos, VASCO PEREIRA DA SILVA, *O Contencioso Administrativo como “Direito Constitucional Concretizado” ou “Ainda Por Concretizar”?*).

revisão dos instrumentos de gestão territorial vinculativos dos particulares apenas conferem direito a indemnização quando a revisão ocorra dentro do período de cinco anos após a sua entrada em vigor, determinando a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido”), não deixa quaisquer dúvidas quanto à exigência de **dois requisitos** para a indemnização das restrições singulares às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo resultantes de alteração, revisão ou suspensão dos planos municipais: o primeiro é o de que aquelas ocorram dentro do período de cinco anos após a entrada em vigor do plano; e o segundo é o de que delas resultem a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido.

Tais requisitos têm **carácter disjuntivo**³, pelo que haverá lugar a indemnização, em primeiro lugar, sempre que a revisão, alteração ou suspensão de um plano ocorra dentro do período de cinco anos a contar da sua entrada em vigor, independentemente de o particular ser titular de qualquer licença [1ª parte do n.º 3 do artigo 143º do RJIGT], pois o que se visa proteger, nesta situação, é a **confiança legítima** que os administrados depositaram na manutenção dos efeitos do plano.

A segunda situação de indemnização verificar-se-á sempre que a revisão, alteração ou suspensão, independentemente do momento em que ocorre – antes ou depois do decurso dos referidos cinco anos – determine a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido [parte final do n.º 3 do artigo 143º do RJIGT].

Com esta interpretação normativa, o TCASul decidiu haver lugar a indemnização porquanto, por força do disposto no artigo 53º, n.º 3 do RPDM de Alcobça, era permitida a construção em parcelas constituídas “[...] desde que fossem respeitados os seguintes condicionamentos: índice de construção máximo – 0,6; área mínima da parcela – 450 m²; respeito pelos alinhamentos existentes; cêrcea – a dominante das construções envolventes, não excedendo dois pisos”, considerando, portanto, que tal disposição regulamentar atribuía à autora uma possibilidade objectiva de aproveitamento do solo, designadamente a possibilidade de nele construir, observadas que fossem as condicionantes supra-referidas previstas no artigo 53º, n.º 3, conferindo-lhe um verdadeiro direito urbanístico, de tal modo que esse direito adquirido não podia ser diminuído ou subtraído durante o prazo de cinco anos, sem indemnização, independentemente da autora ser titular de qualquer licença [cfr. o disposto na 1ª parte do n.º 3 do artigo 143º do RJIGT].

Assim, face à aplicação da Resolução do Conselho de Ministros n.º 31/2001, que “*sujeitou a medidas preventivas as áreas definidas nas plantas anexas*” à resolução em causa e, posteriormente, pela aprovação do Plano de Ordenamento da Orla Costeira [POOC] de Alcobça-Mafra, através da Resolução do Conselho de Ministros n.º 11/2002, de 17 de Janeiro, que classificou o terreno da autora como “Faixa de Risco”, ficou aquela impedida de exercer a referida possibilidade objectiva de aproveitamento do solo, designadamente a possibilidade de nele construir, o que configura uma inadmissível subtracção do *jus aedificandi*, violadora da protecção da confiança legítima que a autora depositara na manutenção dos efeitos do plano, constituindo uma *expropriação de sacrifício ou substancial*, a carecer de ser ressarcida através do mecanismo indemnizatório previsto no artigo 143º, n.º 3 do RJIGT.

B) O acórdão do STA de 5-11-2013 em comentário revogou esta decisão do TCASul (que em termos normais seria definitiva...), negando o direito a indemnização e considerando, portanto, não estarmos face a uma expropriação de sacrifício, susceptível de indemnização à luz do art. 62º, n.º 2, da CRP, porquanto:

³ Opinião sufragada por FERNANDA PAULA OLIVEIRA; Ver *O direito de edificar dada ou simplesmente admitido pelo plano*, em anotação ao Acórdão do STA de 1 de Fevereiro de 2001, em CJA n.º 43 (Jan/Fev 2004), pág. 56

O art. 143.^o, n.^o 3, do RJIGT impõe **requisitos cumulativos**⁴, o que não é infiel à LBOTU (Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e do Urbanismo, aprovada pela Lei n.^o 49/98, de 11 de agosto), não padecendo das alegadas ilegalidade e inconstitucionalidade, dado que essa norma, ao exigir um “*licenciamento prévio válido*”, não ofende o “princípio democrático” ou o princípio constitucional da igualdade. É que as possibilidades construtivas meramente previstas num plano não conferem aos respectivos “*domini*” um *jus aedificandi*, ao menos “*in actu*”, mas uma simples expectativa jurídica, pelo que a eliminação posterior dessas possibilidades, fruto da revisão do plano, não corresponde a uma expropriação de sacrifício.

São estas as teses em confronto.

3. Crítica à técnica legislativa

A controvérsia decorre de uma infeliz e incorreta técnica legislativa quanto à matéria em apreciação, que originou mais dúvidas (muitas) do que certezas (poucas) – e a prova é que temos uma doutrina dividida e decisões jurisprudenciais para todos os gostos, como o comprova o processo aqui em apreciação, decidido em primeira Instância a favor do réu Estado (desconsiderando o direito indemnizatório requerido), depois pelo TCASul a favor do direito à indemnização da empresa proprietária que viu a aprovação do POOC de Alcobaça-Mafra afetar-lhe o seu alegado direito urbanístico e, por fim, pelo STA que considerou que as possibilidades construtivas meramente previstas num plano não conferem um *jus aedificandi*, mas meras expectativas jurídicas, pelo que a sua eliminação por plano vinculativo dos particulares não corresponde a qualquer expropriação de sacrifício susceptível de indemnização...

Enfim, um ziguezaguear que põe em causa valores fundamentais de Direito e que tem a sua origem numa defeituosa redação normativa.

Na nossa modesta opinião, teria sido preferível o legislador manter a coerência no Capítulo V do RJIGT (sob a epígrafe *Execução, compensação e indemnização*), conservando para efeitos indemnizatórios alguns conceitos (determinados) que usa quanto aos mecanismos de perequação (em vez dos indeterminados com que brinda o artigo 143.^o). Explicamos:

Dos três mecanismos de perequação indicados no RJIGT, assume especial importância para o que iremos abordar o mecanismo do *índice médio de utilização* (cfr. artigo 139.^o), pelos conceitos que utiliza e que devem aqui ser relevados, porquanto são fundamentais para a análise do *jus aedificandi* (que faremos *infra*) e para a interpretação do disposto nas leis urbanísticas sobre as “*expropriações do plano*”. Compete desde já referir que consideramos que, na esteira do que tem sido decidido pelo Tribunal Constitucional e na Jurisprudência Administrativa⁵, o *jus aedificandi* (direito de urbanizar, de lotear e de edificar)⁶ não constitui uma faculdade que faz parte do conteúdo natural do direito de propriedade, mas antes uma faculdade atribuída ou conferida pelo ordenamento jurídico urbanístico ao proprietário, configurando, portanto, um poder que acresce na sua esfera jurídica, nos termos e condições definidos pelas normas jurídico-urbanísticas⁷.

⁴ Opinião sufragada por ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 781 ss.

⁵ Jurisprudência recordada por ALVES CORREIA, em *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I (4.^a edição), págs. 847 ss.

⁶ ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 830 ss.

⁷ Neste sentido, a doutrina administrativista é largamente maioritária; ver FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, 2012, pág. 484; ALVES CORREIA, *ob. cit.*, pág. 847 ss e *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, págs. 299 ss; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, págs. 627 ss; CLÁUDIO MONTEIRO, *O Embargo e a Demolição de Obras no Direito do Urbanismo*, págs. 23 ss; JOÃO MIRANDA, *a Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial (a Alteração, a Revisão e a Suspensão dos Planos)*, pág. 295 ss; ANTÓNIO CORDEIRO, *a Protecção de Terceiros em Face de Decisões Urbanísticas*, pág. 24 ss.

Contudo, aparentemente pelo menos, a doutrina publicista⁸ diverge e tem dado azo a algumas discussões sobre qual o instrumento de atribuição deste *jus aedificandi*; não competindo aqui esmiuçar esta discussão, cremos que os Planos Urbanísticos não concedem qualquer direito de construir⁹, apenas o prevendo abstractamente (deixando, portanto, a sua definição e atribuição para atos administrativos urbanísticos, v.g. a licença)¹⁰. E esta constatação é a única consentânea com o “*tipo de planeamento que tivemos nos últimos anos em Portugal – um planeamento que delimitou os perímetros urbanos muito acima das necessidades dos respetivos municípios e que, por isso, não orientou a construção nem a definiu, apenas a admitiu*” e com o “*conteúdo típico de determinado tipo de planos municipais: os planos diretores municipais apresentam-se como essencialmente estratégicos e os planos de urbanização são planos de estrutura*”¹¹.

Ora, estes considerando parecem-nos importantes face à redação dos artigos 18.^º, n.^º 2 da LBOTU e 143.^º do RJGT, designadamente dos n.^ºs 2 e 3, pois o que aí está em causa são “*restrições singulares às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo, preexistentes e juridicamente consolidadas*”. Conceitos indeterminados que urge concretizar, portanto.

Como refere ALVES CORREIA, “*o legislador recorreu... a cláusulas de contornos imprecisos para definir as situações de indemnização resultantes dos planos territoriais direta e imediatamente vinculativos dos particulares*”, o que, como constatamos, gera muitas dúvidas, divergências de opiniões e interpretações e, sobretudo, diferentes decisões jurisprudenciais, em nada contribuindo para valores fundamentais do Direito, como a segurança e certeza jurídicas¹². O uso de conceitos indeterminados não se afigura, *in casu*, uma boa técnica legislativa, tendo sido preferível, na nossa perspetiva, usar os conceitos que emprega para efeitos de perequação, como seja o *direito abstrato de construção*, facultado e com as condições definidas no Plano, e o *direito concreto de construção*, que resulta dos atos de licenciamento proferidos em respeito pelas disposições do Plano. De facto, a entender-se, como até então, que o intuito do legislador foi, apenas, incluir este *direito concreto de utilização do solo* no direito indemnizatório em causa nestes artigos, teria sido bem mais fácil e correto, como é bom de ver, optar por manter estes conceitos igualmente na Secção III do Capítulo V do RJGT,

⁸ À *tese privatista*, de acordo com a qual o *jus aedificandi* é uma faculdade inerente ao direito de propriedade privada, face aos poderes que este implica nos termos do direito civil, contrapõe-se a *tese publicista*, para a qual o *jus aedificandi* é um direito autónomo, desintegrado do direito de propriedade privada, concedido pela autoridade pública através de um ato jurídico próprio do direito público [ver, por todos, ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 799 ss quanto ao direito de propriedade privada e a sua função, vinculação ou obrigação social, e págs. 830 ss quanto ao conteúdo urbanístico da propriedade do solo].

⁹ Ou não concederam até agora, pois podemos admitir a discussão quanto aos Planos de Pormenor, *maxime* aos que têm efeitos registais nos termos do artigo 92.^º-A, dado que estes definem com conteúdo suficientemente denso, rigoroso e concretizador as regras urbanísticas conformadoras do direito de propriedade (nomeadamente os tipos, intensidades e parâmetros de ocupação dos solos); aliás, como se sabe, a respetiva certidão constitui, ainda, título bastante para a individualização no registo predial dos prédios resultantes das respetivas operações de loteamento, estruturação da compropriedade ou reparcelamento nele previstas – ver FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., pág. 485 e *O Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial. As Alterações do Decreto-Lei n.º 316/2007, de 19 de Setembro*; e DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, in *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Volume I, nota 21, págs. 55 e 56.

Apesar de aparentemente defender a tese aqui em crítica, FERNANDO ALVES CORREIA não deixa de admitir que são os planos de pormenor que estão melhor posicionados para esta atribuição da vocação construtiva de certos solos (*O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, págs. 377 ss).

¹⁰ Sobre as disposições do planeamento e o dever de indemnizar, ver, por todos, DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 45 ss.

¹¹ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., pág. 485; ver, ainda, desta autora *Portugal: Território e Ordenamento*, pág. 130 ss.

¹² Para uma análise muito sucinta destes valores, ver o nosso *Direito – Noções Fundamentais*, Porto Editora, págs. 27 e 28.

atribuindo o dever de indemnizar apenas nos casos em que tal *direito concreto* de construção fosse posto em causa pelas disposições do plano... Ou seja, assumia-se, também aqui, que os planos apenas concebem um *direito abstrato de construção* (eventualmente com uma edificabilidade máxima¹³), ou, se se quiser usar as expressões do Acórdão em comentário, “*simples expectativas jurídicas*”, que necessitam de concretização, pelo que o *direito concreto* de construir, isto é, a possibilidade objetiva de aproveitamento do solo, preexistente e juridicamente consolidada, decorre (apenas) dos atos de licenciamento de operações urbanísticas, os quais, para serem válidos, devem ser conformes aos índices e parâmetros urbanísticos estabelecidos no plano¹⁴.

Mantinha-se a coerência e chegava-se ao mesmo resultado: *o dever de indemnizar apenas existe sempre que haja restrições singulares às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo definidas em atos administrativos válidos (direitos concretos de utilização do solo), que comportam uma restrição significativa equivalente a uma expropriação...* É esta, aliás, a interpretação subjacente ao Acórdão em anotação.

Não obstante, como veremos, consideramos que o dever de indemnizar deve ser, e muito, alargado a outras situações, o que recomenda outra técnica legislativa, que poderia bem ser, em alternativa, tipificar as disposições dos planos que deveriam ser acompanhadas de indemnização¹⁵.

4. O *Jus Aedificandi*

Tal como referimos já e tem sido decidido pela abundante jurisprudência constitucional e administrativa¹⁶, que acolhem a tese *jus-publicista* do *jus aedificandi*¹⁷, o direito de propriedade privada garantido constitucionalmente não inclui, como suas componentes essenciais, o “direito” de urbanizar (a faculdade de dotar um terreno de infraestruturas urbanísticas), de lotear (a faculdade de realizar uma operação de loteamento, entendida como a ação que tenha por objeto ou por efeito a constituição de um ou mais lotes urbanos, isto é, destinados imediata e subsequentemente à edificação¹⁸) e de edificar (a faculdade de erigir uma nova construção no solo)¹⁹, estando estes direitos dependentes de uma atribuição jurídico-pública decorrente do ordenamento jurídico urbanístico, seja prescrições do planeamento, seja medidas concretizadoras destes planos.

Consideramos, porém, dentro da divisão doutrinal já referida, que com o “*tipo de planeamento que tivemos nos últimos anos em Portugal – um planeamento que delimitou os perímetros urbanos muito acima das necessidades dos respetivos municípios e que, por isso, não orientou a construção nem a definiu, apenas a admitiu*” e com o “*conteúdo típico de determinado tipo de planos municipais: os planos diretores municipais apresentam-se como essencialmente estratégicos e os planos de urbanização são planos de estrutura*”²⁰,

¹³ Diversamente, no mecanismo de perequação do *índice médio de utilização*, este conceito evolui para uma *edificabilidade média*, nos termos do n.º 1 do artigo 139.º do RJIGT. Ver ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 750 ss e FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., pág. 477 ss.

¹⁴ Em termos de mecanismos de perequação, cfr. n.º 2 do artigo 139.º do RJIGT.

¹⁵ Como defende ALVES CORREIA, in *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 767 e 768, recordando os ordenamentos jurídicos alemão e espanhol.

¹⁶ Ver ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 830 ss, e DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., págs. 58 ss, em especial nota 26.

¹⁷ Ver nota 8.

¹⁸ Ver artigo 2.º, alínea i) do RJUE e anotações de FERNANDA PAULA OLIVEIRA e Outras, *RJUE Comentado*, 2011, págs. 50 ss.

¹⁹ Como refere ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 831.

²⁰ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., pág. 485; ver também *Portugal: Território e Ordenamento*, pág. 130 ss.

esse *jus aedificandi* é apenas atribuído por atos administrativos válidos, dado que os Planos Municipais de Ordenamento do Território (PMOT) não concedem qualquer direito de construir²¹, apenas o prevendo abstratamente (deixando, portanto, a sua definição e atribuição para atos administrativos urbanísticos, v.g. a licença)²²; e muito menos têm esta capacidade os PEOT (como o POOC em causa no processo decidido), que, apesar de vincularem os particulares, não se destinam a fixar as regras de ocupação e uso do solo²³.

Os direitos concretos de construir e, portanto, os direitos de uso do solo juridicamente consolidados, nos termos da legislação vigente, advêm (apenas) dos atos administrativos respetivos. É que, estabelecendo em regra os PMOT (eventualmente com exceção de alguns Planos de Pormenor) *índices máximos de edificabilidade*, “*não se pode, com propriedade, referir que há atribuição de um qualquer direito..., até porque não há qualquer obrigatoriedade de esgotamento de índices, estando a sua modelação concreta dependente do exercício da discricionariedade por parte do município que tem, designadamente, de aferir a inserção urbanística da pretensão concreta e a existência de infraestruturas adequadas que sirvam aquela área*”.²⁴

Tal como a Jurisprudência constitucional²⁵ e administrativa²⁶ têm insistentemente decidido, os direitos de urbanizar, lotear e edificar não fazem parte da essência do direito de propriedade constitucionalmente consagrado, só podendo construir-se “*onde os planos o consentirem... Atenta a função social da propriedade privada e os relevantes interesses públicos que confluem na decisão de quais sejam os solos urbanizáveis, o direito de edificar vem, assim, a ser inteiramente modelado pelos planos urbanísticos*”²⁷; ou seja, “*existindo um instrumento de planeamento, é este que define o direito de construção*”²⁸, mas de forma meramente geral e abstrata, como melhor se demonstrará de seguida.

Por conseguinte, concordamos com a tese de que “*a faculdade de construir apresenta-se como o resultado de uma concessão jurídico-pública em face dos planos urbanísticos*”²⁹, mas daqui não retiramos que o *jus aedificandi* seja atribuído pelos planos: estes não concedem qualquer direito de construir, apenas o prevendo abstratamente, sendo a sua atribuição através de atos administrativos urbanísticos (v.g. a licença) conformes às disposições desses planos. Parafraseando um título de FERNANDA PAULA OLIVEIRA³⁰, diremos que *o direito de edificar não é dado mas simplesmente admitido pelo plano*, dependendo a sua atribuição de um concreto ato administrativo (conforme ao plano), consubstanciador da tal *concessão jurídico-pública em face dos planos urbanísticos*.

Concluindo,

Acompanhamos, pois, nesta parte, a tese do STA, no sentido de que, “*Num sistema jurídico como o nosso, que fortemente condiciona as possibilidades de construção, é irrealista dizer-se que a mera dominialidade sobre um terreno inclui, ao menos «in actu», um «jus aedificandi» integrável no genérico poder de disposição do «dominus». No outro extremo, admite-se como incontroverso que exista um «jus aedificandi» após a emissão casuística*

²¹ Ou não concederam até agora, pois, como constatamos, admite-se a discussão quanto aos Planos de Pormenor, *maxime* aos que têm efeitos registais nos termos do artigo 92.º-A. Ver nota 9 e doutrina aí citada.

²² Sobre as disposições do planeamento e o dever de indemnizar, ver, por todos, DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 45 ss.

²³ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Portugal: Território e Ordenamento*, pág. 133.

²⁴ Como refere DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., nota 21, págs. 55 e 56, embora façamos aqui uma adaptação à tese sufragada por esta ilustre autora.

²⁵ Ver, por exemplo, Acórdão n.º 496/2008.

²⁶ Ver, por exemplo, Acórdãos do STA de 16 de Janeiro de 2003, 1 de Abril de 2004, de 25 de Setembro de 2012 e de 29 de Junho de 2013; e Acórdãos do Pleno do STA de 2 de Dezembro de 2001 e 31 de Março de 2004.

²⁷ Acórdãos do TC n.º 329/99 e n.º 517/99.

²⁸ Acórdão do STA de 30 de Setembro de 1997.

²⁹ Acórdão do STA de 18 de Maio de 2006.

³⁰ Em anotação ao Acórdão do STA de 1 de Fevereiro de 2001, nos CJA n.º 43 (Jan/Fev 2004).

da respectiva licença de construção – a qual, para além de incrementar a esfera jurídica privada do beneficiário, titula ainda um seu direito subjectivo público, exercitável contra a Administração”. Mas já se discorda da decisão *sub judice* quanto à situação intermédia entre estas, pois, se, na esteira do STA, “*não cremos que a previsão meramente regulamentar, mesmo que detalhada, de que numa certa zona é admissível construir de um certo modo ou até determinados limites constitua de per si um título jurídico bastante para a criação, ou a actualização imediata, no património dos «domini» de um «jus aedificandi»*”, e, portanto, encaramos igualmente “*as possibilidades de transformação dos solos, previstas nos planos, como a outorga aos «domini» de meras expectativas jurídicas de edificar em certos moldes; expectativas que somente se transformarão em direitos genuínos e exercitáveis quando eles obtiverem uma qualquer licença – que, recorde-se, é definível como a permissão para a prática de uma conduta relativamente proibida – casuisticamente ordenada a um concreto acto de edificar*” entendemos, ao invés, que tais expectativas jurídicas são merecedoras de tutela jurídica, pois a sua supressão ou desproporcional encurtamento geram danos ou encargos especiais e anormais, de carácter expropriativo.

5. A nossa posição

Na verdade, esta tese sobre a não atribuição pelos planos do *jus aedificandi* não afasta, para nós, a necessidade imposta constitucionalmente de indemnizar certas expectativas jurídicas ou interesses legalmente protegidos, pelo que a sua eliminação por plano vinculativo dos particulares pode, de facto, corresponder a uma expropriação do plano susceptível de indemnização, dado que é inegável que a possibilidade abstracta de construir, isto é, a previsão desse direito (a atribuir, depois, em concreto, pelos atos administrativos competentes) é um fator de fixação valorativa dos solos. Ou seja, ao invés do defendido por certa doutrina mais avalizada, consideramos que *uma expectativa jurídica, mesmo que não seja de tal forma concretizadora do direito de construção, deve merecer proteção sempre que a sua restrição tenha um efeito equivalente a uma expropriação*³¹, e **assim acontecerá sempre que o Plano (em modificação) diretamente vinculativo dos particulares e dos entes públicos, ao classificar e qualificar o solo, preveja uma certa e efetiva potencialidade edificativa (que desaparecerá).**

Recorde-se que o regime do uso do solo é definido, precisamente, nos planos municipais de ordenamento do território através da classificação³² e da qualificação³³ do solo, sendo que a sua reclassificação ou requalificação se processa através dos institutos jurídicos de dinâmica dos planos, como expressamente estabelece o artigo 71.º do RJIGT; há, portanto, uma distinção clara entre a *classificação ou qualificação*, e *reclassificação ou requalificação*, o que marca, igualmente, como se demonstrará, a disciplina do artigo 143.º do RJIGT (que reserva o n.º 2 para os casos de *classificação ou qualificação* e o n.º 3 para os casos de *reclassificação ou requalificação*). De qualquer forma, para o que ora importa, são os PMOT (e não os planos especiais³⁴, como o POOC) os instrumentos adequados para determinar o destino básico dos terrenos, identificando os perímetros urbanos e delimitando as várias

³¹ Ao invés dos doutos ensinamentos de FERNANDA PAULA OLIVERIA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., págs. 485 ss e DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 54 ss.

³² Cfr. artigo 72.º do RJIGT.

³³ Cfr. artigo 73.º do RJIGT.

³⁴ Estes, apesar da sua natureza regulamentar e vinculatividade direta e imediata em relação aos particulares, devem somente determinar regimes de salvaguarda de recursos e valores naturais e estabelecer regimes de gestão das suas áreas compatíveis com a utilização sustentável do território, deixando para os PMOT a fixação das regras de ocupação e uso do espaço (FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Portugal: Território e Ordenamento*, pág. 133).

categorias de solos em função do seu uso dominante, que assenta na distinção entre solo rural e solo urbano (sendo esta classificação determinante, porquanto estes últimos são os que detêm reconhecida vocação para o processo de urbanização e de edificação); assim, se num PMOT, a determinado imóvel classificado como solo urbano, for reconhecida certa e efetiva idoneidade edificatória, naturalmente que tais determinações regulamentares geram legítimas expectativas que devem ser legalmente protegidas.

Tal imóvel tem, por efeitos das normas do plano, efetiva e juridicamente uma potencialidade construtiva, prevista regulamentarmente, pelo que cria expectativas jurídicas legítimas e com múltiplos efeitos práticos, designadamente valorativos³⁵. E é o próprio legislador a admitir esta evidência, quando no n.º 4 do artigo 143.º do RJIGT determina que o valor da indemnização *“corresponde à diferença entre o valor do solo antes e depois das restrições provocadas pelos instrumentos de gestão territorial, sendo calculado nos termos do Código das Expropriações”*.

Ora, é indiscutível que o valor do solo com potencialidade edificativa é totalmente díspar do valor do solo sem tal potencialidade, pelo que certas disposições do plano podem ser (e são muitas vezes) equivalentes a verdadeiras expropriações, mesmo que os respetivos *“domini”* não sejam titulares de qualquer direito concreto de construção. O Direito não serve para negar a prática, a vida social, mas antes para regulá-la e conformá-la³⁶, e esta evidência tem que ter tutela jurídica. Aliás, embora noutra sede, o Tribunal Constitucional³⁷ tem-na acolhido, esclarecendo que a potencialidade construtiva é importante factor de formação dos preços numa economia de mercado, ao ponto de considerar que *“as expectativas relativas a acontecimentos futuros são determinantes do comportamento dos agentes económicos, pelo que constituem um elemento imprescindível na determinação do valor dos bens, o que, aliás, é especialmente relevante na formação dos preços da propriedade imobiliária, relativamente às possíveis alterações do estatuto fundiário, através da projeção de futuras possibilidades de construção em solo em que atualmente é relativamente proibida essa utilização. Não estamos aqui perante uma valorização de um qualquer fenómeno especulativo, resultante de um aumento artificial dos preços que não corresponde ao valor corrente de mercado, em situação de normalidade, mas sim perante a consideração de reais expectativas que não podem deixar de influir na determinação daquele valor corrente, pelas potencialidades que conferem ao imóvel”*³⁸. É, portanto, insofismável que a atribuição de potencialidade construtiva por um plano vinculativo dos particulares tem um importante impacto (designadamente, económico) no direito de propriedade, que merece a tutela do Direito. São razões de justiça que assim determinam.

Não aceitando, portanto, a tese de que *“é o plano o instrumento jurídico pelo qual a Administração concede o direito de edificar...”*, consideramos, no entanto, que *pode ser considerada como expropriativa certa “modificação planeadora que viesse determinar a diminuição substancial ou extinção de uma posição jurídica vantajosa admitida pelo plano anterior”*³⁹.

³⁵ Como o comprovam as justas indemnizações atribuídas nos termos dos artigos 23.º e segs do Código das Expropriações, para as designadas expropriações clássicas, onde o *solo apto para construção* tem valorações inegavelmente superiores aos *solos aptos para outros fins*.

Para a distinção entre as expropriações clássicas e de sacrifício (e, também, de indemnização pelo sacrifício), vide, entre outros, ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 765 a 767, notas 42 e 43, e DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 68 ss.

³⁶ Ver o nosso Direito – Noções Fundamentais, cit., págs. 11 ss.

³⁷ Designadamente no Acórdão n.º 93/2014, proferido sobre a problemática norma do artigo 26.º, n.º 12 do Código das Expropriações, bem como no Acórdão n.º 408/08.

³⁸ Acórdão do TC n.º 408/08.

³⁹ Adaptando aqui a expressão de FERNANDA PAULA OLIVEIRA, no *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., pág. 485.

São expectativas jurídicas e económicas, legal e regulamentarmente concedidas por instrumentos de gestão territorial direta e imediatamente vinculativos dos particulares e das entidades públicas, que são de tal forma retiradas ou restringidas, que apresentam (ou podem apresentar) efeitos equivalentes a uma expropriação, devendo, como tal, dar origem a responsabilidade e a uma compensação ou indemnização pelo sacrifício⁴⁰, dentro de certas condições (sobretudo de prazo) a estipular. E assim, chegamos, na prática, aos mesmos resultados que no caso apreciado chegou o TCASul no seu Acórdão de 18-10-2012 (revogado pelo STA no Acórdão em comentário) e que FERNANDA PAULA OLIVEIRA chega quando interpreta corretivamente o n.º 3 do artigo 143.º do RJIGT (considerando os seus requisitos disjuntivos): *o dever de indemnizar a perda da potencialidade ou da aptidão construtiva sempre que a revisão, alteração ou suspensão de um plano ocorra dentro de certo período temporal* (exigência que se justifica pelo equilíbrio entre a tutela da confiança dos administrados e o princípio da flexibilidade e da adaptabilidade dos planos; *in casu* o nosso legislador optou por 5 anos⁴¹) *a contar da sua entrada em vigor, independentemente de o proprietário ser (já) titular de qualquer ato administrativo constitutivo do direito concreto de construir*, pois o que aqui está em causa é a **confiança legítima** que os administrados depositaram na manutenção das regras e dos efeitos do plano (cujo prazo legal de vigência é indefinido, nos termos do artigo 83.º, embora o dos PDM deva ser tendencialmente de 10 anos⁴², nos termos do artigo 98.º, n.º 3 do RJIGT⁴³)⁴⁴. E, registe-se, no Acórdão do STA em análise admite-se que o terreno perdeu “*a aptidão edificativa que já tivera*”, mas disso não retirou qualquer consequência jurídica, numa interpretação restritiva e puramente formal que não acompanhamos...

Assim, somos da opinião de que sempre que se apure que se produziram danos especiais e anormais⁴⁵ em virtude da adopção de restrições de utilidade pública à potencialidade edificatória prevista em plano diretamente vinculativo dos particulares e dos entes públicos, a quebra da confiança e das legítimas expectativas geradas deve ser devidamente tutelada, através da correspondente indemnização, mesmo que não haja qualquer direito concreto de construção atribuído por uma qualquer licença. Tal direito, porém, encontra uma limitação temporal, justificável para não colocar em causa o princípio da flexibilidade ou da susceptibilidade da sua adaptação às realidades urbanísticas dos planos, sancionando, assim, a inércia ou incúria dos proprietários que durante esse lapso temporal em que vigorou estavelmente o plano, nada fizeram para concretizar a potencialidade construtiva permitida. Todos sabem (ou devem saber) que os planos são flexíveis e que existem “prazos de vigência”, sendo que os planos diretamente vinculativos dos particulares (e das entidades públicas)⁴⁶ são inalteráveis durante 3 anos, conforme artigo 95.º, n.º 1 do RJIGT,

⁴⁰ Não é aqui o tempo e espaço oportuno para explorarmos o critério indemnizatório em causa, distinguindo a expropriação de sacrifício e a indemnização de sacrifício, embora se admita que os critérios de cálculo da indemnização de sacrifício ora em causa fujam ao disposto no artigo 3.º da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro (que aprovou o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas).

⁴¹ Aplaudindo este prazo, ver DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 55 e nota 20; e ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 783 ss.

⁴² MARISA MIRADOR defende que o prazo para a indemnização deveria situar-se no limiar destes 10 anos (em *A Constituição e o dever de indemnizar pelo sacrifício imposto pelos instrumentos de gestão territorial*, in *Os Dez Anos da LBOTU. Gênesis e Evolução do Sistema de Gestão Territorial*, Ad Urbem, págs. 66 e 67).

⁴³ Como se sabe, se não houver esta revisão após os 10 anos de vigência, o plano não caduca – ver FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., pág. 298.

⁴⁴ No fundo, o que aqueles que atribuem carácter disjuntivo aos requisitos do artigo 143.º, n.º 3 sufragam para o estabelecido na sua 1.ª parte.

⁴⁵ Conceitos que podem ser visitados no artigo 2.º do *Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas* (Ver *Regime Anotado* de FERNANDES CADILHA, 2008, págs.65 ss).

⁴⁶ Os PMOT e os PEOT, nos termos do artigo 3.º, n.º 2 do RJIGT.

pelo que o prazo de 5 anos admitido pelo legislador para tutela da confiança (atendendo ao dever de revisão de 10 em 10 anos⁴⁷) pode considerar-se “razoável”⁴⁸.

E este entendimento não belisca a tarefa pública do planeamento, antes pelo contrário; obriga-a, antes, a ser exercida de forma responsável, ponderada e comedida, e, sobretudo, a prever a sua execução programada, o que, como se sabe, não tem acontecido⁴⁹.

São, insiste-se, valores de Justiça que impõe esta consideração indemnizatória, sendo que o artigo 62.º da CRP reclama maior amplitude e exige que “*quaisquer figuras afins (à requisição e expropriação) que afetem a propriedade ou os direitos patrimoniais dos cidadãos devem submeter-se a limites similares, sempre de acordo com postulados de necessidade, adequação e proporcionalidade*”⁵⁰.

Porém, aparentemente não é esta a tese consagrada nas normas legislativas em aplicação (admite-se), nem foi esta a interpretação sufragada no Acórdão do STA, como vimos.

6. A análise do artigo 143.º do RJIGT.

Mas o Acórdão em análise vai mais longe na sua análise, pois para além de ter atribuído aos requisitos indemnizatórios do artigo 143.º, n.º 3 um carácter cumulativo, debruçou-se, ainda, sobre a alegada ilegalidade e inconstitucionalidade dessa norma.

a. Subsidiariedade da indemnização no seio dos Planos de Ordenamento do Território

Assim, cumpre, desde já, registar que as disposições dos instrumentos de gestão territorial, ao procederem com discricionariedade própria⁵¹ à classificação e qualificação do

⁴⁷ Previsto no artigo 98.º, n.º 3 do RJIGT.

⁴⁸ Não nos repugna, antes pelo contrário, que tal prazo possa ser aumentado, por exemplo para os 7 anos definidos na legislação alemã (ver ALVES CORREIA, que no entanto não considera o prazo português irrazoável e desproporcionado, em *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 783 e nota 58).

⁴⁹ Sobre os problemas – defeitos e insuficiências – dos denominados PMOTs de 1.ª geração, ver, entre outros, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Novas Tendências do Direito do Urbanismo. De um urbanismo de expansão e de segregação a um urbanismo de contenção, de reabilitação urbana e de coesão social*, 2011, págs. 41 ss; *As virtualidades das unidades de execução num novo modelo de ocupação do território: alternativa aos planos de pormenor ou outra via de concertação de interesses no direito do urbanismo?*, em *Direito Regional e Local* n.º 2 (abr/Jun 2008), págs. 17 e 18; e *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., págs. 425 ss.

Também para os *Urbanistas* – por todos, ver, SIDÓNIO PARDAL, *Contributo para uma Taxonomia dos Usos do Solo*, Lisboa, 2009 e *Taxonomia dos Usos do Solo e Revisão dos PDM*, Lisboa, 2009 – estes PDM’s foram manifestamente deficitários e, até, erróneos, sendo evidente que têm servido quase exclusivamente para demarcar áreas urbanas e urbanizáveis e índices de construção, não cumprindo a função de planear de forma integrada os diversos usos do solo. E tudo foi permitido e acontecendo numa execução assistemática marcada, por exemplo, pela demarcação em excesso das áreas urbanizáveis, gerando uma valorização dos solos e inflação dos preços, por um desordenamento do território, ao se admitir facilmente a divisão da propriedade rústica e a construção dispersa fora dos perímetros urbanos, etc., mostrando a prática da gestão urbanística assente em tais Planos de 1.ª Geração que se foi actuando dispersa e desgarradamente. Aliás, para este Ilustre Urbanista, “*o modo como os PDM demarcam e fixam rigidamente as áreas urbanizáveis teve como efeito a valorização desses solos na posse dos seus proprietários...*” (em *Contributo para...*, cit., pág. 26).

Nesta esteira, pode ainda ver-se o PNPOT, que faz um exaustivo diagnóstico da ocupação territorial do País.

Para um “resumo” da avaliação do sistema de gestão territorial, resultante de mais de dez anos volvidos sobre a sua institucionalização, ver FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Portugal: Território e Ordenamento*, pág. 136 ss; e para seu aprofundamento, ver *Os Dez Anos da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e de Urbanismo: Gênese e Evolução do Sistema de Gestão Territorial, 1998 – 2008. Actas do Encontro Anual da Ad Urbem*. DGOTDU 2010 (este encontro ocorreu a 12 de Dezembro de 2008).

⁵⁰ JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Tomo I, págs. 629 e 630.

⁵¹ Sobre a discricionariedade e o planeamento, ver, por todos, FERNANDA PAULA OLIVEIRA na sua Tese de Doutoramento, *A Discricionariedade de Planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa*, Coleção Teses, Almedina, 2011

solo e ao estabelecerem os parâmetros e indicadores da sua utilização, são normas que *restringem* a esfera jurídica dos seus destinatários, introduzindo ou agravando a diferenciação das possibilidades de uso e ocupação do solo.

Ora, como definem o conteúdo e limites do direito de propriedade do solo, as proibições, limitações e condicionamentos às possibilidades de utilização do solo que deles decorrem não têm, geralmente, carácter expropriativo, não atribuindo, por conseguinte, qualquer direito indemnizatório⁵² – é o *princípio do carácter não indemnizatório* dos planos territoriais, justificado na função social e na vinculação situacional dos solos⁵³.

Daqui decorre a *subsidiariedade do dever de indemnização* e uma preferência pelos mecanismos de perequação, como decorre expressamente do artigo 18.º da LBPOTU.

Significa, portanto, que nem todas as limitações introduzidas pelo plano, ainda que provocando um prejuízo grave e especial aos seus destinatários, dão lugar a uma indemnização: necessário é que sejam, pelo menos, compensados, através dos mecanismos de perequação adequados⁵⁴. Assim, nos termos da legislação urbanística em vigor, “os mecanismos de perequação, sempre que compensem integralmente as posições desigualitárias introduzidas pelo plano em virtude da afetação de partes do território a usos diferenciados e pela aplicação de índices e parâmetros distintos, assumem prevalência relativamente à indemnização”⁵⁵, conforme estipulam os artigos 18.º da LBPOTU e 143.º, n.º 1 do RJIGT.

Desta forma, a responsabilidade decorrente do exercício da tarefa pública de planeamento tem um âmbito limitado, apenas ocorrendo nas hipóteses excepcionais que a lei identifica e que a doutrina tem designado de “expropriações do plano” ou “expropriações em sentido substancial”, em que as limitações introduzidas são de tal ordem que afetam o conteúdo essencial do direito de propriedade, esvaziando o seu valor económico; nestes casos, tem-se considerado justificar um tratamento similar ao reclamado pelo artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa: o pagamento de uma indemnização.

Ora, o STA considerou que o caso em apreço não integra esta previsão, ao invés do que, em tese, defendemos, pois consideramos que esta é uma situação paradigmática de limitações introduzidas pelo plano, geradoras de prejuízos graves e especiais aos seus destinatários, que deveriam dar lugar a uma indemnização (a questão, portanto, é saber se, de facto, à luz da legislação vigente, tal é contemplado).

b. A concretização do artigo 18.º da LBPOTU – (i) legalidade do artigo 143.º do RJIGT

Como já deixamos assinalado, a técnica legislativa do artigo 18.º da LBPOTU não é a mais “transparente”; não obstante, o STA considerou que “*Apesar da indeterminação de vários conceitos que utiliza, o art. 18º, n.º 2, da Lei n.º 48/98 é estruturalmente claríssimo. Filia o «dever de indemnizar» nas «restrições» – trazidas por instrumentos de gestão territorial – àquilo que qualifica como «direitos de uso do solo». Para tanto, esses «direitos» devem ter duas características, cumulativas mas autónomas: serem «preexistentes» (aos «instrumentos» sobre-ditos) e estarem «juridicamente consolidadas». E o preceito acrescenta ainda que tais «restrições» só serão indemnizáveis se corresponderem a «efeitos equivalentes a expropriação».*

⁵² Como expressa ALVES CORREIA, in *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 764.

⁵³ ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 799 ss, em especial, 810 ss; DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 63 ss; LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *Direito Urbanístico – um outro paradigma: A Planificação Modesto-Situacional*, págs. 51 ss, com especial atenção para 64 ss.

⁵⁴ Sobre estes mecanismos, ver ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 729 ss, em especial, 738 ss; FERNANDA PAULA OLIVERIA e JORGE CARVALHO, *Perequação, Taxas e Cedências. A Administração Urbanística em Portugal*; CLÁUDIO MONTEIRO, *A Perequação compensatória dos encargos e benefícios do planeamento urbanístico*, em *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, págs. 591 ss,

⁵⁵ DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., pág. 58.

Ora, tudo isto se harmoniza, no seu essencial, com o constante dos ns.^º 2 e 3 do art. 143^º do RJIGT, ressalvados os três pormenores que se seguem:

1. Os «direitos de uso do solo», referidos na Lei n.^º 49/98, passaram, no RJIGT, a ser identificados como «possibilidades objectivas de aproveitamento do solo». Mas esta diferença, que aliás representa um mero afinamento de conceitos benéfico para os particulares, não vem questionada pela autora.
2. O RJIGT estatui que a «revisão» (dos instrumentos de gestão territorial) relevante, para efeitos de haver «direito a indemnização», ocorre «dentro do período de cinco anos após a (...) entrada em vigor» desses instrumentos. Isso não constava da Lei n.^º 49/98. Mas esta diferença, aliás explicável a partir do art. 18^º, n.^º 3, dessa lei, também não está questionada pela autora.
3. O art. 143^º, n.^º 3, do RJIGT veio exigir, como dissemos, um «licenciamento prévio válido». É nesta exigência que a autora divisa a infidelidade do RJIGT relativamente à lei de bases. E importa apreciar imediatamente este assunto.

Já «supra» vimos que a expressão «licenciamento prévio válido» busca precisar e delimitar o que sejam as «possibilidades (...) juridicamente consolidadas» referidas no n.^º 2 do artigo; e que estas, por sua vez, correspondem fielmente aos «direitos (...) juridicamente consolidados» que constam do art. 18^º, n.^º 2, da Lei n.^º 49/98.

No Acórdão em análise, o STA constata que estas opções do RJIGT surgem no desenvolvimento e delimitação da Lei de Bases, ao abrigo do que dispõe o seu artigo 18^º, n.^º 3, que atribuiu ao legislador do RJIGT a definição das “condições de exercício do direito à indemnização previsto no número anterior”; concordamos, obviamente, com esta constatação, mas já duvidamos da sua legal concretização.

E duvidamos face ao que atrás expusemos sobre o *jus aedificandi*, o direito de propriedade constitucionalmente garantido e as expectativas jurídicas indemnizáveis; é que se concedemos que a redação dos normativos em causa permite claramente a interpretação do STA, não podemos deixar de constatar que a mesma, à luz do por nós defendido e a critérios de Justiça, fica muito aquém do que era devido! Mas será que o artigo 18^º da LBOTU afasta a interpretação extensiva que daria cobertura ao por nós aqui defendido?

O que se equaciona, tal como referido no Acórdão em análise, é, de facto, a concretização de dois conceitos indeterminados do artigo 18^º, n.^º 2:

- i. “direitos de uso do solo...”
- ii. “...juridicamente consolidados”

Como refere o STA, o primeiro desses conceitos foi “transformado” em “possibilidades objectivas de aproveitamento do solo”, o que, na nossa perspetiva, faz até uma interpretação extensiva daquele: é que se “direitos de uso do solo” abranger o “direito abstrato de construir”, que o plano prevê, então claramente engloba a “possibilidade objetiva de aproveitamento do solo”. Ou seja, se um plano prevê a aptidão construtiva a um terreno, essa é a sua possibilidade objetiva de aproveitamento; não se vê forma de não assim se considerar. E isso tem, como defendemos, consequências...

Por isso, quanto a este primeiro conceito, consideramos, até, que o legislador do RJIGT o alargou, numa interpretação extensiva que a letra da lei permite. Daí se concordar com o Acórdão do STA, quando considera que se trata de um “mero afinamento de conceitos benéfico para os particulares”.

Questão mais controversa está, pois, no segundo conceito: “direitos juridicamente consolidados” permite ao legislador do RJIGT, na verdade, enveredar pela consideração apenas de atos de licenciamento, pois o *jus aedificandi*, como referimos, apenas se consolida com tais “permissões” concretas; porém, esta é uma visão restrita, de constitucionalidade muito duvidosa e de resultados, como o verificado no caso em apreço, injustos... E sendo a justiça

o valor supremo do Direito, consideramos que ao intérprete (*in casu*, o legislador do RJIGT) caberia prosseguir uma interpretação extensiva, ao ponto de incluir nos “direitos de uso do solo juridicamente consolidados” as expectativas jurídicas criadas regulamentarmente pelos planos.

Porém, conceda-se, a interpretação restritiva, à letra, meramente formal, desenvolvida pelo STA não está ferida de legalidade, pois não cremos que o artigo 143.^o RJIGT tenha restringido os casos de indemnização previstos pelo legislador da Lei de Bases no artigo 18.^o, n.^o 2⁵⁶.

Questão diversa é saber se tal restrição acompanha os ditames constitucionais, o que nos obriga a uma análise mais detalhada dos n.^{os} 2 e 3 do artigo 143.^o do RJIGT.

c. O artigo 143.^o, n.^o 2: indemnização pela violação de direitos adquiridos por parte de certas disposições do Plano

Na nossa perspetiva, o legislador do RJIGT foi coerente quando nos n.^{os} 2 e 3 do artigo 143.^o distinguiu duas situações, na esteira do que havia definido no artigo 71.^o, onde diferencia *classificação ou qualificação de reclassificação ou requalificação*; no seguimento de tal diferenciação, reserva o n.^o 2 para os casos de *classificação ou qualificação* e o n.^o 3 para os casos de *reclassificação ou requalificação*.

Assim, seguindo a tese sufragada pelo STA e equiparando as *possibilidades juridicamente consolidadas* a *atos de licenciamento*, o legislador no n.^o 2 incluiu, apenas⁵⁷, as situações em que o plano põe em causa, revogando ou fazendo caducar, as licenças ou admissões de comunicações prévias⁵⁸ de construção, válidas e emitidas previamente à sua entrada em vigor⁵⁹ (registre-se, aqui, que a doutrina e a jurisprudência têm sido unânimes em alargar estas “possibilidades juridicamente consolidadas” a outros atos administrativos constitutivos de direitos, como pedidos de informação prévia favoráveis⁶⁰ e aprovações de projeto de arquitetura⁶¹).

Mas trata-se, portanto, de casos em que existe violação de “direitos adquiridos” por ato administrativo prévio e válido.

Ora, esta violação opera-se independentemente do prazo em que ocorra a elaboração e estipulação das normas do Plano, nada tendo a ver, portanto, com o n.^o 3, que está reservado, como veremos, para casos de revisão (alteração ou suspensão) dos planos. Porém, ALVES CORREIA⁶² integra neste n.^o 2 os casos de diminuição ou supressão de uma modalidade de utilização conferida por um plano, por efeito da sua revisão, alteração ou suspensão, mesmo que tenha lugar após os 5 anos, atribuindo um direito a indemnização; seguindo esta

⁵⁶ Posição contrária assume ALVES CORREIA, em *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 769 ss.

⁵⁷ A doutrina tem-se inclinado para abranger outras situações, nomeadamente casos de reserva de terrenos e de destinação de parcelas de terrenos a espaços verdes privados. FERNANDA PAULA OLIVEIRA integra-os no n.^o 2 do artigo 143.^o (ver *Regime Jurídico dos Instrumentos de Gestão Territorial Comentado*, cit., págs. 487 e 488), enquanto que ALVES CORREIA considera que este normativo não as abarca (ver *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 774 ss).

⁵⁸ Ver nosso *A Comunicação Prévia: do modelo teórico à experiência autárquica*, em *Direito Regional e Local*, n.^o 14 (Abril/Junho 2011), pág. 63 ss.

⁵⁹ ALVES CORREIA (em *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 771) fala, ainda, de atos administrativos relativos a loteamentos, mas a jurisprudência administrativa tem considerado não incluí-los aqui, porquanto os licenciamentos de loteamento não atribuem direitos de edificação (ver DULCE LOPES, *Vínculos Urbanísticos e Indemnização: Com quantas Cartas se faz um Baralho*, cit., nota 17, pág. 53 e nota 57, pág. 75).

⁶⁰ Ver nosso *Pedidos de Informação Prévia: Uma Necessidade por incúria legislativa ou municipal? Um novo paradigma e implicações no respectivo regime jurídico*, in *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Volume II (2012), pág. 13 ss.

⁶¹ Ver, entre outros, FERNANDA PAULA OLIVEIRA, *Duas Questões no Direito do Urbanismo: Aprovação do projeto de arquitetura (ato administrativo ou ato preparatório?) e Eficácia de alvará de loteamento (Desuso)*, anotação ao Acórdão do STA de 5-5-1998, CJA n.^o 17, págs. 51 ss; MARIO TORRES, *Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.^o 40/2001*, CJA n.^o 27, págs. 41 ss; ANTÓNIO CORDEIRO, *Arquitetura e Direito*, págs. 281 ss; ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., págs. 771 ss.

⁶² *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 787.

tese, cremos que, na prática, está a concordar com FERNANDA PAULA OLIVEIRA e o Acórdão do TCASul proferido nos autos em apreciação, atribuindo o mesmo efeito que resulta da consideração dos requisitos indemnizatórios consagrados no n.º 3 como, afinal (ao invés do que defende), disjuntivos...

Na verdade, o autor considera que este artigo prevê que a revisão, alteração ou suspensão de um Plano possa dar lugar a indemnização após o decurso do prazo de 5 anos de vigência do Plano, embora por efeito do seu n.º 2, constituindo, portanto, uma norma que “derroga” a norma específica que trata das figuras da dinâmica dos planos, o seu n.º 3! Com todo o respeito, cremos que assim não poderá ser, pois se o legislador viu necessidade de estabelecer um número autónomo para as situações referentes à dinâmica dos planos, seguindo a lógica do artigo 71.º (como constatamos), é porque as quis destacar da norma geral do n.º 2. E percebe-se, pelo que já referimos quanto aos prazos de vigência dos Planos, ao princípio da flexibilidade do plano ou da susceptibilidade da sua adaptação às realidades urbanísticas⁶³ e à incúria dos proprietários...

Sendo assim, uma integração nos casos indemnizatórios do artigo 143.º desta situação de danos decorrentes de uma expropriação de sacrifício ou substancial, como a que está em causa, só pode ocorrer por via da interpretação corretiva defendida por FERNANDA PAULA OLIVEIRA (e sufragada no Acórdão do TCASul revogado pelo STA na decisão em análise): serem os requisitos do n.º 3 disjuntivos.

Percebendo as doutas fundamentações de ambos os autores, ousamos delas discordar, apesar de considerarmos que estas verdadeiras expropriações substanciais [casos em que a revisão, alteração e suspensão dos planos, ocorridas após 5 anos da sua vigência, põem em causa direitos adquiridos por ato administrativo válido (e que, nos termos do artigo 71.º do RJUE, não caducou)], deveriam dar lugar a indemnizações, como veremos. Porém, não foi essa (consciente ou inconscientemente) a opção do legislador do RJIGT⁶⁴; ou seja, mesmo que se defenda que “*não faz sentido excluir da indemnização danos só pela simples razão de eles terem a sua origem na alteração, revisão ou suspensão dos planos municipais*”⁶⁵, não podemos partir desta eventual “justiça” para corrigir a norma estipulada, numa “engenharia interpretativa”, corretiva, que extravasa e viola a letra da lei, que, aliás, tem sido objeto, como infelizmente vem sendo habitual na Jurisprudência Administrativa portuguesa (mesmo com a “reforma do contencioso” e a consagração de artigos como o 2.º e 7.º do CPTA), de uma interpretação restritiva e formal, como a prosseguida no Acórdão em referência...

d) O artigo 143.º, n.º 3 (e n.º 5): requisitos cumulativos ou disjuntivos?

Esta constatação e diferenciação das situações do n.º 2 e 3 levam-nos para uma análise do n.º 3, especificamente previsto para os casos de “revisão” dos planos, neles se incluindo as outras figuras jurídicas da dinâmica dos planos: a *alteração* e a *suspensão* (cfr. artigo 93.º do RJIGT).

Relativamente à divisão da Doutrina e da Jurisprudência *supra* referenciada, quanto à interpretação deste normativo, consideramos, de facto, que a letra da lei impele para a consideração dos dois requisitos exigidos no n.º 3 como **cumulativos**. Desta forma, concordando com as explicações do STA, entendemos que o n.º 3 do artigo 143.º estabelece “*dois requisitos para a existência do direito de indemnização; e é fácil ver que eles constituem um desdobramento*

⁶³ ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, págs. 520 e 521.

⁶⁴ O que pode dar origem a uma inconstitucionalidade material, como avança a doutrina, até para casos análogos (ver F. ALVES CORREIA, pág. 791, e para os tais casos análogo, págs. 779 ss), se consideramos que esta situação consubstancia uma verdadeira expropriação substancial ou de sacrifício, como tal merecedora do dever de indemnização, ao abrigo dos artigos 2.º e 9.º, alínea b) da CRP, que consagram o princípio do Estado de direito democrático, e do artigo 13.º, que estabelece o princípio da igualdade (designadamente, dos cidadãos perante os encargos públicos).

⁶⁵ Como alega ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, Volume I (4.ª Edição), pág. 789.

explicativo de algo já ínsito no n.º 2. Assim, e por um lado, o n.º 3 diz que só têm alcance expropriativo e, portanto, indemnizatório as «restrições» («às possibilidades objectivas de aproveitamento do solo») que resultem da «revisão dos instrumentos de gestão territorial» (dadores daquelas possibilidades) ocorrida «dentro do período de cinco anos após a sua entrada em vigor». Passado esse período, a supressão das «possibilidades» entretanto não realizadas perde significado expropriativo, por dever triunfar o primado da flexibilidade dos planos. Por outro lado, só há direito a indemnização se aquela «revisão» (dos instrumentos de gestão territorial que autonomamente consagravam as agora restringidas possibilidades de aproveitamento do terreno) determinar «a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido». E esta exigência acresce, evidentemente, à anterior – como mostra o facto dela começar com um verbo no gerúndio, ou seja, dela se referir a uma acção que necessariamente acompanha o que atrás se dissera. Ademais, este outro requisito explicita que as «possibilidades juridicamente consolidadas», aludidas no n.º 2, são, afinal e tão só, as decorrentes de um qualquer «licenciamento prévio».”.

Desta forma, o n.º 3 estabelece como requisitos indemnizatórios cumulativos:

- i. Que as restrições singulares às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo resultantes da revisão, alteração ou suspensão dos planos ocorram dentro do período de 5 anos após a sua entrada em vigor;
- ii. Que delas resultem a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido;

Pelo que se corrobora a interpretação seguida no Acórdão do STA em comentário.

Porém,

e) A nossa opinião – em jeito de modesto contributo para a futura norma

Consideramos que as situações de revisão, alteração e suspensão dos planos, ocorridas após o período de 5 anos da sua vigência, e que coloquem em causa direitos adquiridos por ato administrativo válido (que, nos termos do artigo 71.º do RJUE, não caducou), deveriam dar lugar a indemnizações. Portanto, o lapso temporal em que ocorrer a revisão do plano seria, apenas, determinante para as situações em que não existem atos administrativos constitutivos de direitos, mas meras expectativas jurídicas oriundas das normas dos planos, nos termos *supra* explanados.

E esta “justiça” não tange, repete-se, com o princípio da flexibilidade dos planos, pois nenhuma limitação ao poder ou função pública de planear e alterar pode dela ser retirada; os titulares do poder-dever de planear (e de planear adequadamente, com a respetiva execução programada, como exige a Lei⁶⁶) permanecem na sua plenitude com tal função (sob pena, até, de inconstitucionalidade...⁶⁷), mas a sua prossecução ou exercício implicam, igualmente, responsabilidade⁶⁸ e, seguramente, a inclusão nos planos vinculativos dos particulares de corretos e justos mecanismos de perequação dos benefícios e encargos deles resultantes, que prevalecem sobre o dever indemnizatório.

Por conseguinte, podendo o Plano ser revisto, alterado ou suspenso, nos termos gerais, as opções que forem tomadas e que configurem uma subtração ou diminuição de uma modalidade de utilização do solo que implique a caducidade ou alteração das condições de um ato administrativo válido não poderão deixar de ter a necessária e correspondente “responsabilidade”, tal como genericamente está prevista no regime geral da revogação de

⁶⁶ Cfr. artigos 4.º e 16.º da LBPOTU e 118.º, n.º 1, 138.º a 142.º do RJIGT. Aliás, defendemos que o artigo 118.º do RJIGT estipula igualmente um verdadeiro dever de execução programada e sistemática dos planos.

⁶⁷ Cfr. artigos 9.º e 65.º, n.º 4 da CRP. Ver ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo, cit.*, págs. 140 ss.

⁶⁸ Princípio consagrado no artigo 5.º alínea g) da LBPOTU (Lei n.º 48/98, de 11-8, com a versão introduzida pela Lei n.º 54/2007, de 31-8), embora numa ótica ligeiramente diversa.

atos administrativos, consagrado no Código do Procedimento Administrativo [cfr. artigo 140.º, n.º 1 alínea b), que consagra o princípio da irrevogabilidade dos atos administrativos constitutivos de direitos, que, assim, são apenas revogáveis, nos termos do artigo 141.º do CPA, com fundamento na sua invalidade e dentro do prazo do respectivo recurso contencioso]⁶⁹.

Assim, estando perante atos constitutivos de direitos, a sua “revogação” pelo plano deverá originar, naturalmente, um dever indemnizatório, por consubstanciar um ato substancialmente expropriativo.

E não se diga que nestas circunstâncias deve haver um prazo para a aquisição do direito indemnizatório (diferente, evidentemente, é o prazo de caducidade para o seu exercício); o dano da confiança, nestes casos, não está na estabilidade do plano, mas antes na prolação de um ato administrativo constitutivo de direitos, que para todos os efeitos se presume válido, nos termos gerais; por outro lado, tal ato tem um regime próprio, pois tratando-se de uma “permissão urbanística”, o RJUE contém regras específicas, designadamente no que tange a respetiva caducidade (cfr. artigo 71.º); mais, se as entidades públicas cumprirem o seu dever de planear (com mecanismos de perequação, como impõe o artigo 136.º do RJIGT) e de execução programada e sistemática dos planos, em que existirá um dever do particular em *“adequar as suas pretensões às metas e prioridades estabelecidas pelo município, para além do dever de participarem no financiamento da infraestrutura geral”*⁷⁰ (que é a nova lógica do planeamento)⁷¹, por maioria de razão os direitos adquiridos por via de atos constitutivos devem ser respeitados, sob pena da necessidade constitucional de uma justa indemnização.

Desta forma, a inércia ou incúria do proprietário apenas deverá ser sancionada e fará algum sentido para os casos já referidos, em que um terreno deixa de ter aptidão construtiva e o seu proprietário não desenvolveu durante um certo lapso de tempo (hoje de 5 anos) as diligências necessárias à obtenção da licença ou da admissão de comunicação prévia para a realização da operação urbanística admitida no Plano objeto de revisão, alteração ou suspensão; mas estabelecer um prazo de “validade” para os atos constitutivos do direito concreto de construir já não merece o nosso aplauso, pelo que discordamos aqui, novamente, das opções legislativas. A ideia inversa ínsita na lei e na interpretação do STA viola o *princípio da proteção da confiança*, inserto no princípio do Estado de direito democrático, tal como admitido pelo Tribunal Constitucional, que por diversas vezes se tem pronunciado sobre a ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na atuação do Estado e dos entes públicos, o que implica um mínimo de certeza e segurança nos direitos das pessoas e nas suas expectativas juridicamente criadas (e, consequentemente, a confiança dos cidadãos e da comunidade na tutela jurídica).⁷² Consideramos, pois, que este princípio não se restringe à atividade normativa, mas a toda a atividade administrativa, pelo que a prolação de atos administrativos válidos está (igualmente) no âmbito da sua atuação, sendo que a postergação de forma intolerável, opressiva e demasiado acentuada dos direitos adquiridos através dos respetivos atos permissivos de edificação terá necessariamente de merecer a devida sanção, independente dos prazos em que tal postergação ocorra: o dever de indemnização pela expropriação substancial que implica o seu afastamento da ordem jurídica.

Assim, consideramos que numa revisão do RJIGT (necessariamente a ocorrer se entrar em vigor a nova Lei dos Solos), estas duas situações que aqui retratamos deverão ser contempladas

⁶⁹ Ver anotações aos respetivos artigos de MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO GONÇALVES e JOÃO PACHECO AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo - Comentado*.

⁷⁰ FERNANDA PAULA OLIVEIRA, RJIGT Comentado, pág. 428.

⁷¹ E que tudo indica será ainda mais se o Projeto da Nova Lei dos Solos for aprovado (consultar site da DGOTDU). Sobre Programação Territorial e seus vários instrumentos, ver JOSÉ LUIS CUNHA, *Apontamentos em Matéria de Programação Territorial*, in *Direito do Urbanismo e do Ordenamento do Território – Estudos*, Volume I (2012), pág. 279 ss.

⁷² Como expressamente refere ALVES CORREIA, no *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., na nota 64 pág. 791, com identificação de inúmeros Acórdãos do Tribunal Constitucional.

como casos especiais de indemnização dos danos resultantes dos planos direta e imediatamente vinculativos dos particulares, pois inegavelmente consubstanciam uma “expropriação do plano” merecedora de tutela indemnizatória:

- i. Indemnização pela perda ou diminuição da potencialidade ou da aptidão construtiva sempre que a revisão, alteração ou suspensão de um plano ocorra dentro de certo período temporal a contar da sua entrada em vigor, independentemente de o proprietário ser (já) titular de qualquer ato administrativo constitutivo do direito concreto de construir.
- ii. Indemnização pela perda ou diminuição da potencialidade ou da aptidão construtiva sempre que a revisão, alteração ou suspensão de um plano, independentemente do tempo em que ocorram, ponha em causa o respetivo ato administrativo constitutivo do direito concreto de construir.

Estas são verdadeiras expropriações de sacrifício ou substanciais que carecem de tutela, por evidentes razões de Justiça.

7. Inconstitucionalidade material

Resta saber se tais “omissões” estão feridas de inconstitucionalidade ou não (como expandido no acórdão do STA).

Antes de mais, devemos confirmar a ideia de que consideramos esta não previsão como verdadeira “omissão”, pois cremos que seria o espírito do legislador da LBPOTU (já vimos que não foi, contudo, a letra da lei) indemnizar todas as *restrições significativas de efeitos equivalentes a expropriações*, o que implicaria a previsão da primeira situação *supra* referida; bem como, indemnizar todas as *restrições significativas a direitos de uso do solo preexistentes e juridicamente consolidados*, o que implicaria a previsão da segunda situação *supra* referida.

Porém, tal não aconteceu, o que, se afasta o problema da “ilegalidade” do n.º 3 do artigo 143.º (pois, com o STA, entendemos que este normativo não é infiel à Lei de Bases), levanta fortes dúvidas sobre a sua conformidade constitucional.

O STA no Acórdão em análise afastou essa alegação⁷³, mas não estamos certos da sua justiça (uma vez mais).

Em primeiro lugar, o **princípio da igualdade** consagrado no artigo 13.º da CRP, e a sua vertente da igualdade na repartição dos encargos públicos, exige um outro tratamento, pois se as situações de quem é titular de uma licença e de quem apenas possui legítimas expectativas criadas por normas urbanísticas é diferente (como acentua o STA), elas não são assim tão radicalmente diferentes que justifiquem tamanha diferenciação e desproporção de tratamento: uns são “ressarcidos” com indemnização, os outros *com nada!* O tratamento desigual dispensado a ambos os proprietários não acompanha, assim, a muito menor desigualdade das respetivas situações.

É evidente que, quem tem apenas legítimas expectativas, pode muito bem nunca as “confirmar”, pois, como dissemos aquando da abordagem ao *jus aedificandi*, a sua pretensão pode ser indeferida por qualquer razão (legal e fundamentada); este proprietário ainda não é titular de qualquer *jus aedificandi*, como vimos. Mas não deixa igualmente de ser verdade que, sendo os planos que definem o regime do uso do solo, essa definição pode gerar uma aptidão ou potencialidade construtiva de tal forma evidente que essa atribuição é um fator inegável e de importância capital na determinação do valor do solo.

Como acima definimos, a diferença entre o direito abstrato (definido no plano) e o direito concreto (definido em ato administrativo) de construir não pode justificar uma diferença tão grande de tratamento ao ponto de o afastamento do primeiro não merecer qualquer tutela,

⁷³ Que seguiu as ideias de ALVES CORREIA, no *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., pág. 791.

pelo que consideramos violados os princípios da igualdade e da proporcionalidade, não acompanhando, assim, a doughta decisão do STA no aresto em anotação. Ao diferenciar o que é diferente, deve o legislador fazê-lo dentro dos limites impostos pela necessidade, adequação e proporcionalidade, o que não aconteceu, pelo que pensamos que a diferenciação deveria ocorrer (apenas) quanto ao critério indenizatório das duas situações em comparação.

Por outro lado, consideramos, ainda, que a situação decidida pelo STA demonstra a violação do n.º 2 do artigo 62.º da CRP, enquanto norma que exige para outras figuras afins que afetem a propriedade ou os direitos patrimoniais dos cidadãos, os mesmos “limites” previstos para a requisição e expropriação. Por isso, não fazendo o *jus aedificandi* parte do direito de propriedade, não podemos deixar de lembrar que o proprietário era titular de um direito patrimonial importante, um terreno com capacidade edificativa, e que, por alteração regulamentar válida e justificada, o deixou de ser, com a consequente diminuição brutal do seu direito patrimonial, num nexo de causalidade que não pode deixar de merecer a devida tutela indenizatória.

Não é, pois, o *jus aedificandi* que se estaria a indemnizar, mas a perda do valor, a perda de um evidente direito patrimonial que desaparece ou encolhe com a alteração do plano, o que não pode deixar de ser comparável a uma expropriação do plano. O próprio STA admite no aresto em análise que o terreno “perdeu entretanto a aptidão edificativa que já tivera”, mas disso não retira a devida ilação: esta diminuição ou supressão de um direito abstrato de construção, importante e capital fator na determinação do valor do terreno, merece a tutela do Direito. Daí que não se entenda o juízo restritivo e irrealista de que só o direito (concreto) de construir, o *jus aedificandi*, é que constitui “*faculdade incrementadora do valor do seu direito de propriedade sobre o terreno*”!! (se assim fosse, o mercado imobiliário apenas vivia de terrenos com licença de construção, o que não é verdade, como é do conhecimento de todos). Por tudo isto, cremos que o direito da autora no caso analisado não ficava à margem do n.º 2 do artigo 62.º da CRP, pelo que se o plano não prevê mecanismos de perequação compensatórios, então terá de haver lugar ao meio subsidiário: a indemnização. Obviamente que esta terá de ser, naturalmente, diferente da “justa indemnização” das expropriações clássicas e das expropriações decorrentes da caducidade ou “revogação” de “licenças”, mas não poderá é deixar de existir...

Uma vez mais a distinção de situações se faria quanto ao critério da indemnização.

Por conseguinte, pautamos de inconstitucional o n.º 3 do artigo 143.º; e não afasta este juízo a futurologia que se faz no Acórdão, um pouco até contra a “ciência” e o fenómeno das “alterações climáticas”, de que o terreno pode vir a retomar a potencialidade edificativa! Este é um argumento que, com todo o respeito, não serve (é o mesmo que não atribuir a alguém uma indemnização pelos prejuízos patrimoniais sofridos porque pode vir a ganhar o *euromilhões*...).

Em segundo lugar, e apesar de não estar em causa nos autos decididos pelo STA, não podemos deixar de registar que a não indemnização de uma “revogação” (*caducidade ou alteração das condições*) de atos administrativos constitutivos do direito de construir sempre que ocorra após certo período, ofende claramente o disposto nos artigos 2.º e 62.º, n.º 2 da CRP.

Efetivamente, como defendemos, ofende, desde logo, o **princípio da proteção da confiança**, insito no princípio do Estado de direito democrático, tal como admitido pelo Tribunal Constitucional, que por diversas vezes se tem pronunciado sobre a ideia de proteção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na atuação dos entes públicos, o que implica um mínimo de certeza e segurança nos direitos das pessoas... Ainda para mais quando tais direitos são, precisamente, atribuídos pelos entes públicos.

Mais, ofende igualmente e por maioria de razão o n.º 2 do artigo 62.º da CRP, pelas razões *supra* explanadas e que aqui se reproduzem.

Uma norma injusta, a clamar pela sua correta revisão...

8. Conclusão: a Jurisprudência e a interpretação normativa “vencedora”

Não obstante a nossa apreciação e consideração de que não podem deixar de merecer tutela as expectativas jurídicas criadas com a atribuição do *direito abstrato de construção* pelos planos diretamente vinculativos dos particulares, importando os casos de supressão ou compressão dessa aptidão construtiva efeitos equivalentes a uma expropriação, não podemos deixar de admitir que a interpretação normativa assumida largamente pelo STA é a restritiva e formal que consta do Acórdão em referência, pelo que a indemnização por expropriação do plano resultante da sua revisão apenas acontece quando (requisitos cumulativos) as restrições singulares às possibilidades objetivas de aproveitamento do solo ocorram dentro do período de 5 anos após a sua entrada em vigor e delas resultem a caducidade ou a alteração das condições de um licenciamento prévio válido.

Carlos José Batalhão

Mestre em Direito e Advogado especialista em Direito Administrativo

RevCED **ÖUA**

Recensões

Ahjond S. Garmestani, Craig R. Allen (editores)

Social-ecological resilience and lawColumbia University Press,
Nova Iorque, 2014 (404 páginas)

Conhecidos pela vasta experiência em matérias ambientais, designadamente pela sua ligação a reputadas entidades como a U.S. Environmental Protection Agency e a U.S. Geological Survey, os coordenadores da presente obra convidaram alguns dos maiores especialistas norte-americanos a procurar encontrar respostas para a necessidade da gestão dos recursos naturais, de molde a promover a resiliência social e ambiental dos territórios, dentro do contexto da legislação e das instituições existentes.

Partindo da premissa de que os sistemas e as forças naturais não obedecem às leis humanas e de que, pelo contrário, não deve o direito estar alheado do contexto ecológico e social, é introduzido o tema da resiliência, que C.S. Holling definiu em 1973 como a capacidade de um ecossistema resistir a uma perturbação, mantendo os respetivos processos e estruturas que lhe servem de base. Reconhece-se então que, desde esse momento, os ecologistas têm vindo a verificar uma degradação da capacidade de resiliência de inúmeros ecossistemas.

De forma a dar resposta a essa mesma realidade, propõe-se a adoção de, pelo menos, três princípios aquando da alteração ou revisão das fontes do direito ambiental: (i) que a legislação seja desenvolvida para promover a resiliência das pessoas e da natureza; (ii) que as leis vigentes sejam mais flexíveis e adaptáveis às condições ecológicas e sociais, sempre em mudança; e (iii) que o direito seja capaz de facilitar aquilo a que os autores denominam “*gestão adaptativa*”, enquanto quadro regulamentar para a elaboração e monitorização das leis e para a gestão dos recursos naturais e do património.

A referida gestão adaptativa surge, deste modo, como um conceito-chave para a garantia da resiliência social e ecológica, uma vez que um dos maiores problemas da teoria da resiliência consiste na dificuldade em traduzir para a legislação conceitos fluidos no que concerne às matérias relacionadas com os sistemas sociais e ecológicos, sugerindo-se que os mecanismos mais eficazes consistirão no estabelecimento de prazos de alteração e revisão das normas em vigor, bem como a previsão da exceções e variantes ou a possibilidade de sucessivos aditamentos – os chamados ajustamentos “*back-end*”, que permitem uma maior flexibilidade do sistema regulatório para, nas situações apropriadas, potenciar as condições necessárias à gestão da resiliência social e ecológica.

O **primeiro capítulo**, desenvolvido por Sandra B. Zellmer¹ e John M. Anderies², é dedicado às áreas protegidas e reservas selvagens³. Consideram os autores que é hoje imperiosa a adoção de estratégias de adaptação que promovam respostas resilientes às alterações climáticas por parte dos ecossistemas locais e regionais. Neste sentido, a intervenção humana

¹ University of Nebraska College of Law, Lincoln, Nebraska.

² School of Human Evolution and Social Change, School of Sustainability, Arizona State University, Tempe, Arizona.

³ “*Wilderness preserves*”.

em áreas protegidas – com os meios menos intrusivos possíveis – apenas poderá ser uma opção se: (i) existir um conhecimento suficiente relativamente às condições e processos de referência, assim como dos efeitos a longo prazo das ações humanas; (ii) a intervenção não poderá interferir com o funcionamento e a integridade do ecossistema; e (iii) a intromissão humana deverá ser pelo mais reduzido período de tempo, garantindo que os processos ecológicos mantêm o respetivo funcionamento. Os recursos financeiros da intervenção nesta sede não deverão limitar-se apenas ao projeto propriamente dito, mas abrangerão também a monitorização do respetivo desenvolvimento e o plano de reconstituição das condições naturais preexistentes, quando necessário.

No que concerne às áreas protegidas, verifica-se assim que, uma vez que é impossível conhecer o sistema de forma perfeita, as intervenções com o intuito de potenciar a estabilidade dos sistemas podem aumentar a sua fragilidade e provocar ainda mais danos que as perturbações exógenas que hajam causado alguma degradação anteriormente. Por isso, assegurar a resiliência das áreas protegidas requer que os humanos sejam mais sofisticados e mais adaptáveis do que no passado. Mais do que atuarmos como jardineiros ou curadores de um museu, que lutam por manter as características históricas num local, deveremos passar a agir como guardiões estratégicos da resiliência nas áreas protegidas.

Melinda Harm Benson⁴ e Matthew E. Hopton⁵ propõem-se, no **segundo capítulo**, a incluir o conceito de resiliência nas atividades de gestão da vida selvagem e de proteção da biodiversidade. Recordam, deste modo, a urgência de uma mudança das estratégias de gestão, de uma visão centrada em espécies específicas (ou em determinados habitats) para uma abordagem baseada no funcionamento e na dinâmica dos sistemas, no sentido de melhor responder aos complexos desafios de perda da biodiversidade. Uma das mais relevantes mudanças necessárias na transição para uma visão centrada no sistema será uma abordagem mais integrada, que reconheça a indispensabilidade de reavaliar as necessidades dos sistemas ecológicos e dos sistemas sociais, de molde a reconhecer uma interconectividade entre sistemas sociais e ecológicos.

O direito deve, por isso, acomodar uma perspetiva de resiliência, que reconheça a necessidade de uma maior proatividade na gestão dos sistemas, com atenção às respostas que os mesmos vão dando e aos processos naturais. Torna-se, portanto, imperioso transpor as tradicionais barreiras jurisdicionais e de governança, alicerçando a gestão para a resiliência na constante atualização de dados que temos hoje à disposição e que nunca foi tão abrangente. Uma perspetiva resiliente focará a gestão dos sistemas nos valores da preservação, reconstituição e otimização. E passar para uma abordagem mais complexa como a centrada nos sistemas dotará a proteção da biodiversidade de mais informação, permitindo-a conhecer melhor os sistemas sociais e ecológicos e dando resposta aos sucessivos desafios com que estes se deparam.

No **terceiro capítulo**, Robert L. Glicksman⁶ e Graeme S. Cuming⁷ recordam que as leis que regem nos dias de hoje a localização e a gestão das áreas protegidas nos Estados Unidos foram desenhadas para proteger e conservar os recursos naturais descobertos nos locais mais preciosos no país. No entanto, os últimos anos provaram que os ecossistemas dependem de

⁴ Department of Geography and Environmental Studies, University of New Mexico, Albuquerque, New Mexico.

⁵ U.S. Environmental Protection Agency, National Risk Management Research Laboratory, Cincinnati, Ohio.

⁶ George Washington University Law School, Washington D.C.

⁷ Percy FitzPatrick Institute of African Ornithology, University of Cape Town, Cape Town, South Africa.

outros sistemas e podem ser por eles influenciados, desde grandes distâncias. Também as alterações climáticas e influências antropogênicas de larga escala começaram a influenciar o comportamento dos ecossistemas.

Na realidade, a combinação entre o desenvolvimento económico – que procura reduzir a dimensão dos espaços dedicados à conservação – e o drama das alterações climáticas tem dificultado o esforço dos gestores dos recursos naturais em promover ecossistemas resilientes, no âmbito da legislação em vigor. Apresenta-se, pois, como um desafio para o legislador aprovar, alterar e rever novas soluções normativas para realidades de áreas protegidas que estejam atualmente abrangidas por legislação que já não reflete as realidades físicas locais. Outro caminho, a percorrer em simultâneo, será o de determinar que as autoridades de gestão desenvolvam a sua atividade numa perspetiva de promoção da resiliência dos sistemas, sem prejuízo das eventuais alterações físicas que afetem a capacidade de manter as características idiossincráticas daquelas áreas.

A resiliência dos ecossistemas marinhos é abordada no **quarto capítulo**, em que Robin Kundis Craig⁸ e Terry P. Hughes⁹ alertam para os efeitos económicos e ecológicos da transgressão de pontos críticos de não-retorno no que respeita à preservação dos meios marinhos.

Nesta sede, cada vez mais os governos têm vindo a promover a gestão *in loco* dos ecossistemas marinhos, expandindo as áreas de proteção marinha existentes para sistemas de áreas de larga escala e um efetivo zonamento dos oceanos. Austrália, Chile, Nova Zelândia e Filipinas representam exemplos de um grande esforço legislativo e político, que teve início ainda nos anos 70. Diversos governantes aperceberam-se, assim, de que estabelecer mecanismos de governança dos mares proporciona benefícios que vão muito além de uma mera recuperação das atividades pesqueiras e da biodiversidade marinha. Promove sim o aumento da resiliência dos ecossistemas e das populações costeiras, face aos perigos iminentes provocados pelas alterações climáticas.

Porém, cumprirá enfatizar que a gestão marinha deve ser acompanhada de investimento em desenvolvimento científico, baseado numa abordagem que tenha em consideração toda zona económica exclusiva (ZEE) de cada estado e não apenas pequenas áreas de proteção marinha isoladamente consideradas, uma vez que a resiliência exige uma visão global dos vários sistemas em presença.

Com efeito, na era das alterações climáticas, assume-se como cada vez mais importante que os pressupostos da gestão marinha sejam mais flexíveis, de molde a dar resposta aos impactos das alterações climáticas, que têm vindo a apresentar grandes probabilidades de provocar fortes alterações nos ecossistemas marinhos.

Outro tema que assume especial relevância é a aplicação da teoria da resiliência na gestão dos recursos hídricos, que surge no **quinto capítulo**. Barbara A. Cosens¹⁰ e Craig A. Stow¹¹ consideram que a fragmentação entre as diversas autoridades norte-americanas e a incerteza na caracterização de massas de água, bem como nas ações de gestão da qualidade da água, representam fortes barreiras à implementação de uma gestão e regulação para a resiliência dos recursos hídricos.

⁸ S. J. Quinney College of Law, University of Utah, South Lake City, Utah.

⁹ ARC Centre of Excellence for Coral Reef Studies, James Cook University, Townsville, Queensland, Australia.

¹⁰ College of Law, University of Idaho, Moscow, Idaho.

¹¹ NOAA Great Lakes Environmental Research Laboratory, Ann Arbor, Michigan.

Perante um sistema bastante fragmentado, será necessário (i) avaliar as eventuais redes informais existentes entre autoridades; (ii) remover as barreiras existentes que bloqueiam o bom funcionamento das redes; (iii) prever a criação de autoridades responsáveis, onde não existem quaisquer redes; e (iv) apoiar, onde necessário, as entidades locais, de forma a garantir a respetiva capacidade de resposta.

Reduzir a incerteza e melhorar o investimento para restaurar sistemas hídricos de qualidade exigirá, assim, uma reponderação das relações entre todos os intervenientes da gestão dos recursos hídricos, promovendo sinergias e as necessárias políticas de diálogo, acompanhadas de uma maior aposta na monitorização e uma valorização dos dados recolhidos.

Face ao expendido, alerta-se para o facto de o investimento na resiliência dos recursos hídricos não representar apenas uma necessidade para o nosso futuro, mas uma herança para as gerações vindouras.

O **sexto capítulo** é dedicado à cooperação institucional no que concerne aos recursos hídricos transfronteiriços. Nesta secção Olivia Odom Green¹² e Charles Perrings¹³ reconhecem que a atividade de gestão para a resiliência de massas de água transfronteiriças num sistema social e ecológico deve, obrigatoriamente, estar disponível e aberta à mudança. Embora não exista um modelo ideal, é possível apontar alguns princípios para a redução dos conflitos sobre recursos naturais partilhados: uma afetação flexível que reflita a variedade da disponibilidade; a instituição de comissões conjuntas que permitam a gestão cooperativa dos recursos; mecanismos de resolução de litígios que garantam resultados com a devida segurança jurídica; e normas que determinem ajustamentos operacionais proativos, em momentos de grave perturbação e esforço dos recursos.

Neste sentido, deverá ser promovida a cooperação entre as instituições, de molde a reduzir os eventuais conflitos existentes, mantendo sempre a integridade ecológica dos sistemas, através de uma gestão colaborativa que integre processos interativos e permita que os sistemas sociais e ecológicos evoluam para regimes mais resilientes.

As políticas de gestão dos ecossistemas são tratadas no **capítulo sétimo**. J. B. Ruhl¹⁴ e F. Stuart Chapin III¹⁵ propõem-se examinar a relação entre dois modelos teóricos que têm vindo a cativar as ciências e as políticas ecológicas: a conceção dos serviços de ecossistemas, que se foca nos benefícios que as populações humanas retiram dos ecossistemas, e a teoria da resiliência, que avalia como os sistemas naturais e sociais resistem às perturbações ao longo do tempo. A dúvida que se coloca é saber se, ao recorrer à conceção dos serviços de ecossistemas, se está a potenciar a resiliência ecológica e as políticas de gestão para a resiliência dos ecossistemas.

Na verdade, a teoria dos serviços de ecossistemas apresenta uma nova dimensão à tomada de decisões na gestão dos ecossistemas, que chega mesmo a ultrapassar o próprio entendimento económico dos ecossistemas. Esta ampla conceção económica dos ecossistemas permite, assim, expandir o leque dos critérios de gestão ecológica disponíveis para a tomada de decisão.

¹² U.S. Environmental Protection Agency, National Risk Management Research Laboratory, Cincinnati, Ohio.

¹³ School of Life Sciences, Arizona State University, Tempe, Arizona.

¹⁴ Vanderbilt University Law School, Nashville, Tennessee

¹⁵ Department of Biology and Wildlife, University of Alaska-Fairbanks, Fairbanks, Alaska.

Em suma, a teoria dos serviços de ecossistemas e a teoria da resiliência encontram-se, inevitavelmente, através da tomada de decisão em sede de gestão dos ecossistemas. É, exatamente, a gestão dos ecossistemas que representa a origem das duas teorias e o local de teste para a respetiva implementação.

Alejandro E. Camacho¹⁶ e T. Douglas Beard¹⁷ desenvolvem, no **oitavo capítulo**, o tema da resiliência em contexto de alterações climáticas. Partindo do princípio de que as alterações climáticas não comportam apenas mudanças substanciais para os recursos naturais, mas também incertezas relativamente ao tipo e magnitude de tais efeitos em determinada localização ou recurso, os autores alertam para a necessidade do desenvolvimento de infraestruturas de investigação e aprendizagem que apoiem a gestão da incerteza, num quadro de promoção da resiliência.

Verifica-se que os responsáveis legislativos, embora tenham vindo a demonstrar preocupação em aprovar iniciativas que aumentem a capacidade de adaptação dos agentes de gestão dos recursos, negligenciam as principais fontes de incerteza, não priorizando objetivos claros para a gestão dos recursos, falhando na necessidade de criar um paradigma de ensino e gestão adaptativos e não promovendo oportunidades de partilha de informação e interação entre os diferentes agentes em campo que operam em condições semelhantes.

Torna-se, assim, necessário estabelecer infraestruturas digitais que não só congreguem a informação relevante, mas que a disseminem por todos os agentes, gestores, cientistas e demais partes interessadas, de molde a potenciar uma estratégia mais colaborativa e cooperante na gestão dos recursos, no sentido de desenvolver a resiliência dos sistemas ecológicos, enfrentando os graves efeitos das alterações climáticas.

No **capítulo nono**, Jonas Ebbesson¹⁸ e Carl Folke¹⁹ analisam os diferentes níveis de proximidade da legislação – local, regional ou nacional – no contexto das interações sociais e ecológicas. Na verdade, as sociedades não só estão, hoje em dia, globalmente interrelacionadas através de sistemas jurídicos, políticos, económicos e técnicos, como também pelos sistemas biofísicos de sustentabilidade da terra.

As interações, cada vez mais globalizantes entre Homem e ambiente, caracterizam-se pela conectividade, celeridade e mobilidade, que facilitam a expansão dos fenómenos para uma grande escala. Motivo pelo qual o direito, nacional e internacional, e os próprios juristas deverão, urgentemente, adotar uma perspetiva que procure enfrentar os grandes desafios da Humanidade.

Deste modo, os autores propõem a construção de um “*edifício jurídico para a resiliência*”²⁰, que permita uma alteração de paradigma no desenvolvimento humano, numa lógica de abertura de novos caminhos de colaboração com a biosfera, que constitui o primeiro alicerce do desenvolvimento da sociedade e da qual todos fazemos parte integrante e, por isso, à qual estamos estreitamente ligados.

¹⁶ School of Law, University of California – Irvine, Irvine, California.

¹⁷ U.S. Geological Survey – National Climate Change & Wildlife Center, Reston, Virginia.

¹⁸ Departamento de Direito da Universidade de Estocolmo, Estocolmo, Suécia.

¹⁹ Instituto Beijer de Economia Ecológica; Centro para a Resiliência de Estocolmo, Estocolmo, Suécia.

²⁰ “*Legal resilience building*”.

Torna-se, portanto, imperioso repensar o direito às suas diferentes escalas – local, regional, nacional e internacional –, de forma a permitir uma maior interligação da legislação com os contextos sociais e ecológicos.

Tarsha Eason²¹, Alyson C. Flournoy²², Heriberto Cabezas²³ e Michael A. Gonzalez²⁴ abordam, no **décimo capítulo**, a temática da incorporação da resiliência e da inovação na legislação e nas políticas. Recorda-se, dessa forma, que o conceito de sustentabilidade tem sido vastamente acolhido pela sociedade, pelas políticas e também pelo próprio direito, enquanto medida que garanta para as gerações futuras um legado de viabilidade económica, de justiça social e de proteção ambiental.

Recorda-se, assim, que a preservação dos recursos naturais e dos ecossistemas está diretamente dependente da capacidade de promover uma visão de longo prazo e de assegurar o comprometimento dos políticos em implementar estratégias proactivas para a satisfação das necessidades humanas, de geração para geração. Será, por isso mesmo, essencial que as diferentes abordagens do direito e das políticas tenham em consideração a natureza dinâmica dos sistemas, com base em capacidades tecnológicas e inovadoras, de molde a evitar-se soluções estáticas, incapazes de dar resposta aos desafios e às alterações que se colocam.

Os autores propõem, por fim, neste capítulo uma abordagem através de várias frentes no sentido de preservar a subsistência dos recursos, promovendo a solidariedade intergeracional e o caminho para um futuro mais sustentável.

A necessidade de uma “*legislação adaptativa*” e resiliente é o tema que Craig Anthony Arnold²⁵ e Lance H. Gunderson²⁶ se propõem tratar no **décimo primeiro capítulo**. A questão que se coloca é exatamente em que consiste a legislação adaptativa.

O primeiro passo será estabelecer princípios específicos para a legislação, uma vez que haverá um grande risco em conceitos como “resiliência” ou “legislação adaptativa” tornarem-se vagos e sem qualquer significado, por falta de especificações ou medidas na respetiva implementação e avaliação, podendo ser utilizados de forma indiscriminada para favorecer diversos interesses que sejam contrários aos valores ecológicos. Em segundo lugar, cumprirá estudar de que forma as determinadas características ou mudanças no sistema jurídico podem afetar a resiliência de vários ecossistemas e sistemas sociais, incluindo componentes como as populações de espécies e as comunidades humanas.

Concluem os autores que o ponto de partida de uma análise mais robusta da legislação adaptativa e das suas características será procurar melhorar a sistematização e a integração de “*case studies*” que avaliem a interação dinâmica da multiplicidade de sistemas, ações e forças ao longo do tempo, perante um determinado fenómeno jurídico. A teoria e a prática da legislação adaptativa encontra-se ainda em evolução, perante as contínuas e complexas transformações da natureza e da sociedade, prevendo-se para a doutrina que se dedica a estas matérias um longo caminho de aperfeiçoamento e desenvolvimento das características da legislação adaptativa.

²¹ U.S. Environmental Protection Agency, National Risk Management Research Laboratory, Cincinnati, Ohio.

²² Levin College of Law, University of Florida, Gainesville, Florida.

²³ U.S. Environmental Protection Agency, National Risk Management Research Laboratory, Cincinnati, Ohio.

²⁴ U.S. Environmental Protection Agency, National Risk Management Research Laboratory, Cincinnati, Ohio.

²⁵ Louis D. Brandeis School of Law, University of Louisville, Louisville, Kentucky.

²⁶ Department of Environmental Studies, Emory University, Atlanta, Georgia.

Em jeito de conclusão, a obra termina com uma apreciação geral dos editores, em conjunto com J. B. Ruhl e C. S. Holling²⁷, relativamente ao tema da integração entre a teoria da resiliência social e ecológica e o ordenamento jurídico.

Alertam os autores para a necessidade imperiosa de uma reforma da legislação vigente, no sentido de identificar quais os limiares ecológicos capazes de garantir a resiliência de cada ecossistema. Dever-se-á, neste sede, promover uma estreita interligação entre limiares ecológicos e jurídicos, permitindo a existência de processos interativos de monitorização e recalibração dos referidos limiares, face à contínua atualização da informação disponível, naquilo que tem vindo a chamar-se de abordagem “*rolling rule*” para a gestão dos ecossistemas.

Assim, os passos essenciais para o futuro de uma gestão para a resiliência dos sistemas sociais e ecológicos terão, obrigatoriamente, de se consubstanciar numa urgente reforma legislativa que promova uma gestão adaptativa (participada e tecnicamente informada) dos ecossistemas e assente numa lógica de monitorização, tanto da atividade de gestão como da própria legislação em vigor.

Embora uma grande parte da obra em apreço verse sobre a realidade norte-americana, a mesma representa um relevante contributo para a forma como, nos dias de hoje e em qualquer parte da biosfera, devemos encarar os desafios do direito ambiental e da resiliência dos sistemas sociais e ecológicos. Na verdade, a rigidez dos regimes jurídicos em vigor não se compagina com a complexidade dos sistemas, pelo que os autores que integraram esta coletânea de investigação deixam aos legisladores e à comunidade científica um importante alerta para a necessidade de uma mudança de paradigma. Procurando dar a conhecer as barreiras e as pontes que a “governança” para a resiliência terá pela frente, este estudo abre caminho para uma maior – e urgente – esforço na interação entre a resiliência social e ecológica e a produção das diferentes fontes do direito, perante os sempre novos desafios que se apresentam aos agentes da gestão dos recursos naturais.

Tiago de Melo Cartaxo

*Técnico Especialista no Gabinete do Secretário de Estado do
Ordenamento do Território e da Conservação da Natureza*

²⁷ Department of Biology, University of Florida, Gainesville, Florida.

Droit nucléaire

*Democratie et nucléaire, sous la direction
de Jean-Marie Pontier et Emmanuel Roux,*

Presses Universitaires d'Aix Marseille, Université de Nîmes,
Centre de Recherches Administratives, 2013, 248 páginas

A presente obra compila as comunicações feitas por ocasião do terceiro colóquio «Direito e Nuclear», realizado durante as Jornadas de Estudo de 25 de Outubro de 2012 na Universidade de Nîmes. Ali, diversos investigadores uniram esforços para descortinar as relações entre a Democracia e a Energia Nuclear, mormente o direito que regula esta energia e de que forma a Democracia pode sair reforçada com o avanço dos estudos sobre o Direito Nuclear. Está composta por doze artigos, dos quais se destacam os elaborados por Jean-Marie Pontier, por Marc Léger (que aborda a transparência em matéria nuclear e a protecção dos interesses legítimos) e por Laurence Chabanne-Pouzynin, que trata a apreensão pelos operadores da boa democracia em matéria nuclear.

Como é consabido, a Democracia é uma conquista histórica cuja experiência varia de acordo com as tradições e práticas de cada país. No entanto, se a definição de Democracia é pacífica, o comportamento dos cidadãos, que agem como se se tratasse de algo adquirido, com desrespeito e indiferença, faz perigar a sustentabilidade desta forma de governo.

Face à crise energética e à necessidade de se encontrarem fontes alternativas de energia, mais limpas e rentáveis, as atenções voltam-se para a energia nuclear. Os Governos, apesar da crise económica e financeira que predomina nas suas agendas, vêem-se forçados a tomar uma posição. A energia nuclear pode responder a vários desafios, como o abastecimento energético, a redução da dependência energética dos países europeus e o consequente fortalecimento das suas economias. A própria Democracia pode sair revigorada.

O domínio nuclear, eminentemente técnico e assombrado pelos fantasmas bélicos (Hiroshima e Nagasaki) e pelos desastres industriais de Chernobyl e Fukushima, desperta sentimentos extremos e antagónicos. Na falta de uma definição comumente aceite, o cidadão médio tem dificuldade em compreender o tema e, assim, contribuir com a sua participação.

O desenvolvimento da energia nuclear apresenta riscos: um desastre nuclear tem sequelas a nível da saúde humana e ambiental que se prolongam por vários anos e diversas gerações. Apesar do progresso científico e tecnológico, a segurança mantém-se como um conceito relativo, que nem o Estado, a tecnologia ou os cientistas conseguem garantir totalmente. Como expõe Zhang Li¹, a Humanidade já errou neste domínio, principalmente na escolha do local de instalação das centrais nucleares, erros que poderiam ter sido atenuados com a consideração da opinião de todas as partes com interesse no assunto.

A Democracia e o Nuclear conhecem ligações, que foram alvo da comunicação de Jean-Marie Pontier². Trata-se de um campo fértil de temas de investigação, para desbravar em diversas frentes, mormente jurídica e tecnológica.

¹ Professora de Direito Público na Universidade de Ciência Política e de Direito da China, cuja intervenção se focou na participação do público no domínio nuclear na China.

² Professor na Universidade de Aix-Marseille.

No ordenamento jurídico francês, a noção de «actividade nuclear» é colhida de forma indirecta do artigo L - 1333-1 da Lei relativa à protecção geral da saúde³. Ali se lê: “As atividades que comportem um risco de exposição de pessoas aos raios ionizantes, e aqui denominadas atividades nucleares, emanados seja duma fonte artificial, quer se trate de substâncias ou de dispositivos, seja de fonte natural quando os radionuclídeos naturais são tratados ou foram em questão das suas propriedades radioativas, físeis ou férteis, assim como as intervenções destinadas a prevenir ou reduzir um risco radiológico na sequência de um acidente ou a uma contaminação ambiental (...)”⁴.

O nuclear está presente em numerosos aspectos do quotidiano. Inicialmente teve uma imagem valorativa positiva, invertida mais tarde com os eventos bélicos e os acidentes. A energia nuclear tornou-se num tabu - a energia nuclear reduz-se actualmente à «radioactividade», algo que apenas pode ser prejudicial - que apenas a escassez de energia e a dependência económica da mesma parecem conseguir quebrar.

Ao contrário de outras áreas, a informação abunda e é de qualidade. O cidadão da *aldeia global* tem uma necessidade de informação que os avanços nas tecnologias da comunicação podem suprir. As Democracias reconhecem o valor da informação, consagram-na e protegem-na. Os *media* têm um papel ímpar. Têm a responsabilidade de veicular a informação, através de um discurso verídico e acessível à compreensão geral.

O debate em torno da energia nuclear é indispensável. Todos os que têm interesse na matéria (os que dela podem beneficiar ou ser afectados), devem ter assegurados os seus direitos à informação e à participação. Aos Estados cabe um papel de promotor destes direitos, embora sobre o próprio cidadão recaia o dever de se informar e participar. Apenas o exercício dos direitos os efectiva nas suas esferas jurídicas - altamente desejável é que os cidadãos estejam esclarecidos e informados para fazerem as suas escolhas de forma consciente e deliberada.

Cumpra aos Governos despertar a consciência ecológica e participativa dos cidadãos, cumprindo a estes efectiva-la por meio da sua realização concreta.

Mas a energia nuclear não se limita ao campo bélico. Tem igualmente importantes aplicações na área da medicina (nomeadamente na imagiologia e na radioterapia), bem como no campo energético, que não podem ser desprezadas. Todavia, a imagem do nuclear tem-se reduzido à sua dimensão bélica, devido à sua utilização durante a Guerra-Fria enquanto arma da política de dissuasão.

Na França, a decisão dos poderes públicos de se comprometer com a via da detenção da arma atómica foi feita sob opacidade, processo acelerado com a chegada do General de Gaulle ao poder. A primeira bomba atómica foi testada a 13 de Fevereiro de 1960, em Reggane, no Sahara. Em 1968, França viria a deter a Bomba H. O poderio militar nuclear que confere a este país um dos cinco assentos permanentes no Conselho de Segurança da ONU, perdeu o seu sentido com o fim da Guerra Fria e o reconhecimento de que a política de dissuasão, com base no qual foi construído, não é salutar. A Democracia implica uma moral de actuação pública, um *status-quo* que não se coaduna com o clima de tensão que caracterizou a Guerra-Fria.

³ Lei 2001 - 398, de 9 de Maio de 2001.

⁴ “Les activités comportant un risque d'exposition des personnes aux rayonnements ionisants et ci-après dénommées activités nucléaires, émanant soit d'une source artificielle, qu'il s'agisse de substances ou de dispositifs, soit d'une source naturelle lorsque les radionucléides naturels sont traités ou l'ont été en raison de leurs propriétés radioactives, fissiles ou fertiles, ainsi que les interventions destinées à prévenir ou réduire un risque radiologique consécutif à un accident ou à une contamination de l'environnement (...)” (tradução livre).

Nesta parte, e de acordo com o Relatório «Énergies 2050»⁵, o Estado francês adoptou uma postura exemplar: fechou a produção de material físsil para as armas nucleares, desmantelou centrais nucleares, terminou com as experiências nucleares e subscreveu todos os tratados de desarmamento e de luta contra a proliferação bélica.

A política energética francesa rege-se pelas orientações estabelecidas na lei que estabelece as directrizes para a política energética⁶, destacando-se: contribuição para a independência energética e garantia da segurança do abastecimento energético; assegurar um preço competitivo da energia; preservação da saúde humana e do ambiente; por fim, garantia da coesão territorial e do acesso de todos à energia, cujo consumo é motor do desenvolvimento económico.

A energia faz parte dos bens de primeira necessidade, pelo que aceder a uma fonte de energia de qualidade e a um preço competitivo é importante. A referida lei fixa, neste sentido, quatro eixos de acção (controlar a procura de energia, diversificar as fontes de abastecimento, assegurar os meios de transporte e de abastecimento e favorecer a pesquisa de fontes alternativas de energia) que lhe permitem reduzir a factura energética, aumentar a taxa de independência energética (de 26% em 1973 para 50% em 1980), e reduzir a emissão de gases com efeitos de estufa.

Um dos grandes desafios é a gestão a longo prazo dos resíduos radioactivos. A respectiva lei⁷ dispõe que a gestão sustentável dos materiais e resíduos radioactivos é assegurada com respeito pela protecção da saúde, das pessoas, da segurança e do ambiente.

A política energética francesa é confrontada, portanto, com alguns desafios. A própria Democracia apresenta desafios, ao impor condições como o respeito pelos direitos de informação e de participação dos cidadãos. A transparência em matéria nuclear é determinante para assegurar a sustentabilidade dessa actividade, pois só assim será socialmente melhor aceite. Neste sentido, foram criados o Alto Comissariado para a Transparência e a Informação sobre a Segurança Nuclear e as Comissões Locais de Informação, como se lê no Título III da Lei relativa à transparência e à segurança em matéria nuclear⁸.

No campo da participação, vigora o direito a aceder aos documentos administrativos em matéria ambiental (artigo 7º da Carta do Ambiente de França e o artigo 4º da Directiva 97/11/CE). No patamar colectivo, destaca-se o papel dos partidos políticos, das associações ambientais e dos *lobbies*, um grupo heterogéneo com objectivos particulares distintos que se empenha na procura e conquista do interesse público.

Aqui chegados, estas considerações permitem traçar aquilo que designamos por Democracia ambiental, um regime marcado pela transparência e apoiado na participação dos cidadãos nos processos de tomada de decisão. Esta participação permite decisões mais justas e equitativas.

As questões nucleares relacionam-se, ainda, com o domínio da ética. Democracia, Nuclear e ética revelam as suas ligações intrínsecas e desembocam na necessidade de se obter um consenso. A energia nuclear representa uma oportunidade ímpar, não obstante os riscos associados. A promoção de «fóruns híbridos», marcados pela participação de oradores de diversas áreas é uma solução viável.

⁵ <http://www.strategie.gouv.fr/content/rapport-energies-2050>. O Ministro encarregado da indústria, energia e economia numérica pediu, em 19 de outubro 2011, a Jacques Percebois, professor da Universidade de Montpellier 1, para que este presida uma comissão pluralista e aberta, tendo como vice-presidente Claude Mandil, a fim de levar a cabo uma análise dos diferentes cenários possíveis para a política energética para a França, tendo como horizonte o ano 2050.

⁶ Lei nº 2005 – 781, de 13 de Julho de 2005.

⁷ Lei nº 2006-739, de 28 de Junho de 2006.

⁸ Lei nº 2006-686, de 13 de Junho.

Esta colectânea de estudos incidiu particularmente sobre a França, mas foi dada relevância aos EUA, à China e à África do Sul. Conclui pela indispensabilidade da participação do público, possibilitada pela sua informação, cuja divulgação deve partir de uma atitude pedagógica dos próprios Governos. Se a energia nuclear é uma resposta aos desafios globais das alterações climáticas e do consumo insustentável de energia, deve ser uma resposta obtida de forma ética e democrática.

Por ser oportuno, embora se afaste da obra, traçamos o quadro geral português. Em Portugal, a dependência energética ronda uns preocupantes 90% do consumo total de energia o que se associa à necessidade global de responder ao desafio das alterações climáticas e de redução de outros impactos ambientais. Temos uma riqueza significativa de recursos renováveis (energias eólica, solar e hídrica), sem prejuízo da devida atenção que deve recair sobre a energia nuclear.

A opinião pública portuguesa divide-se em três facções: opositores, defensores e prudentialistas, aqui se incluindo o Governo. A Estratégia Nacional para a Energia assim o denuncia (Resolução do Conselho de Ministros nº 169/2005, de 6 de Outubro).

Apesar do vazio jurídico geral relativamente a este tema, algumas iniciativas legislativas são de registar (em particular, o Decreto-Lei nº 222/2008, de 17 de Novembro⁹). Carecemos de uma reforma global da legislação nacional sobre o sector nuclear, de molde a terminar a insegurança jurídica, a redistribuir as competências de forma coerente e eficaz e a criar uma autoridade reguladora independente. Enquanto Parte da Convenção de Segurança Nuclear, o Estado Português tem a obrigação internacional de criação dessa agência, sendo, actualmente, o único Estado-Membro das Comunidades Europeias que não dispõe de tal autoridade.

Um conjunto de questões, não obstante, permanece por resolver: planeamento estratégico, localização, uso a dar aos recursos nacionais de urânio, inspecção e regulação nuclear. Apenas respondendo a estes desafios, pode o Estado processar a energia nuclear em total segurança para a população e o ambiente¹⁰.

Carlos Sérgio Madureira Rodrigues

*Jurista e Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
(Texto não redigido de acordo com o Novo Acordo Ortográfico)*

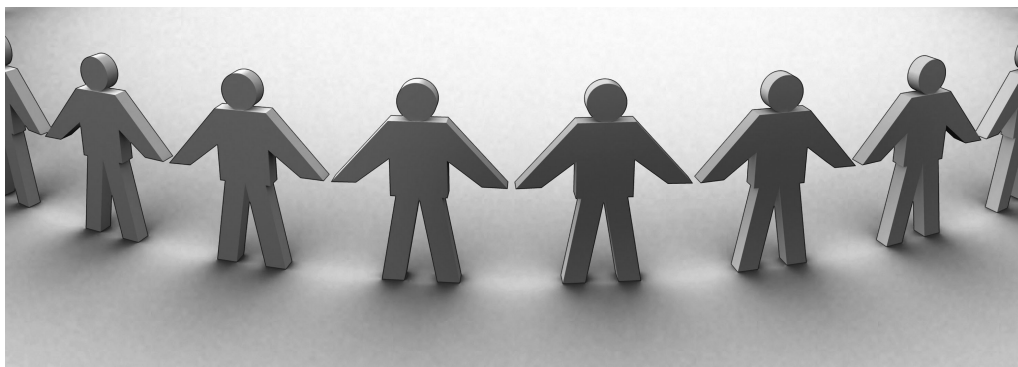
⁹ Transpõe, parcialmente, a Directiva 96/29/EURATOM, do Conselho, de 13 de Maio, que fixa as normas de segurança de base relativas à protecção sanitária da população e dos trabalhadores contra os perigos resultantes das radiações ionizantes (número 1 do artigo 1º).

¹⁰ Neste sentido, vide FERRO, Miguel Sousa, *Consolidação do Direito Nuclear Português*, Outubro 2010, disponível em: http://www.academia.edu/4000566/Consolidacao_do_Direito_Nuclear_Portugues

RevCEDÖUA

Dossier

Educação ambiental e urbana para o desenvolvimento sustentável



1. O reconhecimento da educação como ferramenta indispensável para o desenvolvimento sustentável, não só no plano económico mas também sociocultural e socioambiental, ganhou força desde a declaração da Unesco sobre a educação para o século XXI¹.

Numa sociedade baseada no conhecimento, os grandes desafios sociais exigem dos cidadãos a disposição para aceitar novas responsabilidades sociais e a motivação para desenvolver *novas capacidades* necessárias ao desempenho de *novos papéis* que são exigidos aos cidadãos:

- O papel de *cidadãos guardiões do património comum*, tanto natural como construído²;
- O papel de *cidadãos defensores anónimos do ambiente* contra as mais variadas actividades, públicas e privadas, que vão desde “construções e intervenções no meio natural e na paisagem” até “planos e programas”, susceptíveis de gerar impactes ambientais³;
- O papel de *cidadãos produtores e gestores de resíduos*, a começar nos mais inócuos resíduos biodegradáveis, e a acabar nos resíduos domésticos perigosos⁴;
- O papel de *cidadãos lançadores de alerta* em relação a riscos tecnológicos, climáticos, epidemiológicos ou alimentares⁵.

¹ Aprovada em 1998, pela Unesco. Disponível em: http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_eng.htm.

² Trata-se de uma alusão ao direito-dever de denúncia de danos ambientais ou ameaça iminente desses danos previsto na lei de responsabilidade por danos ecológicos (artigo 18º do Decreto-lei n.º 147/2008, de 29 de Julho).

³ Referimo-nos, naturalmente, ao direito de participação nos procedimentos de avaliação de impacto ambiental (artigo 15º do Decreto-Lei n.º 151-B/2013, de 31 de outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 47/2014, de 24 de março) e de avaliação estratégica (artigo 3º do Decreto-Lei n.º 232/2007 de 15 de Junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 58/2011, de 4 de Maio).

⁴ A lei dos resíduos estabelece expressamente o “princípio da responsabilidade do cidadão”: “os cidadãos contribuem para a prossecução dos princípios e objectivos referidos nos artigos anteriores, adoptando comportamentos de carácter preventivo em matéria de produção de resíduos, bem como práticas que facilitem a respectiva reutilização e valorização” (artigo 8º do Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17 de Junho).

⁵ Em França, o regime jurídico dos lançadores de alerta protege, desde 2013, todas as pessoas que, de boa-fé, tornem pública ou difundam uma informação sobre um facto, um dado ou uma acção sempre que o desconhecimento pareça poder criar um risco grave para a saúde ou o ambiente (Lei n.º 2013-316 de 16 abril de 2013 relativa à independência das perícias em matéria de saúde e ambiente e sobre a protecção dos lançadores de alerta http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=o&dateJO=20130417&numTexte=1&pageDebut=06465&pageFin=06466).



2. Em matéria ambiental, o acesso à informação e a participação dos cidadãos têm beneficiado do impulso determinante da Convenção de Aarhus⁶. Esta Convenção, verdadeiro bastião de transparência e abertura, influenciou determinantemente instrumentos jurídicos fundamentais, como a lei de prevenção e controlo integrados da poluição, ou a lei de prevenção de acidentes industriais graves. Ora, um dos fins da Convenção é justamente “encorajar uma maior sensibilização do público e a sua participação nas decisões que afectam o ambiente e o desenvolvimento sustentável”⁷. Para o efeito, “cada Parte promoverá a educação e a sensibilização do público em matéria de ambiente, em especial no que respeita ao acesso à informação, à participação no processo de tomada de decisão e ao acesso à justiça em matéria de ambiente”⁸. Mais do que um mero instrumento de cidadania ambiental, a Convenção de Aarhus tem sido uma ferramenta crucial na democratização da sociedade.

Em todos os países, e muito especialmente nos países em vias de desenvolvimento, a educação pode induzir verdadeiras mudanças sociais, difíceis de concretizar “por decreto”. Educar para a cidadania e para uma participação activa na sociedade, pode contribuir muito eficazmente para o progresso social e para a consolidação dos direitos humanos, da democracia e da paz.

3. E não são só os estabelecimentos de ensino formais a ter a responsabilidade da educação para a sustentabilidade. Segundo Luísa Schmidt, Joaquim Gil Nave e João Guerra, existem outros atores que contribuem para os processos de formação da cidadania ambiental: a administração local, organizações não-governamentais de ambiente, equipamentos e parques temáticos e empresas, são algumas das entidades envolvidas na formação, informação e capacitação dos cidadãos⁹.

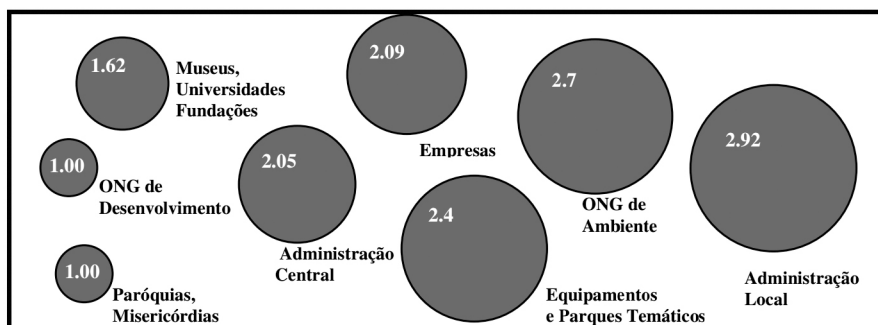
⁶ Proposta pelo Comité das Nações Unidas para a Europa, celebrada em 25 de Junho de 1998, e tendo entrado em vigor em 2001.

⁷ Parágrafo 14 do Preâmbulo da Convenção.

⁸ Artigo 3º, n.º 3 da Convenção.

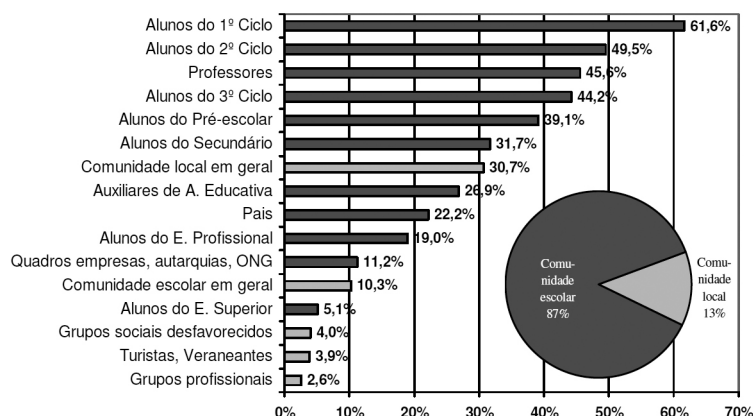
⁹ O papel das organizações não escolares na promoção da Educação Ambiental: O caso português. IV Congresso Astur-Galaico de Sociologia, A Coruña 2007, pág. 8 (disponível em <http://www.ics.ul.pt/rdonweb-docs/07%20-%200%20papel%20das%20organiza%C3%A7oes%20nao%20escolares.pdf>).

Média de projectos recenseados por tipo de instituição



Além da comunidade escolar, uma percentagem não desprezível dos beneficiários das acções de educação ambiental são grupos sociais que não estão de qualquer forma ligados a estabelecimentos de ensino, como grupos sociais desfavorecidos, turistas, grupos profissionais, etc.¹⁰.

Destinatários das acções de educação ambiental



Na própria Lei de Bases do Ambiente¹¹ a educação ambiental surge como um princípio material do ambiente que “obriga a políticas pedagógicas viradas para a tomada de consciência ambiental, apostando na educação para o desenvolvimento sustentável e dotando os cidadãos de competências ambientais num processo contínuo, que promove a cidadania participativa e apela à responsabilização, designadamente através do voluntariado e do mecenato ambiental, tendo em vista a proteção e a melhoria do ambiente em toda a sua dimensão humana”.

Deste modo, a cidadania ambiental é definida na Lei de Bases como o “dever de contribuir para a criação de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e, na **ótica** do uso eficiente dos recursos e tendo em vista a progressiva melhoria da qualidade vida, para a sua proteção e preservação”.

¹⁰ Idem, pág. 11.

¹¹ Lei n.º 19/2014, de 14 de abril.



4. A educação assume igualmente um lugar de destaque no âmbito das políticas públicas de ordenamento do território e do urbanismo.

Não admira por isso que o Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território e do Urbanismo (PNPOT), aprovado pela Lei n.º 58/2007, de 4 de setembro tenha estabelecido no seu Programa de Ação, como objetivo estratégico a alcançar, *o reforço da qualidade e da eficiência da gestão territorial por via da promoção da participação informada, ativa e responsável dos cidadãos e empresas* (objetivo estratégico 6), objetivo esse que, por sua vez, se decompõe num conjunto variado de objetivos específicos, designadamente (i) o de produzir e difundir o conhecimento sobre o ordenamento e o desenvolvimento do território; (ii) o de promover a participação cívica e institucional nos processos de ordenamento e desenvolvimento territorial; (iii) e o de incentivar comportamentos positivos e responsáveis face ao ordenamento do território.

Partindo do princípio de que o ordenamento do território pode ser um instrumento mobilizador da intervenção responsável da sociedade nas trajetórias do seu desenvolvimento, o PNPOT apresenta, como pilares para uma adequada educação urbana e ambiental a *informação*, a *participação dos cidadãos* nos processos de tomada de decisões com reflexos no território e no ambiente e a *formação dos técnicos e dos decisores* nestes domínios.



5. O relevo da *informação* decorre da constatação de que cidadãos bem informados são parte interessada e capacitada para participar nas decisões e na resolução dos problemas de caráter

territorial, tornando indispensável a promoção de uma visão atualizada destes problemas, recorrendo ao conhecimento científico e às modernas tecnologias de informação e comunicação e a incorporação desta temática em diversas áreas de ensino e de formação cultural.

É dentro desta lógica que o PNPOT apresenta, como medidas prioritárias, entre outras:

- O desenvolvimento de ações de sensibilização, educação e mobilização dos cidadãos para uma cultura valorizadora do ordenamento do território, do urbanismo, das paisagens e do património em geral;
- A introdução e o reforço, nos programas dos vários graus de ensino, dos princípios orientadores de boas práticas de ordenamento e qualificação do território;
- O estímulo e a participação dos jovens em ações de ordenamento do território, nomeadamente no quadro do Programa Nacional da Juventude e do Voluntariado Jovem;
- O fomento da investigação e da inovação na área do ordenamento do território e do urbanismo, nomeadamente através da instituição de bolsas de estudo e prémios especiais;
- A divulgação de boas práticas em ordenamento do território e urbanismo e o incentivo da participação em concursos, para atribuição de prémios a nível internacional.



**TERRITÓRIO
PORTUGAL.**

**Programa Nacional da Política
de Ordenamento do Território**

Ministério do Ambiente, do Ordenamento
do Território e do Desenvolvimento Regional



6. Por sua vez, partindo dos princípios da *participação procedimental* e da *democracia participativa* consagrados na lei fundamental, o PNPOT assume que o desenvolvimento sustentável dos territórios deve ser feito tendo por base a adoção de metodologias participativas asseguradas através da intervenção efetiva dos cidadãos e empresas nos procedimentos de elaboração, execução, avaliação e revisão dos instrumentos de gestão territorial. Apenas deste modo se alcançará o objetivo de reforçar a cidadania ativa e de melhorar a qualidade e eficiência dos instrumentos de planeamento.

Nesta lógica determina o PNPOT:

- o reforço dos mecanismos de acesso à informação no âmbito da elaboração dos instrumentos de gestão territorial, conduzindo a uma maior corresponsabilização e envolvimento da sociedade civil;
- a integração dos princípios e orientações das Agendas 21 Locais nos instrumentos de desenvolvimento e gestão territorial e incentivar a cooperação aos níveis local e regional, recorrendo nomeadamente à institucionalização de parcerias, à contratualização e à implementação de Programas de Ação Territorial;

- a revisão dos modelos de acompanhamento e de participação previstos na legislação em vigor, no sentido de garantir o maior envolvimento das entidades públicas e das organizações económicas, sociais, culturais e ambientais desde a fase inicial de definição do conteúdo e das principais opções desses instrumentos.



7. Tendo em conta o relevo da informação na formação e educação e, deste modo, na sensibilização da população para os problemas territoriais, urbanos e ambientais, terá de se concluir que os mesmos funcionam como relevantes alavancas para garantir a eficácia das políticas públicas que os visam resolver.

A informação deve ser, no entanto, não apenas passiva (o cidadão que acede à informação), mas ativa, considerando-se como tal todas as ações empreendidas pelas entidades públicas no sentido de promover *sponte sua* o acesso à informação administrativa, legislativa ou jurisdicional com relevo nestes domínios.

Refira-se o papel, entre nós, da Agência para a Modernização Administrativa, precisamente o órgão responsável pela promoção e divulgação de informações detidas pelo setor público, existindo um portal nacional de dados abertos. O website *dados.gov.pt* está operacional desde novembro de 2011 e já conta com cerca de 500 conjuntos de dados, em mais de 10 categorias diferentes, embora sejam poucos os dados referentes às áreas que aqui nos interessam.

Categorias de informação	Fornecedores da informação
<i>Administração Interna</i>	Agência para a Modernização Administrativa
<i>Administração Local</i>	Câmara Municipal de Lisboa
<i>Agricultura e Pescas</i>	CARRIS
<i>Ambiente Geografia e Ordenamento</i>	CCDR-Centro
<i>Cultura</i>	Comissão Nacional de Eleições
<i>Defesa e Negócios Estrangeiros</i>	Direção Geral do Orçamento
<i>Economia e Finanças</i>	Direção Geral das Autarquias Locais
<i>Educação Ciência e Tecnologia</i>	Direção Geral de Política de Justiça
<i>Emprego e Segurança Social</i>	Fundação para a Computação Científica Nacional
<i>Estatísticas Gerais</i>	Gabinete de Estatística e Planeamento da Educação
<i>Governo, Eleições e Assuntos Parlamentares</i>	GPEARI - MCTES
<i>Justiça e Tribunais</i>	Instituto da Construção e do Imobiliário
	Instituto de Meteorologia
	Instituto de Registo e Notariado
	Instituto Geográfico Português
	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
	Instituto Nacional de Estatística
	Procuradoria Geral da República

Mais recentemente, o Portal do Software Público, lançado em julho de 2013, promove a disponibilização e partilha de Software livre e de Código Aberto, servindo também para a partilha de Boas Práticas.

Fica assim demonstrado o potencial que este tipo de instrumentos detém no âmbito de uma informação ativa.

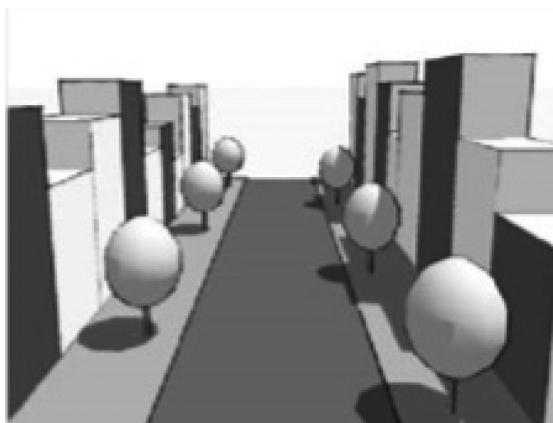
No que concerne aos instrumentos de planeamento territorial, os mesmos podem atualmente ser consultados no Sistema Nacional de Informação Territorial (SNIT), desenvolvido e gerido pela Direção Geral do Território. Com a entrada em funcionamento deste sistema, em janeiro de 2008, concretizou-se um dever do Estado que se encontra previsto no quadro legal português do ordenamento do território e do urbanismo desde 1998, e que é instrumental para o bom funcionamento do sistema de planeamento territorial e para o exercício do direito de acesso dos cidadãos à informação sobre o território nacional e o estado do seu ordenamento.

O SNIT começou por proporcionar o acesso em linha a todos os Planos Diretores Municipais do Continente, bem como à Carta do Regime de Uso do Solo do Continente, à Carta das Unidades de Paisagem de Portugal Continental e ao Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território.

Estes conteúdos iniciais foram sucessivamente ampliados até o SNIT passar a incluir todos os instrumentos de planeamento do território em vigor que se encontram registados ou depositados na Direção Geral do Território.

Entretanto as peças gráficas dos instrumentos de planeamento do território passaram a poder ser visualizadas através de uma ligação informática permanente entre o Diário da República Eletrónico e o SNIT, resolvendo-se definitivamente o problema da falta de legibilidade das peças gráficas publicadas.

Pretende-se ainda, neste domínio, e a curto prazo, que entre em funcionamento um novo visualizador de informação territorial, suportado na tecnologia mais recente, que deverá tornar o SNIT mais amigável para os diferentes tipos de utilizadores e proporcionar condições para a disponibilização de novos serviços (WFS¹²) e de nova informação sobre a gestão territorial e o estado de ordenamento do território português.



8. Uma eficaz educação urbana e ambiental depende muito da linguagem utilizada não apenas nos instrumentos de divulgação da informação mas também na lei e nas comunicações e formulários administrativos.

Se a lei é muitas vezes inevitavelmente complexa, nada impede a sua “tradução” em linguagem mais simples, através de orientações, manuais, de perguntas e respostas, etc.

Uma linguagem clara é aquela que permite aos seus destinatários perceber, logo numa primeira leitura, o sentido da informação e, por isso, a que usa apenas as palavras necessárias e a que é direta e simples (pensada à medida de um destinatário de compreensão média). Dos manuais de formação neste domínio constam, frequentemente, orientações tais como a de evitar frases negativas e complexas, a de evitar termos em desuso e rebuscados, a de empregar a voz ativa ou a de testar a acessibilidade da comunicação junto do público-alvo.

A utilização de linguagem simples e clara é um importante princípio de simplificação e transparência administrativas que tem como objetivo facilitar o conhecimento dos direitos e deveres associados a um determinado “evento de vida”¹³.

Deste modo, os cidadãos e a Administração pública desperdiçam menos tempo e dinheiro com esclarecimentos e reclamações, favorecendo-se ainda uma aplicação da lei mais normalizada, por se evitarem interpretações avulsas e distintas por parte de diferentes serviços públicos.

Tratando-se de *serviços eletrónicos* ^{3/4} como os que são utilizados com frequência nos domínios do ordenamento do território, do urbanismo e do ambiente ^{3/4} a importância do uso de linguagem simples e clara torna-se ainda maior, visto que o apoio ao cidadão que os utiliza é por natureza remoto.

¹² O *web feature service* é um dos serviços especificados pelo Open Geospatial Consortium para acesso e manipulação de dados geográficos na Web.

¹³ O conceito de “evento de vida” consiste no agrupamento de um conjunto de serviços públicos, geralmente fornecidos por diversas entidades governamentais, mas que são disponibilizados aos cidadãos de forma única e integrada, permitindo-lhes realizar serviços relacionados com uma determinada atividade, com rapidez e comodidade. É o caso, a título de exemplo, do evento “criação de empresas” que consiste na disponibilização, de forma integrada e eletrónica, dos vários serviços da responsabilidade de várias entidades necessários para o efeito.



9. As novas tecnologias representam um importante passo para o aperfeiçoamento do direito de acesso à informação e têm contribuído para uma melhoria considerável na participação cívica dos cidadãos nas políticas territoriais e ambientais.

A este propósito devem privilegiar-se as abordagens multicanal, as quais permitem ao cidadão escolher o canal que lhe é mais conveniente ou até eventualmente iniciar o processo num canal e acompanhá-lo em qualquer outro.

Como facilmente se pode concluir, a adoção de medidas deste tipo, assente em novos suportes, modelos e canais de comunicação, facilitam uma maior *transparência da administração para os cidadãos*, potenciando que estes acompanhem os procedimentos que lhes dizem respeito.

As novas tecnologias vieram, assim, incrementar o acesso ativo do direito à informação com todas as vantagens daí decorrentes. Em primeiro lugar, os interessados podem aceder à informação em qualquer altura, em qualquer lugar e sem custos associados. Para além disso, não são necessários, na maior parte das vezes, quaisquer funcionários para auxiliar o interessado, o que implica uma economia de recursos. Por outro lado, o acesso é claramente mais rápido visto não ser necessária a deslocação a qualquer serviço.

No entanto, a utilização de novas tecnologias não é imune a vários perigos.

Por um lado, não é universal nem acessível a todos, uma vez que o acesso à internet não é garantido a todos os cidadãos e, para além disso, sendo um meio de comunicação recente, nem todos os cidadãos, principalmente os mais velhos, conseguem aceder a este meio. Por isso, ou são promovidos meios de combate à iliteracia digital ou então devem ser garantidos meios alternativos para aqueles que não estejam em igualdade de condições, sob pena de exclusão de um número significativo de pessoas.

Por outro lado, eventuais falhas no sistema e fugas de informação podem minar a confiança que os administrados tenham no sistema e afastá-los desse recurso.

As novas tecnologias e o acesso à informação têm suscitado ainda outros problemas relacionados com espionagem, acesso indevido a dados pessoais e ameaças à segurança interna dos Estados.

10. A educação urbana passa também por capacitar os técnicos e os decisores políticos para a utilização de novas tecnologias e de novos processos de tomada de decisões, substituindo os meios e os instrumentos tradicionais (essencialmente de cariz autoritário), por outros que apelem para uma atuação administrativa de governação partilhada e concertada com vista a encontrar soluções consistentes, capazes de se assumirem como plataformas para dirimir conflitos, consensualizar soluções e operacionalizar ações. O domínio, por exemplo, de técnicas de negociação, é uma nova exigência a que técnicos e decisores não se podem



furtar, para mais numa época em que reconhece não disporem, o Estado e os municípios, de recursos, nomeadamente financeiros, que lhes permitam fazer face aos novos problemas que hoje se levantam ao desenvolvimento equilibrado das cidades, num contexto económico incerto e num quadro de competitividade global.

Em conclusão, a gestão pública do ordenamento do território, do ambiente e do urbanismo terá de se tornar mais flexível, participada e aberta à expressão e à procura da convergência e da compatibilização dos vários interesses públicos e privados que se exprimem no território e nas cidades, sem perder de vista o papel regulador, programador e coordenador, da Administração. Isto exige dos intervenientes públicos um conjunto de novos saberes, em especial o de estimular e gerir as oportunidades de desenvolvimento.

As dificuldades associadas à condução e concretização de processos de desenvolvimento urbano assentes em bases negociais e na governação multi-níveis, mesmo nos casos que reconhecidamente devem ser assumidos como boas-práticas, são evidência bastante da necessidade de haver uma preparação técnica para gerir este tipo de atuações, única via que permitirá evitar o abandono dos processos (ainda que mais morosos e de resultados menos imediatos) de negociação urbanística.

A educação urbana e ambiental, nesta vertente de formação técnica, facultará aos decisores as ferramentas que permitam:

- aumentar o nível de compreensão das motivações e das expectativas que orientam a atuação de cada participante no processo negocial e dos conteúdos das soluções propostas por cada parte;
- conferir maior eficácia ao diálogo;
- ter maior respeito pelas posições alheias e maior abertura a considerá-las ativamente na solução final;
- obter uma maior partilha de informação substantiva e uma maior identificação de todos com as soluções finais acordadas.

Em suma, a educação urbana permitirá constituir uma Administração *pro-activa* (e não meramente reativa) e *competente*, isto é, politicamente esclarecida quanto aos objetivos de política pública que persegue, tecnicamente suportada para poder reagir às propostas surgidas no decurso da negociação e que saiba avaliar oportunidades, selecionar parceiros, estabelecer objetivos, conduzir processos negociais e formalizar acordos.



11. Uma formação contínua ao longo da vida, através do desenvolvimento de uma cultura cívica, contribui sem margem para dúvidas, para potenciar a informação e por consequência a participação ativa daqueles a quem as decisões dizem respeito.

Neste sentido, a educação para a cidadania, formando pessoas responsáveis, respeitadoras, autónomas, solidárias, dotadas de espírito crítico e democrático para que possam fazer valer os seus direitos, nomeadamente, no âmbito do planeamento urbano, é uma exigência incontornável para transformar as nossas cidades em polos de desenvolvimento sustentável.

Neste contexto existem já alguns mecanismos pertinentes de formação para a cidadania, destacando-se, como exemplo, a Rede Territorial Portuguesa das Cidades Educadoras, que assinaram a Carta das Cidades Educadoras, defendendo os seus princípios. Este documento, criado no âmbito da Declaração de Barcelona de 1990¹⁴, reúne um conjunto de 20 princípios essenciais, tais como o de que *“todos os habitantes de uma cidade terão o direito de usufruir, em condições de liberdade e igualdade, dos meios e oportunidades de formação, desenvolvimento pessoal e entretenimento que a cidade oferece...”* ou o de que *“a cidade deverá encarar as oportunidades de formação de modo global. O exercício das competências em matéria educativa será levado a cabo dentro de um contexto mais amplo de qualidade de vida, de justiça social e de promoção dos seus habitantes”*. A ideia fundamental é a de ver a cidade como um espaço de educação permanente, promovendo a educação contínua dos seus cidadãos¹⁵.

Acredita-se que a cidade deve exercer uma função educadora, em paralelo com as que já exerce, de cariz económico, social e de prestação de serviços *«tendo em vista a formação, promoção e desenvolvimento de todos os seus habitantes. Deve ocupar-se prioritariamente com as crianças e jovens, mas com a vontade decidida de incorporar pessoas de todas as idades, numa formação ao longo da vida»*¹⁶.

A lógica que aqui está subjacente é a de uma Educação Urbana por via da qual se transmite à população os conhecimentos técnicos necessários para uma melhor compreensão das várias formas de intervenção na cidade e, desta forma, seja corretamente informada e estimulada para que possa participar de forma consciente, crítica e responsável de modo a alcançar o bem-estar individual e coletivo.

A Educação Urbana deve, assim, *“contribuir para preparar cada um para o exercício de convivência no espaço público. Deve mostrar a necessidade de o indivíduo se deslocar para*

¹⁴ A Carta das Cidades Educadoras foi aprovada pelas cidades representadas no Congresso Internacional das Cidades Educadoras, promovido em novembro de 1990 em Barcelona, as quais fundaram igualmente a Associação Internacional das Cidades Educadoras.

¹⁵ Vide <http://www2.cm-evora.pt/evoracidadeeducadora/PDF/desdobravel%20Rede%20Portuguesa.pdf>.

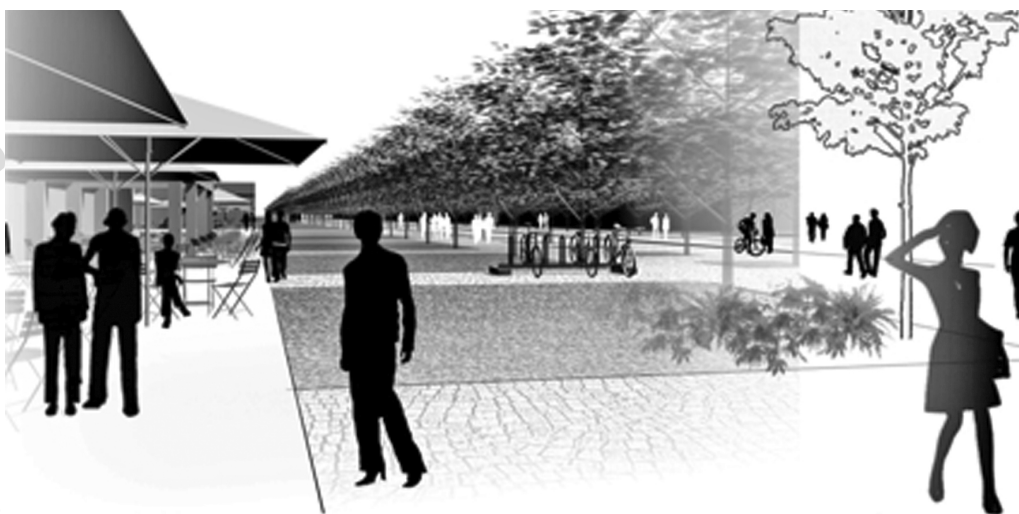
¹⁶ Vide Preâmbulo da Carta das Cidades Educadoras in <http://www.cm-evora.pt/NR/rdonlyres/00004ead/awtuvhe-zgywlwffaxvjxlizxmcmct/Cartadascidadeseducadoras.pdf>.

a ótica do coletivo; deve sensibilizar a todos sobre a interferência das construções privadas e públicas sobre a qualidade do espaço público; deve acentuar a necessidade de preservar o patrimônio cultural, as áreas livres e o ambiente natural¹⁷.

E, de facto, cada vez se exige mais colaboração dos cidadãos na realização dos objetivos ambientais. Da separação dos resíduos domésticos, a técnicas de poupanças de água, passando por medidas de autoproteção em função dos níveis de ozono ou de poupança energética, os cidadãos devem ser, cada vez mais, quase especialistas em gestão ambiental para poder adotar um comportamento considerado cívico.



12. Terá, desde modo, de se fazer um esforço para se substituir um modelo de «*sociedade cada vez mais competitiva, consumista, desgastante e tendencialmente anônima*»¹⁸, por um outro em que todos e cada um dos cidadãos assumam responsabilidade pelo que surge à sua volta, criando laços de solidariedade e co-responsabilidade imprescindíveis para que o Homem consiga criar patamares de sobrevivência aceitáveis no mundo em que vivemos.



Alexandra Aragão

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Fernanda Paula Oliveira

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Alice Sobral Conde

Mestre em Ciências Jurídico Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹⁷ Vide **Pedro LESSA**, in «Urbanismo e Educação» (http://www.olharvirtual.ufrj.br/2006/index.php?id_edicao=126&id_tp=3&codigo=06_08_10).

¹⁸ Vide **Maria da Glória GARCIA**, «O Direito do Urbanismo: Entre a Liberdade Individual e a Política Urbana», Revista Jurídica de Urbanismo e Ambiente, 13 (Ano VII), junho, Coimbra – 2000. p. 99 e ss.

RevCEDÖUA

Abstracts

The legal debate over fracking in Spain

It is still uncertain whether there are unconventional hydrocarbons in Spain that could be exploited by resorting to hydraulic fracturing (fracking). In the last years there has been an avalanche of applications for the carrying out of drilling searching for those hydrocarbons. Those operations have caused anxiety among different groups of Spanish society, in particular in Northern Spain where several movements have rejected this technique. This debate has also reached the regional parliaments with diverse results as explained in this contribution. The debate has forced the Spanish authorities, i.e., Autonomous Communities and the central government, to intervene. In twelve months, several laws have been adopted imposing constraints for the carrying out of hydraulic fracturing. This contribution aims to study the basic aspects of these legal developments and critically analyse the content of the different laws. Spain is a decentralized State and this matter leads to a debate regarding the distribution of powers between the State and the Autonomous Communities. In fact, the Constitutional Court has already annulled for this reason the first regional law. Still, it seems that such a complex problem should be addressed by the law from broader perspectives.

Keywords: Sustainable development, mining and energy; non-conventional hydrocarbons. Hydraulic fracturing. Country planning; prevention and precautionary principle.

René Javier SANTAMARÍA ARINAS

Senior Lecturer in Administrative Law, University of La Rioja (Spain)

Legal regime of industrial emissions - Reflections in the administrative procedure in national environmental legislation

The European Union defines the new rules to the industrial activities with a major pollution potential, in order to prevent, reduce and as far as possible eliminate pollution arising from industrial activities in compliance with the 'polluter pays' principle and the principle of pollution prevention.

This regime establishes a permit procedure and lays down requirements, in particular with regard to discharges. The objective is to avoid or minimize polluting emissions in the atmosphere, water and soil, as well as waste from industrial and agricultural installations, with the aim of achieving a high level of environmental and health protection.

The transposition by Portuguese authorities brings a new approach to the administrative procedure. This legal regime uses private entities in the process pre-administrative phase, using accredited entities and verifiers in order to contribute to efficient and effective administration.

The use of electronic means for licensing activities and control emissions were the solution found for Portuguese authorities in order to simplify and clarify the rules, contributing to reduce unnecessary administrative burden and to achieve a high level of protection of the environment taken as a whole, which is the major objective.

Keywords: industrial emissions; industrial activities, integrated prevention and control of pollution (IPPC); BAT – Best Available Techniques, baseline report; Pollution; Emission Limit Value (ELV).

Sofia Sá

Jurist, research assistant in CESUR, Center for Urban and Regional Systems of IST – Instituto Superior Técnico da Universidade de Lisboa.

Professor invited of the discipline of law urbanism, planning and environment. Presently is Advisor of the executive board of Cascais Ambiente, EMAC – Environment Municipal Company of Cascais.

“Technological risk prevention and invention protection: an (un)bearable balance?”

The exchange of information is one of the most effective mechanisms for technological risk prevention regarding industrial accidents. It is considered that this kind of information has a complex content, divided into four distinct phases: the first one regards information about the prior moment of an accident; the second phase regards information about the moment and the circumstances of the accident; the third moment regards the necessary information about the containment of the accidents' effects; and the final phase regards the needed information to develop future legal standards. Not all the information is free and, sometimes, industrial secrecy and industrial property rights protect its access. However, the level of protection given by these restrictions may, in some cases, be in conflict with prevention goals, particularly when some legislation establishes the obligation to transmit information about hazardous substances and demands the implementation of the best available techniques. The invention protection given by patent rights could inhibit the prevention goals to be reached and therefore it should be possible to balance them through compulsory mechanisms of information disclosure. These mechanisms may include the issuance of compulsory patent licences or expropriation of patents.

Keywords: prevention; technological risks; environmental information; invention protection; best available techniques.

Rita Maurício

Doctoral Student at University of Coimbra, Faculty of Law

PhD Researcher financed by the Portuguese Foundation for Science and Technology, I. P.

Environmental infraction law liability A brief outline of the regime instated under articles 8 and 11 of Law nr. 50/2006, of the 29th of August

Environmental infraction law liability is from a technical perspective one of the most demanding fields in Portuguese punitive law and poses a series of practical implications in our everyday life.

In this context, Law nr. 50/2006, of the 29th of August, also known as the Environmental Infraction Framework Law, foresees an ambitious, we dare say bold, approach towards legal person liability, founded on two governing principles.

Firstly, this law provides a wide concept of legal person liability which not only includes the traditional or classic model but also the functional and representative models of imputation. This is a big step forward given the way legal bodies carry out their economic and environmental activities, ever so complex and ever so difficult to monitor.

Secondly, this law envisions the possibility of joint responsibility (liability based on solidarity) for the payment of the fine levied upon legal persons (justified as civil responsibility). This legal choice which will surely be subject to fierce litigation in the near future, poses many concerns in light of the principles of equality, of guilt and non-transmissibility of penalties as provided for in the Portuguese Constitution.

With this paper, we wish to uncover as critically and thoroughly as possible each legal provision of the regime mentioned above. For this effect, we call upon the most authorized voices of our doctrine without losing sight of the valuable teachings of our jurisprudence. Finally, and whenever possible, we lend a few interpretative clues which we hope prove useful in this debate.

Keywords: environmental infractions; responsibility; legal person; liability based on solidarity; civil responsibility.

Edward Aguiar de Andrade

Jurist

Legal Official of the Portuguese Institute of Nature Conservation and Forestry

(Pre)Tensions over the sea towards a global governance of the oceans

The definition of economically and environmentally sustainable criteria, which are politically acceptable by States, must be a priority for a Public International Law concerned with peace, development and justice. Starting from a transdisciplinary analysis, we consider different alternatives for the governance of marine resources. Classic solutions usually imply liberalizing access to these resources, or attributing exclusive rights of access to these. This translates into a debate close the one held four centuries ago regarding navigation rights. Even the legal regime coming out of Montego Bay is based on a notion of sovereignty that is slowly becoming obsolete, and inspired by private law frames of thought that have been incapable of dealing with the need to find agreements between multiple parties.

We believe these models are outdated. The concepts lawyers have been providing are not adequate and the strategies adopted many the States have been often damaging to their own interests. In this context, we look forward to the development and political acceptance of bolder legal alternatives for the governance of the oceans. We have reasons to believe that the notions of common heritage of mankind and of subsidiarity have yet to be duly explored to their ultimate consequences, and thus we consider it is possible to build a model capable of articulating the role of States with the international vocation of the oceans.

Keywords: Law of the Sea; Global Governance; Common Heritage of Mankind

Ary Ferreira da Cunha

Researcher at the Center for Legal and Economic Research (CIE) of the University of Porto and PhD Researcher financed by the Portuguese Foundation for Science and Technology.

*RevCED*ÖUA

Últimas Aquisições
Bibliográficas

AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE

O ar que respiramos: melhorar a qualidade do ar na Europa / Agência Europeia do Ambiente. - Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2013. (Sinais da AEA, 2013, 1831-2721). <http://dx.doi.org/10.2800/95932>

ISBN 9789292133788

DOI 10.2800/95932

ANDRADE, Paulo Adriano Gonçalves Berardo de

O direito, o ambiente e a mobilidade sustentável: aspetos jurídicos da mobilidade em bicicleta / Paulo Adriano Gonçalves Berardo de Andrade. - Coimbra: [s. n.], 2012. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Maria Alexandra Sousa Aragão.

BAPTISTA, Diana de Abreu Alves

Reabilitação urbana: poderes da administração vs. garantias dos particulares / Diana de Abreu Alves Baptista. - Coimbra: [s.n.], 2013. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Fernanda Paula Oliveira.

CARDOSO, Fernando José Correia

Aspectos jurídicos do regime de conservação e de gestão dos recursos da pesca previsto na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar / Fernando José Correia Cardoso. - [S.l.]: Coimbra Editora, 2009. Sep. de: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, A. 6 (2009).

COLAÇO, Amadeu

Reforma do novo regime do arrendamento urbano: guia prático / Amadeu Colaço. - 6ª ed., reimp. - Coimbra: Almedina, 2013. (Guias práticos).

ISBN 9789724050973

COMISSÃO EUROPEIA

Ambiente: um ambiente saudável e sustentável para as futuras gerações / Comissão Europeia. - Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2013. (Compreender as políticas da União Europeia).

<http://dx.doi.org/10.2775/51650>

ISBN 9789279239625

DOI 10.2775/51650

COMISSÃO EUROPEIA

Energia: uma energia sustentável, segura e a preços acessíveis para os europeus / Comissão Europeia. - Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2013. (Compreender as políticas da União Europeia).

<http://dx.doi.org/10.2775/49187>

ISBN 9789279241307

DOI 10.2775/49187

COMISSÃO EUROPEIA

«Europa 2020»: a estratégia europeia de crescimento: para um futuro sustentável e gerador de emprego / Comissão Europeia. - Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2013. (Compreender as políticas da União Europeia).

<http://dx.doi.org/10.2775/40835>

ISBN 9789279239861

DOI 10.2775/40835

COMISSÃO EUROPEIA

Pescas e assuntos marítimos: salvaguardar o futuro dos nossos mares / Comissão Europeia. - Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2013. (Compreender as políticas da União Europeia).

<http://dx.doi.org/10.2775/53065>

ISBN 9789279240102

DOI 10.2775/53065

COMISSÃO EUROPEIA. Agência de Execução para a Competitividade e a Inovação

Eco-innovation: greener business through smart solutions / European Commission. Executive Agency for Competitiveness and Innovation. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013. (Eco-innovation).

<http://dx.doi.org/10.2826/29896>

ISBN 9789292021016

DOI 10.2826/29896

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente

Environmental Liability Directive: protecting Europe's natural resources / European Commission. Directorate-General for Environment. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013. (Environment).

<http://dx.doi.org/10.2779/28060>

ISBN 9789279297533

DOI 10.2779/28060

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente

Hard surfaces, hidden costs: searching for alternatives to land take and soil sealing / European Commission. Directorate-General for Environment. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013. (Environment).

<http://dx.doi.org/10.2779/16427>

ISBN 9789279305504

DOI 10.2779/16427

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Investigação e da Inovação

European Green Cars Initiative: towards an electric future? / European Commission. Directorate General for Research and Innovation. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012. (Research and innovation).

<http://dx.doi.org/10.2777/13660>

ISBN 9789279261947

DOI 10.2777/13660

COMISSÃO EUROPEIA. Direção-Geral da Investigação e da Inovação

More efficient - less polluting: how 20 years of EU research cleaned up the internal combustion engine, and made it drive better / European Commission. Directorate General for Research and Innovation. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012. (Research and innovation).

<http://dx.doi.org/10.2777/1429>

ISBN 9789279262272

DOI 10.2777/1429

COMISSÃO EUROPEIA. Eurostat

Smarter, greener, more inclusive?: indicators to support the Europe 2020 strategy / European Commission. Eurostat. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013. (Statistical books. General and regional statistics). - Inclui referências bibliográficas.

<http://dx.doi.org/10.2785/11619>

ISBN 9789279311567

DOI 10.2785/11619

DIAS, Corinne Mendes

A reabilitação urbana potenciada pela nova lei do arrendamento urbano: breve apontamento sobre direito comparado / Corinne Mendes Dias. - Coimbra: [s.n.], 2013. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Fernanda Paula Oliveira.

DIREITO DOS PETRÓLEOS

Direito dos petróleos: uma perspectiva lusófona / coord. Dário Moura Vicente. - Coimbra: Almedina, 2013.

ISBN 9789724051604

EMPRESA RESPONSABLE Y CRECIMIENTO SOSTENIBLE

Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales, societarios y financieros / dir. Ángel Fernández-Albor Baltar: coord. Elena F. Pérez Carrillo. - Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters: Aranzadi, 2012. (RdS. Monografía: 38). - Publicado com: Revista de derecho de sociedades.

ISBN 9788490142103

ESTEVES, Janaína Torres

A diversidade étnico-cultural como património comum da humanidade: o clamor dos povos indígenas brasileiros para efetivação do reconhecimento das respectivas identidades e culturas / Janaína Tóres Esteves. - Coimbra: [s.n.], 2012. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação de Suzana Tavares da Silva.

EZEIZABARRENA, Xabier

Río + 20 (1992-2012): el reto del desarrollo sostenible / Xabier Ezeizabarrena. - Bilbao: Universidad de Deusto, 2013 (Cuadernos deusto de derechos humanos: N. 70).

ISBN 9788415759072

FREITAS, Ana Margarida da Silva

Reflexões acerca da salvaguarda do património cultural imóvel e à sua integração no sistema de planeamento urbanístico / Ana Margarida da Silva Freitas. - Coimbra: [s.n.], 2013. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Fernanda Paula Oliveira.

GUERRA, José Armando Morais

Espacios naturales protegidos en el ordenamiento jurídico português / José Armando Morais Guerra. - Madrid: La Ley, 2013. Orig. Tese de Doutoramento, sob orientação de Agustín García Ureta.

ISBN 9788483132531

INVESTMENT AND GROWTH IN THE TIME OF CLIMATE CHANGE

Investment and growth in the time of climate change / Atanas Kolev... [et al.]. - Luxembourg: European Investment Bank: Brussels: Bruegel, 2012.

ISBN 9789078910268

LIMA, Micaela Carina Pereira

Por um novo procedimento e processo de expropriação: uma simplificação urgente no código das expropriações / Micaela Carina Pereira Lima. - Coimbra: [s.n.], 2012. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Fernando Alves Correia.

NEVES, Ana Marta Cabeleira das

O princípio da precaução ao serviço da proteção ambiental: breve análise da inversão precaucional do ónus da prova no âmbito do procedimento e do processo administrativos / Ana Marta Cabeleira das Neves. - Coimbra: [s.n.], 2012. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Alexandra Aragão.

NICOLAU, Mariana de Almeida Rodrigues

O dever fundamental de suficiência: análise do papel do direito em face do consumo insustentável / Mariana de Almeida Rodrigues Nicolau. - Coimbra: [s.n.], 2012. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Maria Alexandra de Sousa Aragão.

OIL AND GAS DECOMMISSIONING

Oil and gas decommissioning: law, policy and comparative practice / consulting ed. Mark Hammerson. - London: Globe Law and Business, 2013.

ISBN 9781905783786

OLIVEIRA, Fernanda Paula

Direito do urbanismo: perguntas de bolso, respostas de algibeira / Fernanda Paula Oliveira. - Coimbra: Almedina, 2013. (Monografias).

ISBN 9789724053769

PAGAR A CONTA DA CIDADE

Pagar a conta da cidade / coord. Suzana Tavares da Silva, Fernanda Paula Oliveira. - Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.
ISBN 9789899825727

PORTUGAL. Leis, decretos, etc.

Código das expropriações: anotado e comentado / anot. e coment. Ana Isabel Pacheco, Luís Alvarez Barbosa. - Coimbra: Almedina, 2013.
ISBN 9724013952

PORTUGAL. Leis, decretos, etc.

Código das expropriações: [anotações e jurisprudência]: anotações adaptadas ao novo código de processo civil / [anot.] Francisco Calvão, Fernando Jorge Silva. - Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
ISBN 9789723221930

QUESTÕES ATUAIS DE DIREITO LOCAL

Questões atuais de direito local / coord. António Cândido de Oliveira, Fernanda Paula Oliveira. - Braga: AEDRL - Associação de Estudos de Direito Regional e Local, 2013.
ISBN 9789892040172

RAVARA, Maria

O Provedor de Justiça: património e direitos culturais / [aut.] Maria Ravara, Miguel Feldmann, Carla Vicente: [apresent.] Alfredo José de Sousa. - Lisboa: Provedoria de Justiça - Divisão de Documentação, 2013.
ISBN 9789728879099

RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado

A proteção da biodiversidade marinha através de áreas protegidas nos espaços marítimos sob soberania ou jurisdição do Estado: discussões e soluções jurídicas contemporâneas: o caso português / Marta Chantal da Cunha Machado Ribeiro. - Coimbra: Coimbra Editora, 2013. Orig. Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Fac. de Direito da Univ. do Porto em 2010, sob orientação de Rui Manuel Gens de Moura Ramos.
ISBN 9789723221367

SCAFF, Fernando Facury

Royalties decorrentes da exploração de recursos naturais não renováveis: incidência e rateio federativo / Fernando Facury Scaff. - São Paulo: [s.n.], 2013. Tese de livre-docência apresentada perante o departamento de direito econômico, financeiro tributário da Fac. de Direito da Univ. de São Paulo.

SILVA, Ricardo Kaleb Gerard da

Meio ambiente do trabalho: a tutela da saúde e segurança do trabalhador como contributo do direito laboral para a sustentabilidade financeira no eixo da nova economia verde / Ricardo Kaleb Gerard da Silva. - Coimbra: [s. n.], 2012. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Empresariais, Direito Laboral, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sob a orientação de João Leal Amado.

SIMÕES, Cecília

Guia para a avaliação de impacte ambiental de estações de tratamento de águas residuais / Cecília Simões, Isabel Rosmaninho, António Gonçalves Henriques. - Amadora: Agência Portuguesa do Ambiente: Lisboa: Instituto Regulador de Águas e Resíduos, 2008.

ISBN 9789728577391

SOARES, Everton Luis Gurgel

Uma nova conformação do princípio do desenvolvimento sustentável: suas dimensões natural e metanatural, contraponto à ecologia profunda ou radical e aplicabilidade ao planeamento urbano / Everton Luis Gurgel Soares. - Coimbra: [s. n.], 2012. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Fernanda Paula Oliveira

SOUSA, Neylene Fonseca

O direito ao ambiente: um direito fundamental? / Neylene Fonseca Souza. - Coimbra: [s.n.], 2012. Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, área de especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a orientação de Mário Reis Marques.

TEIXEIRA, Carlos

Direito angolano do ordenamento do território e do urbanismo / Carlos Teixeira. - Coimbra: Almedina, 2013.

ISBN 9789724050355

TRAJECTÓRIAS DE SUSTENTABILIDADE

Trajectórias de sustentabilidade: tributação e investimento / coord. Suzana Tavares da Silva, Maria de Fátima Ribeiro. - Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

ISBN 9789899825734

VASQUES, Sónia Afonso

As intimações no regime jurídico da urbanização e edificação / Sónia Afonso Vasques. - Coimbra: Almedina, 2013.

ISBN 9789724051093

RevCED^oUA

N.º 34 _ Ano XVII _ 2. 14

Próximo número

Tema:
“Urbanismo, ordenamento e
ambiente na Lusofonia”

› Doutrina

› Jurisprudência

› Recensões

› Dossier

› Abstracts

› Últimas Aquisições Bibliográficas

Recomendações sobre apresentação de textos para publicação na RevCEDOUA

A RevCEDOUA publica textos originais, jurídicos ou de caráter transdisciplinar, redigidos em língua portuguesa, castelhana, francesa ou inglesa.

As propostas de publicação deverão ser enviadas em formato de texto editável, juntamente com o curriculum académico, afiliação institucional e contactos, por correio eletrónico (cedoua@fd.uc.pt) ou por correio normal (CEDOUA – Secretariado da RevCEDOUA Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – 3000 545 Coimbra, PORTUGAL (Tel: 239 824 958 / 239 833 451 ou 239 834 572 Fax: 239 826 481).

Os textos serão apreciados pelo Conselho Coordenador que informará o autor da decisão de publicação ou da sua recusa fundamentada.

O Conselho Coordenador poderá ainda sugerir ao autor a revisão do trabalho como condição de publicação. Os trabalhos publicados são da exclusiva responsabilidade dos autores.

A extensão dos textos propostos para publicação depende da secção da revista em que se inserem. Embora se aponte uma extensão tendencial, indicada em palavras, são admissíveis variações de cerca de 50% para mais ou para menos em relação aos valores de referência. Excecionalmente, o Conselho Coordenador poderá autorizar a publicação de textos de maior ou menor extensão.

Doutrina - 7000 palavras.

Jurisprudência - 3000 palavras.

Recensões - 3000 palavras.

Dossier - 3000 palavras.

Os textos da secção de doutrina devem ainda ser acompanhados de um sumário em forma de texto com cerca de 100 palavras, uma lista de cinco palavras-chave e um resumo em inglês (abstract) ou em português (destinado a tradução pelo Conselho Coordenador da Revista) que não exceda 250 palavras.

Os textos para o dossier serão acompanhados de fotos, mapas, quadros ou grafismos com resolução suficiente para permitir a sua publicação.

A publicação na RevCEDOUA dará lugar à oferta de alguns exemplares da revista em que se insere o trabalho apresentado (cinco exemplares, no caso de artigos doutrinários individuais; dois exemplares, no caso de artigos coletivos e dois exemplares, nas restantes secções).

CUPÃO DE ASSINATURA

Nome

Morada

Cód. Postal - Localidade

Telefone Nº Contribuinte

Profissão

Email

Assinale com uma cruz a opção desejada:

☐ Sim, desejo assinar a revista REVCEDOUA durante um ano (2 fasc.), pelo valor de:

	Assinatura	Portes	Total
☐ Portugal Continental, Açores e Madeira	24 €	3 €	27 €
☐ Europa CE	24 €	8 €	32 €
☐ Guiné, Cabo Verde, S. Tomé, Macau, Timor-Leste	23 €	12 €	35 €
☐ outros países da CPLP	23 €	12 €	35 €
☐ outros países	25 €	12 €	37 €

para o que envio cheque / vale postal n.º _____

s/ Banco _____

no valor de à ordem de: Livraria Almedina

2 Números Avulso €29,32

Assinatura (2 números/ano) €27 (desconto de 7,91%)
com IVA e despesas de envio incluídos

Aquisição de números anteriores da REVCEDOUA

Desejo adquirir a assinatura da revista REVCEDOUA (2 números) do(s) ano(s) _____

ASSINATURA DATA - -

Pode consultar a REVCEDOUA na Internet no endereço: www.cedoua.fd.uc.pt
e/ou solicitar mais informações pelo correio eletrónico: rcedoua@fd.uc.pt
CEDOUA - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra / 3004-545 Coimbra
Tel. +351. 239 833 451 / 239 834 572 Fax +351. 239 826 481

VAD - Vendas à Distância - Armazém Central Almedina - Lote 2
Zona Industrial de Eiras - 3020-265 Coimbra
Tel. 239436268 / Tlm. 916286078
Email: particulares@almedina.net; lserrano@almedina.net

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRETO (ADC)

ENTIDADE 1 0 6 4 4 4 NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRETOS

[illegible]

Email

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

IBAN/NIB: PT 50

[illegible]

DATA

--	--	--	--

 -

--	--

 -

--	--

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

BENS / SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE ¹	INICIA A		TERMINA A	
			MÊS	ANO	MÊS	ANO

¹ REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

PROCEDIMENTOS

- Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.
 - Remeter a ADC para:
- EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para sdd@almedina.net.
- Qualquer alteração que pretenda efetuar a esta autorização bastará contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita
 - Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradecemos informação escrita sobre as alterações efetuadas.
 - Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)

- Dos pagamentos que vierem a ser efetuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

INFORMAÇÕES

Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efectuar as seguintes operações:

- Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
- Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
- Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos eletrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

Tel.: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: sdd@almedina.net

