

RevCEDUA

N.º 28 Ano XIV 2. 11

› Doutrina

Some considerations on fairness and efficiency in environmentally related taxation

Claudia Dias Soares

A electricidade verde, a remuneração razoável e a harmonização de sistemas tarifários: quem tem medo da regulação económica?

Suzana Tavares da Silva

A "instrumentalização" dos monopólios naturais contra vias de abertura a medidas de eficiência energética

Licínio Lopes Martins

A exploração e a produção de petróleo no mar e a legislação ambiental brasileira

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas

A cidade e o planeamento energético

Everton Gurgel

A tutela jurídica do etanol no Brasil: uma análise deste biocombustível a luz da economia e do meio-ambiente

Caio de Oliveira Cavalcanti

› Jurisprudência

Novas soluções para velhos problemas

Dulce Lopes

› Recensões

Intergenerational Justice

Isabella Pearce de Carvalho Monteiro

› Dossier

Segurança energética, ambiente e apagões

Caio César Torres Cavalcanti

› Abstracts

› Últimas Aquisições Bibliográficas

28.

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)

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)

António 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

2011

Número Avulso

14,66 Euros - IVA incluído

Capa e Arranjo Gráfico

www.ruiverissimodesign.com

Impressão e acabamentos

Tipografia Lousanense

Assinaturas e Distribuição

Livraria Almedina

Tiragem

400 Ex.

› Doutrina

- › 9 Some considerations on fairness and efficiency in environmentally related taxation

Claudia Dias Soares

- › 39 A electricidade verde, a remuneração razoável e a harmonização de sistemas tarifários: quem tem medo da regulação económica?

Suzana Tavares da Silva

- › 49 A "instrumentalização" dos monopólios naturais contra vias de abertura a medidas de eficiência energética

Licínio Lopes Martins

- › 63 A exploração e a produção de petróleo no mar e a legislação ambiental brasileira

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas

- › 91 A cidade e o planeamento energético

Everton Gurgel

- › 103 A tutela jurídica do etanol no Brasil: uma análise deste biocombustível a luz da economia e do meio-ambiente

Caio de Oliveira Cavalcanti

› Jurisprudência

- › 121 Novas soluções para velhos problemas

Dulce Lopes

› Recensões

- › 139 Intergenerational Justice

Isabella Pearce de Carvalho Monteiro

› Dossier

- › 145 Segurança energética, ambiente e apagões

Caio César Torres Cavalcanti

- › 153

› Abstracts

- › 159

› Últimas Aquisições Bibliográficas

TRAUMA E ENERGIA

“À procura de ‘gigawatts’ causa trauma”

Este número da Revista CEDOUA é dedicado ao tema da energia. Força, energia e geradores, eis a nova “troika” das angústias humanas. Procura-se o mar, os seus ventos e as suas marés. Gastam-se milhões, povoam-se os oceanos com parques de vento. A conquista de megawatts não compensa. Anuncia-se a revolução do gás. Bilhões de metros cúbicos obrigam a devassa das profundidades da terra. Agora, o filme não é “Fahrenheit 9/11”, mas “Gasland” de Jonh Fox. De isqueiro na mão abre-se a torneira da energia. No futuro haverá abundância de gás, mas sumir-se-á a água. Projetos e tentativas não faltam para os coletores de energia solar “agarrarem” as radiações do astro e salvar a vida humana no planeta. Os resultados estão longe de uma história de sucesso. Com tudo isto, a eco visão do planeta terra parece ganhar tons sombrios. Nada que desaconselhe que a nossa energia – boa ou má –, mas sempre escassa, seja colocada na linha da racionalização e da economicização. Haja chuva ou haja Sol, neve no Coliseu de Roma ou seca extrema nos arredores de Londres, os humanos precisarão de energia. Para alimentar o corpo e alma. A vida de um só e de milhões.

Coimbra, Fevereiro de 2012



(José Joaquim Gomes Canotilho)

*RevCED*ÖUA

Doutrina

Some considerations on fairness and efficiency in environmentally related taxation¹

Resumo

This paper argues that the adoption of coherent environmental tax instruments has been hindered by insufficient fairness consideration and an ambiguous theoretical underpin. Such incoherence has led to low environmental effectiveness and consequent public opposition. Next the critical analysis of a set of aspects as they have usually been approached in textbooks is provided. After considering the rationale underpinning environmental taxation, it is argued that, in some cases, if equity concerns are brought together with efficiency ones, the decision-making process might lead to options different from the ones commonly suggested by the literature, namely in the following domains, in the decision about who is the polluter and where the responsibility cut should be drawn, as well as in possible uses for tax revenues, the admissibility of special regimes (exemptions and restrictions to tax liability) and the acceptability of subsidies*.

“[T]he conviction that the economy must be autonomous, that it must be shielded from “influences” of a moral character, has led man to abuse the economic process in a thoroughly destructive way. In the long term, these convictions have led to economic, social and political systems that trample upon personal and social freedom, and are therefore unable to deliver the justice that they promise. As I said in my Encyclical Letter Spe Salvi, history is thereby deprived of Christian hope, deprived of a powerful social resource at the service of integral human development, sought in freedom and in justice.”

Encyclical Letter Caritas in Veritate, Supreme Pontiff Benedict XVI, 29 June 2009, 34

In spite of being theoretically praised and empirically effective in several occasions, since the middle of the 1990s environmentally related taxation has been facing increasing opposition from the citizens. At times this has hampered the political feasibility of environmentally related tax reforms all together. The popularity of any public measure is utterly relevant in its adoption and maintenance. Polls show environmentally related taxes tend to be perceived mainly as sources of public revenues (PETRAS Project, 2002). Therefore, citizens often demand their revenues are earmarked for environmental purposes, since this is the only opportunity for environmental improvement they perceive as being associated to these taxes. But earmarking raises issues of efficiency (Soares, 2011). Improved theoretical coherence and fairness considerations in the design, adoption and implementation of these taxes might be a better way to underpin their political feasibility.

¹ Paper presented at the VII Simposio Internazionale dei Docenti Universitari Persona, Istituzioni e Società: verso un nuovo ordine economico mondiale, 24-27 June 2010, Rome (Italy).

* Com este trabalho gostaria de prestar uma homenagem ao meu Mestre, Senhor Professor J. J. Gomes Canotilho, expressando-lhe a minha gratidão por tudo o que me ensinou.

Environmentally related taxes aimed at pollution abatement are mainly adopted for efficiency reasons. However, they produce redistribution and today they tend to be perceived by the citizens as Ramsey taxes. So being, fairness considerations should be cornerstones in their adoption and application, since their efficacy and feasibility depend on such considerations. Citizens tend to oppose fiercely taxes that they perceive as unfair. And politicians might jeopardise the incentive effect of the tax whilst designing it or using its revenues to promote the acceptability of the tax measures. Furthermore, sometimes these taxes produce large redistributions. So being, and because of their widespread use, it is important to assess whether environmentally related taxes are fair.

Fairness considerations might be, together with self-interest, the most important considerations that influence public support for a tax scheme (Kalbekken, 2008). Even if Pigouvian taxes have been proposed based on efficiency grounds, their fairness must be assessed. In order to do it, it is necessary to choose a theory of justice that provides us a concept of equality to be used as reference as far as environmentally related taxes are concerned. Liberal egalitarianism is among the several possible ways available. 'Redistributive justice', 'distributive justice' and 'corrective justice' comprised in the concept of justice can inform further a decisional process fairness-concerned.

Liberal egalitarianism accepts unequal treatment as far as this is explained by discretionary variables, i.e., factors that are under individual control. Inequalities due to exogenous variables, i.e., factors that are outside the individual control must be eliminated as far as possible. The variant of Liberal egalitarian theories able to be applied to environmentally related taxation is the Accountability Principle that Konow (1996) defines as: "The entitlement varies in direct proportion to the value of the subject's relevant discretionary variables, ignoring other variables, but does not hold a subject accountable for differences in the values of exogenous variables".

Applying the Accountability Principle lead us to accept inequalities proportional to the discretionary input and, as far as environmentally related taxation is concerned, to make polluters pay compensations in proportion to their discretionary input to creating the externality. This rule is relevant both for how the tax is levied and for the use of its revenues. According to the textbook, Pigouvian taxpayers should pay abatement costs plus a tax on all remaining emissions. So being, Pigouvian taxes impose on the polluter an unfair burden according to the Accountability Principle. However, the guidelines provided by the Polluter Pays Principle (hereafter also PPP) lead to a different calculus of the tax payment.

Applying Pigouvian taxes aimed at pollution abatement is firstly a matter of efficiency rather than fairness. Still, the redistribution operated by these taxes can threaten both the policy feasibility, since people will oppose taxes that they perceive as unfair, and the incentive effect, if revenues are wrongly used to boost the popularity of the measure. Regarding consumers, one can differentiate between subsistence emissions and luxury emissions. This division entails necessarily a political and cultural decision (Kalbekken, 2008). As far as producers are concerned, alternative technologies (including BATNEC²) and processes should be considered.

Once we have set who is responsible for the pollution we should identify the responsibility cut. This should be set taking into consideration the variables that are under the discretionary control of the polluter and should lead towards the tax rate. If the social optimum is beyond the responsibility cut of the polluter, though the tax should be set in order to reach the social optimum, the polluter should pay less than such amount. The polluter should pay in direct proportion to his/her responsibility, i.e., the individual degree of control over the level of emissions.

² Best available technology not entailing excessive costs.

His/her payment above such threshold should be subsidised or reimbursed (*ibidem*). Such cost should be borne by the society as a whole rather than the polluter. The specificity of the threshold influences the tax fairness but it is also conditioned by practicability considerations.

To deal with the fairness issue Kalbekken (2008) suggests three possible ways, namely a Pigouvian threshold tax, a Pigouvian tax with earmarking of (some of) the revenues or an emissions trading scheme with some grandfathering of permits. If a tax due to fairness considerations ends up being inefficient, due to tax exemptions and reductions or the way its revenues are used or despite all the efforts taken in its design and implementation, it might be better not to adopt the tax at all since there are better means to operate redistribution than Pigouvian taxes.

All these considerations should be relevant in the instrument design, adoption and implementation. However, not only textbooks often do not take them into consideration when elaborating on environmentally related taxation but also the main theories underpinning environmentally related taxation lead to incoherent or insufficient guidelines in such decision-making processes. In the following sections, the literature is critically analysed in order to assess contradictions and lacunae and to provide some guidance on the fair use of environmentally related taxes. Regarding the fairness analysis, this is however a very brief approach on environmentally related taxes from an intragenerational perspective with focus on some relevant issues rather than an intensive research on how fairness can inform the decision making process on the adoption and design of these instruments. The intergenerational perspective, though a *conditio sine qua non* for sustainable development, is left out of this analysis.

1. Theoretical incompleteness

It is necessary to clarify the most adequate design for an 'environmental tax'. Answers provided to referential questions by main theories supporting the use of pollution taxes should be scrutinized with such objective. The rationale supporting an environmental tax intervention shall be a general guiding line for its design. Moreover, by answering to 'who is the polluter?' and 'what shall (s)he pay for?' information is provided on the choice of the taxpayer and the tax rate. Further relevant aspects are the use given to tax revenues and whether more favourable tax regimes and subsidies shall be accepted.

As questions posed get more detailed, answers provided also become more scant. But even at the general level of policy objectives there is some vagueness. Various environmental objectives can be accommodated by economic theories, being options left partially open to the policymaker. For instance, whilst the Pigouvian theory aims at the internalization of external costs setting pollution tax payments according to this rule, the Polluter Pays Principle refers tax payments to precise environmental objective.

Some literature does not understand the lack of a specific environmental objective to be an impediment for taxes to reach efficient pollution abatement (*e.g.*, Hahn, 1989: 13-14, Hahn and Stavins, 1991: 8). However, the application of a theory which does not set explicit environmental objectives to their achievement might create problems. Moreover, Sagoff (1981: 1396) affirms it is doomed to fail the application of an economic theory aimed at economic efficiency as a base of environmental law.

Environmental protection involves a choice about the sort of nature we want (Jacobs, 1991: 63). Thus, an option about the object of protection takes precedence over the choice of the instrument to carry on such protection. Tax instruments are not adequate to protect every kind of environmental element. Environmental taxes work within the realms of a cost-benefit approach, which is unable to embrace all environmental values. Likewise, the

impact of environmental disruption on future generations and other living beings, as well as the decisions about who should own a property right over the environment and whether environmental costs should be measured by individual's willingness to pay cannot be dealt with via economic analysis.

The theoretical framework supporting environmental taxation is therefore incomplete. Moreover, despite having a strong economic component, such framework is characterised by multifariousness with theories, which though not being necessarily mutually exclusive, express different concerns. The Polluter Pays Principle shall be an especially recurrent object of the analysis performed next, since it is the most minute and frequently used theoretical underpin for the referred regulatory intervention, as well as the most environmentally-aimed one.

The sketchy and patchy Polluter Pays Principle

Despite its enunciation based on an economic rationale, the Polluter Pays Principle was from the outset envisaged as a broad and vague principle, which could not supply guidance on the content of national or international environmental law without further definition (Nash, 2000: 472, Birnie and Boyle, 2002: 95). The OECD (1975b: 25) defined it as a rule of economic, legal and political common sense. Among the aspects open to discussion was 'who is the polluter?', 'when is there an obligation to pay?', 'how should the polluter pay?', 'what should he pay for?', 'when can he be released from the obligation to pay?', being the debate mainly centred on the first and fourth question.

The referred institution, the literature and, in particular, the European Commission have endeavoured on a constructive interpretation of this principle. These results are relevant to assess whether a tax instrument is complying with the guidelines set by environmental policy, since the PPP is a milestone reference of the latter. But though the contours of the PPP have evolved over the years, they still remain amorphous and dissenting (Milne, 2003: 5, also Opschoor and Vos, 1989: 29-30, Määtä, 1997: 19-20).

Along the time the PPP was object of different readings, which resulted in diverse answers to the same question and frequent incoherent regulation. Actors cannot share principles and norms and know what they want and how they should achieve it when they follow the 'scripts' of world-views (Braun, 1999: 15) put out by the PPP. It might be questioned if this is not a result of the PPP serving conflicting purposes and being therefore unhelpful as a guide to action (Alder and Wilkinson, 1999: 187). Whilst the economic rational subjacent to the PPP aims to maximise well-being, its ethical rationale pursues justice. Utilitarianism cannot work as a basis for ethics. Associated to such conflict must be an inevitable incoherency and diversity of tax instruments theoretically supported by the PPP.

The PPP lacks the degree of coherence with regard to its internal structure (last principles, values, norms, and especially goals and techniques to be used) required to turn it into a paradigm. A paradigm comprises beliefs, values and techniques shared by members of a scientific (or any other) community (Bernstein, 1976: 89), supplying coherence to problem perception as it 'interlocks' the different matters in a coherent way (Hall, 1992: 91, Braun, 1999: 15). It is therefore a construction able to "specify how the problems facing [decision-makers] are to be perceived, which goal must be attained through policy and what sorts of techniques can be used to reach those goals" (Hall, 1992: 91).

There are, however, some recurrent elements in the multiple enunciations of the principle. The polluter should pay in order to improve the environment. And more efficient use of natural resources should be stimulated through the allocation of external costs. One takes both these elements to define the essence of the principle as instrumental to efficient preventative environmental protection. However, real world instruments using the PPP as theoretical support do not always respect such core feature.

Efficiency resultant from underlining prevention is an advantage of the PPP over a mere civil liability regime. Moreover, increased efficiency and redistributive equity associated to the election of the 'polluter-pays' rule as criterion for cost allocation favour the PPP over fiscal instruments to deal with environmental problems. Therefore, whenever prevention and a reasonable degree of application of the 'polluter-pays' rule are absent from instruments theoretically supported by the PPP, some issues arise. First, the potential this principle entails as underpin of environmental policy instruments is wasted, and, second, its distinctiveness is missing.

2. The rationales

Apart from the economic rationale (internalisation of externalities), it is possible to find in the Polluter Pays Principle one other main rationale, the ethical rationale (fairness). Each of them shapes the principle's content and allows us to derive several consequences for the design of environmental taxes both on the 'pre-charge' phase and on the 'revenues use' phase, blending into what we call the normative rationale (principle of responsibility). The normative rationale is a methodological construction that allows us to explore further the content of the PPP.

It can, however, be questioned whether the 'normative rationale' is in fact autonomous from the 'economic rationale' and the 'ethical rationale' or it is only the result of their intersection. Alder and Wilkinson (1999: 171) identify in the PPP just two distinct rationales, one based on economic theory and another based on notions of justice. We do not build up an argument in favour of a third autonomous rationale, since we understand there are no innovative contributions associated to the latter, but rather a development of accumulated contributions from the other two rationales. This accumulation sometimes results in contradictory or unclear policy advices.

2.1. The economic rationale: to internalise externalities to provide efficient environmental protection

The economic rationale, premised on welfare maximisation, feeds the Pigouvian theory. It was historically the first version of the PPP and it is still its dominant interpretation. According to this rationale the PPP is presented as an economic principle based on the philosophy of utilitarianism (Alder and Wilkinson, 1999: 171), which aims to create a uniform and fair world trading system (Birnie and Boyle, 1992: 109) and can be found on the OECD 1972 recommendation. More than directly concerned with the environment, the PPP was thought as a means to allow national governments to develop environmental policies without causing market distortions.

Economics typically justify environmental taxes as a way to internalize negative externalities, and thus provide efficient environmental protection. Environmental resources are in general limited and their use in production and consumption activities may lead to their deterioration. Public measures are required when the cost of this deterioration is not adequately taken into account in the price system (externalities), *i.e.*, the market fails to reflect the scarcity of such resources both at national and international levels.

Under such rationale, external costs internalization is a means to attain economic efficiency, conditioning the decision-making process of economic agents, compelling a demand shift, followed by a production shift and technological development. Furthermore, environmental harm is a cost which requires internalization only as far as it is necessary to attain efficiency, since this rationale does not entail any moral judgement over the polluter's behaviour and takes as an exogenous variable the legal assignment of property rights or, in the absence of the former, the existing *de facto* power distribution over resources (Sousa Santos, 2002: 379-84, on forms of power).

This logic is similar to the one subjacent to the least cost abatement argument, the difference between the two theoretical justifications for the use of environmental taxes lays on the focus of the discourse. The least costs abatement argument explains such use based on the more efficient attainment of a specific environmental objective through taxes rather than other instruments. Under this argument the emphasis is put on the relevance of the efficiency criterion for the choice of environmental policy instruments. The economic rationale of the PPP, on the other hand, focuses on the efficient attainment of environmental improvements, being the latter a precise environmental objective or an overall betterment of environmental parameters.

The economic rationale requires environmental taxes to forefend economic agents from engaging in too much environmentally damaging activity due to lack of full cost consideration. It is assumed a close connection between the tax and the decisions having an impact on the environmental objective (Duff, 2003: 8). This logic is the reference point to set the amount of the tax. From an economic perspective and in the Pigouvian version, the tax should hence be levied at a rate equal to the marginal environmental cost caused by the activity (Pigou, 2002).

This theoretical model is, however, difficult to implement in practice due to incomplete information. To overcome this problem, some suggested an iterative process ('trial and error approach') attending to price elasticities, where the tax would be set at a certain level and then progressively adjusted according to the effects obtained until the desired pollution level was reached (Baumol and Oates, 1971: 43-46, 1982: 163-164).

Cost internalisation is a means and not an end in itself and the level of internalisation required to achieve efficiently specific environmental protection will often fall short of full cost internalisation. In many circumstances, in order to ensure that the environment is in an acceptable state, the reduction of pollution beyond a certain level will not be practical or even necessary in view of the costs involved (OECD, 1972). Though, both the economic version of the Polluter Pays Principle and the Pigouvian theory accept that any form of subsidisation runs against the logic of the economic rationale as it distorts price signals forefending an efficient resource allocation, the referred theoretical arguments differ in the level of cost internalisation they demand.

2.2. The ethical rationale: fairly allocate environmental control and remediation costs

The 'environmental justice' movement believes that the 'environment' is no more than a particular form of the goods and bads that society must divide among its members and that such distribution is done according to the 'ability to pay' (Dobson, 1998: 20). Therefore, in the absence of State intervention, those who can afford protection ('privileged') will reduce their vulnerability by insulating themselves from environmental problems, whilst the others ('poor and marginalised') will endure the harm and bear the brunt of pollution and resource degradation (Pulido, 1996: xv-xvi).

The PPP envisages a correction of the resource allocation performed by the market, which results in prevalence of the interests of the stronger over the weaker. To make the polluter pay will satisfy some notion of (environmental) justice. The PPP expresses the idea that in the absence of some legal intervention individual benefit maximisers, left to themselves, may not be sufficiently altruistic to avoid putting costs on to others (Alder and Wilkinson, 1999: 30). To analyse the PPP from an ethical perspective it is necessary to understand the concept of justice beyond the idea 'give to each individual his/her deserts'.

The concept of justice can comprise 'redistributive justice', 'distributive justice' and 'corrective justice'. Redistributive justice concerns the imposition of a proper punishment on one who has committed a wrong in order to exact some measure of societal redistribution aiming to redress economic inequalities. Taking the PPP as a measure of redistributive justice will

assign importance to fault³ and this clashes with economic welfare (Alder and Wilkinson, 1999: 173). The high importance assigned by the principle to efficiency leads us to minimise this version of justice with reference to the PPP.

Distributive justice, on its turn, concerns the correct distribution of social goods and bads in the political community. And, unlike redistributive justice, it is more directly connected to the problem of social inequity than the imposition of blame or punishment. The PPP contains elements of distributive justice. It abstracts from fault whilst asserting that, between humans, resources used to compensate for environmental damage must be the polluter's own and not taken from the common stock or other person (Alder and Wilkinson, 1999: 173). It refers to the "morally proper apportionment of benefits and burdens among society's members" (Shrader-Frechette, 2002: 24).

Corrective justice, also known as 'restorative justice' or 'commutative justice', requires one who causes harm to make amends by 'correcting' (remedying) or 'equalising' (compensating) the harm done and the one who puts some good at risk to pay to avoid the materialisation of the harm. The PPP is not always able to deliver corrective justice, since it does not say anything about how the revenues from a pollution tax should be used. If the payment has a preventative impact, it is necessarily used to benefit the environment ('correction' is automatically achieved – Alder and Wilkinson, 1999: 174). Emphasising the preventative dimension of the PPP will bring forward its ethical rationale as corrective justice.

A pollution tax with a behavioural impact carries on corrective justice, whilst a tax with a mere fiscal result will only deliver corrective justice if its revenues are used to remedy or compensate environmental damage caused. Earmarking tax revenues to environmental programmes can conciliate a pollution tax unable to forefend pollution with the ethical rationale of the PPP. In the absence of earmarking, these taxes can perform distributive justice. This will be the case if they lay the pollution costs mainly on those who are most able to pay, namely economic agents who benefited from the environment.

The PPP expresses an option concerning the distribution of property rights over the environment. It assigns such right to the society ('asserting a common ownership of the resource', Hoerner, 1998: 9) and forces the polluter to compensate the latter for interfering with its right. Furthermore, as a legal rule this principle is informed by moral values, *i.e.*, according to it the ones causing environmental harm are ethically (and legally) obliged to remedy or compensate damages caused ('responsabilisation of the acting agent', Gaines, 1991: 485).

The emphasis is now on a curative responsibility lead by equity concerns, in contrast with the economic rationale strongly associated to a preventive responsibility and targeted at efficiency objectives. It is fair that those who create pollution, are able to control it or directly benefit from a polluting activity also bare the costs thereof rather than the victims of the pollution, the taxpayers or any other individuals randomly chosen. An idea of justice expressed in the old Roman rule '*ubi emolumentum, ibi onus*' or '*ubi commoda, ibi incommoda*', which also supports strict liability regimes (risk profit and risk of activity⁴).

³ The extreme content of the ethical rationale is in the 'polluter-is-punished' version of the principle. Under a criminal law understanding, the principle means that the polluter is guilty and should therefore be punished (OECD, 1977: 22).

⁴ There is an EU commitment on environmental strict liability in COM(2001) 264 final, 15.05.2001, article 3/8 of the Common position adopted by the Council on 17.09.2001 with a view to the adoption of a Decision of the European Parliament and of the Council laying down the Sixth Community Environment Action Programme, the Commission's Sustainable Development Strategy, COM(2002) 17 final, 19.02.2002, and COM(2004) 55 final, 26.01.2004.

This position was voiced, *e.g.*, by the European Commission (1999: 5). As a moral doctrine, the PPP pursues a fair distribution of the burdens of past and current pollution, being cost internalisation via pollution charges a means to achieve such goal and efficiency resulting thereof ancillary to the first mentioned main purpose (Hoerner, 1998: 9-11). This perspective expresses a social concern which contrasts with, but also complements, the liberal ideology behind the economic rationale. It aims at improving welfare with respect for social justice.

Barde and Gerelli (1975) opposed an ethical version of the PPP. In their opinion, this principle was void of any ethical consideration, not aiming at fulfilling justice but rather at achieving efficient environmental protection. The PPP would not be a principle of equity but only of economic effectiveness. These authors used such argument to minimise the problem raised by the economic shift of the pollution cost payment from polluters to other individuals. The transference of the financial burden away from the polluter does not ease the pressure for static and dynamic efficiency. But it can raise equity issues as the actual payer might not be the one causing pollution or the one able to forefend its occurrence.

Fairness might not require full internalisation of the external costs. Prices can be ‘environmentally correct’ without being ‘environmentally corrected’ in the Pigouvian perspective (Martinez-Alier, 1993: 105). In Duff’s words, “[w]here environmental harms represent regrettable consequences of economic development (...), the polluter pays principle seems inappropriately individualistic” (Duff, 2003:16).

Cost benefit analysis tend to focus only on the regulated sector. This bares the costs of the regulation, however the benefits from environmental regulation spread around (Barnett, 1994: 225, mentions the example of the chemical industry). Economic agents are therefore forced to support higher costs than the ones they impose on the society as a whole (Gomes Canotilho, 1994: 401). Moreover, the economic system cannot function within an ‘environmental purity’ context. Sub-evaluation of the benefits following from polluting activities can also lead to inefficient investment decisions (Henshaw, Aalders and Molander, 1998: 40-41).

Another aspect to consider is the administrative cost of tax compliance. Only if this cost is supported by the tax administration the PPP legitimises a tax rate which goes over the external cost caused by polluting emissions (Polinsky and Shavell, 1982: 386). Moreover, emissions produced within the rim of the assimilative capacity of the environment do not cause external costs (Pezzey, 1988: 196-242, Hahn and Noll, 1990: 359, Hodge, 1995: 91).⁵ Thus, a pollution tax charged per every single unit of emission produced might impose on the polluter a higher cost than the one (s)he generates for the society.

2.3. The normative rationale (principle of responsibility)

The normative rationale of the PPP shapes it as a principle of responsibility. As such it is a rule of conduct comprising a double role: on one hand it seeks remedy for the concrete case, on the other hand, it seeks general and individual prevention for the future. Therefore, it involves environmental damage prevention and remediation (Gaines, 1991: 485), being the latter risk-based rather than fault- or negligence-based (Butti, 1990: 414).

⁵ Lindmark, 1994: 17, argued, however, that this is not necessarily true, rather environmental costs may exist even though the residual production is not exceeding the limits set by sustainable development within which the key concept of assimilative capacity of the environment is included. Imputed costs can exist and rise with increasing residual production, although the limit for sustainability is not exceeded, for two reasons. Costs may be rising when the residual production is approaching the limit for sustainability. The marginal unit of emissions would then represent a cost and the residuals up to this marginal emission could be given an imputed cost which rises when the marginal waste production is approached. Furthermore, imputed costs can exist within the limits of residual production since whenever the residual produced is causing an external effect it also represents a cost. The existence of an externality requires a direct effect on peoples’ production or consumption through other ways than market prices.

This is a more recent dimension of the principle which adds on to the original economic one assigning it new dimensions. Concerns over an effective public intervention have hindered the equivalence of the PPP to a mere principle of civil liability (*e.g.*, R. Stewart, 1981: 1337, Leite de Campos, 1982: 721, G. Martin, 1989: 83-86, Menezes Cordeiro, 1994: 388-390, Gomes Canotilho, 1995: 25). Identifying the responsible for the pollution is not the core issue of environmental policy, since public authorities should be left free to choose the most effective level of intervention (Barde and Gerelli, 1975: 142, Krämer, 1992: 257). The normative rationale is inseparable from the substance of the PPP, but does not exhaust it (as defended by Duren, 1988: 146). Therefore, it is problematic the qualification of the PPP as an instrument of civil liability (Meli, 1989: 221).

This rationale, like the economic rationale, requires market price corrections to condition individuals' behaviours. Though, the focus now is more on compensating present damages and avoiding future damages, with a concern on both equity and efficiency. Rather than a strict and exclusive emphasis on any of the latter, this dimension of the PPP combines, and is informed, by both of them. This rationale does not require the desired level of pollution to be set only based on economic variables but rather on a broader spectrum of variables.

Likewise the ethical rationale, the normative rationale takes a moral perspective, assuming the 'common resource' nature of the environment and environmental harms as regrettable and avoidable consequences of economic development. Thus, under this rationale environmental harm is not a mere cost but an injury which requires compensation and avoidance. And environmental taxes pursue the above-mentioned objectives operating income redistribution, conveying information ('soft signals' – EEA, 2000a: 9) and providing price signals which foster a change in attitudes.

The normative rationale of the PPP is expressed in the civil law regime of liability for environmental damages (Giampietro, 1988: 332, Duren, 1988: 144, Remond-Gouilloud, 1994: 209, who understands the PPP as a development of the civil liability regime when applied to risk creating activities). But the normative rationale projects its influence also over economic instruments.

Though, subsidising the polluter contradicts the PPP as a principle of responsibility, this perspective is not an obstacle to earmarking, since damage remediation and prevention might be better served when environmental tax revenues are dedicated to special funds. Duff (2003: 13) justifies the agreement of the PPP with earmarking based on the understanding of environmental taxes as "fees for the use of a common resource". However, the moral judgment involved in the PPP embeds it with a normative value, which hinders a 'trade-off' logic. Also under the economic rationale earmarking is traditionally opposed based on efficiency grounds. Hoerner's explanation ("earmarking can ensure that taxation is proportional to or sufficient to remedy, harm caused to the public", Hoerner, 1998: 10) is helpful in justifying earmarking. But whenever possible the tax level should be fine-tuned at a previous stage, *i.e.*, when the tax rate and other elements influencing the amount of tax paid are designed.

3. 'Who is the polluter?'

Point 3 of the European Council Recommendation 75/436/Euratom defined 'polluter' based on an economic rationale. The definition was built on two criteria: economic and administrative efficiency and ability to internalise the costs. Therefore, the 'polluter' was the person who directly or indirectly damaged the environment or created the conditions leading to such damage. In a pollution chain, the 'polluter' should be the 'best-payer', *i.e.*, the point of the pollution chain easier to control and where there is lower resistance to the charge, the pollution control is more effective and market distortions are easier to avoid.

Identifying the polluter with the 'best-payer' can not lead to making the ones who should pay for pollution in fact pay for it. The referred conditions are better fulfilled when the regulator acts over a restrict number of 'polluters' who are in a privileged condition to avoid environ-

mental damage. This pragmatic approach might not be fair. For instance, big polluters can be totally or partially exempted from paying the costs they cause merely due to administrative difficulties in charging them or their strong resistance power.

The PPP does not intend to punish ('backward looking') but rather to avoid future pollution ('forward looking') (Aragão, 1997: 137, 142). Therefore, the amount paid by the polluter should be set with reference to prevention requirements rather than to the environmental damage caused. Moreover, a definition of 'polluter' which serves the preventative concern embedded in the PPP identifies the polluter with the one who has power over conditions creating pollution. The entity creating and controlling the cause *sine qua non* of the pollution is the only one able to forefend it. Therefore, a behavioural stimulus will only be effective if directed at such entity.

To lay the biggest burden of energy taxation on households and subsidise industrial energy consumption is an example of what it was just said. In spite of not qualifying as the best able to avoid pollution, households tend to pay the lion share of environmental costs caused by energy production and consumption which are allocated through the tax system with environmentally related taxes. Taking the Commissions' definition of 'polluter' as the 'best-payer' will lead to a regulatory intervention which falls short of the PPP. Internalisation will not be done in the best possible way to prevent pollution and not all external costs allocated will lay on their causer.

A non-earmarked energy tax mainly raised on households based on their consumption of electricity obtained from traditional fuels, which is unable to prevent environmental damage because it does not affect the decision-making process of the energy producers and providers neither is high enough to reduce final energy consumption can hardly be theoretically justified by the PPP.

On one hand, cost allocation will not maximise welfare due to insufficient levels of internalisation. Environmental protection will not be performed efficiently because the cost of environmental deterioration will keep on not being adequately taken into account in the price system. The choice done regarding the tax level and the taxpayer will keep the tax instrument from helping the market to reflect the excess of polluting air emissions.

Furthermore, such a tax design is not in agreement with the ethical rationale of the PPP, since the ones causing the harm are not correcting or equalising it and the polluters most able to pay (i.e., the industry) will not pay. Moreover, resources from the common stock will be required to pay for part of the harm caused. Finally, no punishment will be inflicted, first because a tax is not a criminal penalty and, second, because the low levels charged inhibit any kind of economic penalisation for the taxpayer. The tax instrument will not comply with the core of the PPP theory, since its design does not reflect the economic rationale or the ethical rationale of the principle.

Multiple reasons might explain a partial deviation of the financial burden away from the polluter (cross-subsidisation). Environmental costs might not be completely imposed on the polluter for instance due to competitiveness issues and income distribution concerns. This might be justifiable as long as the motives evoked are real and relevant. Though, protection of other interests will be done at the cost of a reduction in environmental effectiveness. In any case, shifting such costs to a non-polluter tends to breach the PPP and should not be accepted unless in exceptional cases.

4. 'What shall the polluter pay for?'

The reason explaining the importance assigned to cost allocation varies depending "upon the point in time in the evolution of the principle, the institution espousing the principle, the words one chooses to emphasize in any given formulation of the principle and the legal instrument being used to execute the principle" (Milne, 2003: 5). It is, however, possible to identify cost allocation as the hard core of the Polluter Pays Principle, creating an economic incentive to consider economic consequences.

Furthermore, in all the three referred rationalities informing the PPP it is possible to find two basic characteristics. First, cost internalisation is a means and not an end in itself. The PPP aims at conditioning individuals' behaviour both by economic and moral reasons, setting a rule about how environmental costs should be allocated in order to attain efficiency in agreement with a particular conception of fairness (*'ubi commoda, ibi incommoda'*).

The main purpose of environmental taxes is, thus, not to internalize costs or assign blame for environmental harms, but to foster environmental protection via increased awareness and shared responsibility (Duff, 2003: 7). From an international perspective, trade distortion avoidance is also a relevant motivation supporting cost allocation. Second, full cost internalisation might not be necessary to achieve the goal pursued by the PPP in any of its dimensions.

Complexity involved in the answer to 'what shall the polluter pay for?' increases with the rigour of the compliance with the PPP and depends on how the latter is understood. There seems to be an agreement over the inclusion of costs of measures to reduce (OECD, 1989: 27), prevent and control pollution (OECD, 2001f: 16), as well as costs of environmental cleanup and associated monitoring and compliance costs. But this agreement does not provide a full answer to the question above.

A tax instrument which is merely aimed at internalising a certain (partial) amount of external costs is easier to design than one directed at preventing pollution. And the latter involves fewer difficulties than another intended at reaching a precise environmental goal. Simplification is more compatible with a revenue raising tax than with an incentive tax. These facts and the lack of precise and uniform guiding rules concerning this aspect contribute to the absence of an 'environmental tax' model.

Furthermore, defining what the polluter shall pay for raises a myriad of subsidiary questions. According to the PPP, cost allocation should be a means (instrumental to the attainment of more sustainable behaviour) rather than an end in itself, because the PPP is not a mere reflection of the Pigouvian proposal to internalise external costs but rather a more complex construction with inputs from other concerns. Therefore, the objective pursued by the environmental tax can range from a broader economic approach that aims at the maximisation of social welfare to a strict environmental concern directed at the achievement of a precise environmental objective.

4.1. Policy objective aimed versus criteria used to set the tax rate

The amount imposed on the polluter might be set with reference to a precise regulatory function, consisting on damage prevention, remedying or compensation. Of these three functions, the PPP seems to prioritise prevention. Using cost internalisation to fulfil a precise regulatory objective will tend to divert the amount paid by the polluter from a single-criterion calculated sum. In alternative to a regulatory function the polluter's payment might be defined in order to reach a substantive policy objective. The 1972 OECD Recommendation supports an understanding of the PPP as imposing on the polluter the costs of achieving a specific environmental goal. This is not necessarily the same as imposing on the polluter the costs of preventing, controlling and remedying pollution.

The variety of possible criteria to set the amount to be paid by the polluter causes the emergence in real world of diverse instruments not all of them compatible with the PPP. This compatibility requires that there is at least a connection between the payment and the amount of pollution (Commission's communication annexed to Recommendation 75/436, point 4.b).

It might be necessary to raise a tax higher than prevention/control/remedy costs to attain the desired environmental quality, as well as it might be enough to set a tax rate lower than the referred costs. The explanation for this fact lays, for instance, in the interaction between the tax and other pre-existent regulatory instruments (Smith, 1999: 509-511). In any case the

tax will not violate the PPP as long as the tax itself is “the means of achieving the specific goal with the guarantee that the polluters are paying the cost of meeting that goal, even though the cost of meeting the goal may be higher than the actual marginal prevention and control costs assumed by those who do not pay the tax” (Milne, 2003: 16).

The PPP might require the payment of the costs of pollution damage if it is linked to a broader economic theory of environmental protection, such as the Pigouvian one, in which the internalisation of costs is viewed as a technique for maximisation of social welfare. And the latter, from an economic perspective, does not require zero pollution but rather the equalization at the margin of social benefits and social costs. Therefore, for economists the ideal level of pollution is not zero but the one maximising social benefits. This requires economic agents to decide on their pollution level taking into consideration not only prevention and control costs but also the costs of the damages following from pollution.

The touchstone is that a pollution tax rate must be explained by the attainment of a specific environmental goal in order to be an environmental policy instrument (the tax purpose test). And this is true either the tax rate reflects the pollution costs or not, though there will be a heavier burden of proof when a correspondence is absent. In any case the choice of the precise environmental goal to pursue or costs to allocate within the possible spectrum has to be a political one, since also for this aspect there is not a single answer from the Polluter Pays Principle.

The choice of a specific environmental objective can lead to different tax rates. Two different tax rates will arise depending on whether the tax is keyed to achieve a precise environmental quality standard at the individual economic agent level or at the aggregate level of the whole industry. Furthermore, a tax rate able to allocate prevention costs might not be proper to allocate control costs or restoration costs and vice-versa.

Prevention requirements included in the PPP argue in the direction that the polluter should pay according to what is required to avoid pollution and not necessarily only with reference to the amount of damage caused. Those requirements are directly influenced by the characteristics of the pollution and the cost incurred to avoid it. Among the aspects to consider are the probability of occurrence and potential amount of environmental damage resulting from certain behaviour, as well as the degree of harmfulness associated to it. Furthermore, the higher the profits from the environmentally harmful activity are, the higher the tax levels must be to be effective, since profits affect the polluter's choice between ‘polluting and paying the tax’ and ‘controlling emissions and paying for environmental measures’.

4.2. Categories of costs

The costs the polluter might be forced to pay for according to the PPP can be broken down into several categories. Concerning the kind of costs involved, these can be costs of pollution control, prevention and restoration, as well as the associated administrative costs and the costs of residual emissions.

Taking as criterion the amount of costs covered, three main categories are possible: 1) the costs of pollution control and prevention, either a) the costs of pollution control and prevention at individual facilities, or b) the costs of collective measures on behalf of a whole group of polluters, 2) the costs of pollution control, prevention and restoration of damages not prevented, and 3) all of the costs just mentioned plus the costs of any residual damage resulting from less-than-full prevention and control. In all mentioned hypothesis, the associated administrative costs are included as well. The PPP also seeks to apportion administrative and other ancillary expenses of a public environmental protection system, to the extent that such costs can be linked to pollution control and preventative measures (Council Recommendation 75/436, 3, OECD, 1975a: 25).

Furthermore, the kind of costs allocated to polluters, as well as the instruments used to perform such allocation, is influenced by the debate on the identification of the individuals to which the costs might otherwise be allocated, *i.e.*, ‘the polluter should pay instead of whom?’. The answer to this question depends on whether the costs are being shifted from the government or the society as a whole (Milne, 2003: 8-9). On the first hypothesis, and going from the narrowest to the broadest version, polluter payments can replace a) direct governmental subsidies to polluters or b) public expenditure expressed in environmental actions taken by public authorities at taxpayers’ expenses.

If polluters should pay instead of the government, they can only be imposed pollution prevention, control, and reparation costs, and this cost allocation requires the previous existence of a legal duty to take pollution preventative or remedial action. On the second hypothesis, polluter payments substitute implicit societal subsidies arising from individual use of the environment. Under this approach polluters can also be forced to take the costs of residual emissions, as well as the costs of levelling the playing field for environmentally friendly products, either by means of economic instruments or, *e.g.*, regulatory requirements and liability regimes.

Under the narrowest version of the first hypothesis, the PPP does not require the use of environmental taxes. The idea is to make the polluter pay instead of subsidising him/her, thus the PPP will not require environmental taxes but withdrawal or forbearance of direct governmental payments. Under the broadest version of the first hypothesis, the PPP can be satisfied via tax instruments comprising either a fiscal effect or a behavioural effect.

A fiscal tax can implement the PPP as a revenue recycling mechanism, compensating for public expenditure caused by the polluter. For instance, due to technical reasons, it can be more efficient to develop a publicly financed multi-municipal system of wastewater treatment instead of imposing that each company invests in an individual cleansing system. In such context a tax can be used to apply the PPP if it is raised on the polluters according to the costs they cause and earmarked to finance the public system.

On the other hand, both when polluters pay instead of the society and when they pay to avoid the adoption of governmental environmental programmes, the PPP can be fulfilled by tax instruments that work as instruments of environmental improvement. Here the polluter can pay for pollution either by paying the tax or the cost of avoiding the tax. The amount of the tax levied on the polluter will, however, vary depending on the response to the question ‘the polluter should pay instead of whom?’. If the polluter pays instead of the society as a whole, there will be a greater amount of costs the tax can account for than when the polluter is only allocated possible governmental costs.

4.3. Contrasting the Polluter Pays Principle with the Pigouvian theory

Also concerning the costs to be covered we can contrast the Polluter Pays Principle with the Pigouvian theory, though both enquire who should pay for pollution. The referred principle comprises two (three, if the normative rationale is considered a rationale in itself) different rationalities. But even if analysed in its economic rationale, the economic concerns found within the principle might not be the same as the ones voiced by the theory of internalization of external costs (Pigouvian theory). Therefore, payments required also lack such coincidence. Only the broadest version of the PPP, *i.e.*, the one requiring the polluter to pay instead of the society as a whole allows full internalisation of pollution costs, whilst the Pigouvian theory always requires full internalisation.

The difference is explained by the distinct rationale underpinning each of the theories even if we take as reference point the economic rationale in the PPP. The Pigouvian theory aims at maximizing total welfare, hence demanding an accurate allocation of external costs. This is a difficult task to fulfil in real world. Influenced by neoclassical economics, the Pigouvian

theory does not consider the institutional context. Its simplified approach to reality makes it mainly theoretical, making difficult its application.

The PPP, on the other hand, takes on board contributions from different fields of knowledge, which feed into the objective pursued. Unlike the Pigouvian theory, the PPP does not assign a single and clear content to environmental taxes. It is, however, possible to identify two fundamental concerns common to all several dimensions of the principle: preventing trade distortions and promoting efficiency. These objectives can be pursued without rigorous internalization of the externalities.

Price correction can be implemented via differentiated taxation according to the environmental performance of products, as well as the simultaneous use of several other economic instruments. The latter can take not only a tax form but also other forms. Thus, the PPP does not require full internalisation but market price correction, which is a more feasible approach than the one proposed by the Pigouvian theory.

These concerns are voiced by the European Commission in the following terms: “(...) it will neither be straightforward to identify the true external costs of products and their inputs nor always easy to design broadly accepted policy options to implement the polluter pays principle. Therefore, it will be necessary to make simplifications in order to achieve the broader goal of effective and simple measures to correct market failures that can also be administrated. (...) Care must be taken that such measures properly reflect differences in external costs linked to products and that they do not lead to artificial pricing structures that might hamper competition within the Internal Market.” – COM (2001) 68 final, p. 11.

4.4. Tax payment versus behavioural change

The environmental effect of a tax raised on a polluting base depends on the fulfilment of certain characteristics (EEA, 1996: 17, 28), which are not always found in real taxes for a variety of reasons. Taxes levied on non-polluting bases that observe certain conditions can have a positive environmental impact. Among these conditions are, *e.g.*, the existence of substitutes for the polluting good or behaviour (elastic demand), the clear link between the tax and the environmental problem as far as the taxpayer is concerned, as well as a tax rate high enough to make pollution more expensive than its avoidance. Thus, the two concepts, ‘environmentally related tax’ and ‘environmental tax’, do not completely overlap.

It is not enough to implement a tax shift from environmental goods into environmental harms to have a behavioural change and consequently an environmental improvement. Other factors influence the occurrence of such change. For instance, if notwithstanding the tax shift the disposable income is not reduced, the level of consumption will tend to not be reduced as well. Furthermore, if there are obstacles to a more friendly environmental behaviour, then the level of environmental harm attached to consumption will remain unchanged due to unbothered habits.

This might be the case, *e.g.*, when no information is provided to consumers on the environmental impact of the several options offered in the market. The same behavioural persistence might occur when the market fails to pass the price signal given by the tax to the agent able to modify the *status quo* in terms of environmental protection. If both referred conditions (‘no income reduction’ and ‘no change on the pattern of behaviour’) simultaneously hold, environmental damage will not be reduced. On the other hand, if there are other instruments in place providing extra stimulus for behavioural change, it might not be necessary for the tax to be levied on the amount of the marginal external costs, *i.e.*, full internalisation might induce excessive pollution control.

In spite of the pointed differences between the two theoretical substrata, *i.e.* the Pigouvian theory and the Polluter Pays Principle, both take cost internalisation as a means to attain

increased efficiency. Efficiency, expressed in welfare maximisation in the first case and less international trade distortions and better use of natural resources in the second, is expected as a result of behavioural changes induced by external costs allocation.

4.5. Expansion of costs covered

One shall now approach directly and historically-based the issue of ‘what should the polluter pay for?’. Ruled by a trade rationale and an efficiency rationale, initially the OECD did not require the PPP to provide full internalisation, but the level of internalisation necessary to reach an “acceptable state” of the environment (“the reduction of pollution beyond a certain level will not be practical or even necessary in view of the costs” – points a.3. and 4 of Annex to OECD 1972 Recommendation). As a cost allocation principle and not a ‘principle of compensation for damage’ (OECD, 1975; this analysis was not officially adopted by the OECD – Milne, 2003: 16), the initial version of the PPP only covered the costs of pollution control and prevention.

Levelling the playing field via internalisation of externalities, which increases the competitiveness of green products, would be in agreement with the trade rationale, since externalities are implicit subsidies distorting national and international markets (Posner, 1971: 23, Pearson, 1994: 560, Templet, 1995: 142-143, Runge and Jones, 1996: 7-8, Barg, 1996: 28). Initially, the trade rationale used by the OECD to justify the use of environmental taxes was a narrow one. Along the time costs covered by the principle expanded, but costs of pollution control equipment or other preventative measures at individual facilities still lay at the very heart of the principle (OECD, 2002: 2, Bugge, 1996: 77). These are costs that, unanimously, the facility itself should bear, without direct or indirect subsidy of the public treasury.

EU regulation has endorsed the obligation of the polluter to pay also for preventative measures in the Directive on the transfrontier shipment of hazardous waste, Council Directive 84/631/EEC, 06.12.1984, (Kiss and Shelton, 2000: 267): “In accordance with the ‘polluter pays’ principle, the cost of implementing the notification and supervision procedure, including the necessary analyses and controls, shall be chargeable to the holder and/or the producer of the waste by the Member State concerned” (art. 10).

By ‘the holder of the waste’ it was meant the producer of the waste or any other person or undertaking who or which proposed to carry out or to have carried out a transfrontier shipment of waste (art. 2/1, d). Payment was required from holders of waste or waste generators for waste control costs. Thus, polluters and potential polluters were forced to pay for effective harm and for preventative measures to deal with the increased risk necessitating supervision and control of hazardous waste.

The European Community had adopted this same approach in 1975 (Council Recommendation 75/436, p. 2). By then the person responsible for the pollution was only required to pay the costs of measures necessary to eliminate or reduce pollution to comply with limits set directly (quality standards) or indirectly (imposed measures) by public authorities. This position was restated in 1987 by the Council whilst endorsing the development of environmental taxes as means to implement the PPP (European Council, 1987: 15).

The OECD in its 1975 recommendation did not consider full internalisation as inconsistent with the PPP and accepted the inclusion of restoration costs (Pearson, 1994: 556-557). This opened the way to an enlargement of the amount of costs public authorities might impose on polluters. Enlargement of which there are signs in the 1981 recommendation (OECD, OECD/GD(92)81, Foreword, paragraph 1.1(c)). The internalization of damages was suggested also in 1991 by the OECD (Recommendation of the Council on the Use of Economic Instruments in Environmental Policy).

The expansion undergone by the PPP has thus affected the costs the polluter should cover. Later inclusion of costs of restoration of environmental damage and costs of residual

emissions brought the PPP to a full cost internalisation principle (against a reading of the PPP according to full internalisation, see Reh binder, 1993: 61 and Hoerner, 1998: 1203). This evolution might be connected to the emergence of diffuse pollution as a major environmental problem, since on its limited version the Polluter Pays Principle functions well as a remedy when actors are easily definable.

Signatories to the Rio Declaration on Environment and Development, adopted by the United Nations Conference on Environment and Development (14 June 1992), officially adopted the PPP in Principle 16. In this document it is possible to find the broader version of the PPP: “National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment”.

The use of the PPP in a discourse aimed not only at cost allocation but mainly at compensation for damage contributed to enlarge its content. At the European Union level, and within such compensation rationale, it is possible to find some documents embracing a broader version of the PPP than the one initially adopted. These documents are, in 1989, the Commission Proposal for a Council Directive on Civil Liability for Damage Caused by Waste (OJ n. C 251, p. 4), in 2000, the Opinion of the Economic and Social Committee on the White Paper on Environmental Liability (OJ n. C 268, p. 19) and the White Paper on Environmental Liability presented by the European Commission (COM(2000)66 final, pp. 13-14), and, in 2002, the Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Environmental Liability with Regard to the Prevention and Restoration of Environmental Damage (COM(2002)17 final, pp. 3, 32, 34).

Both two latter documents, as well as the Commission’s technical paper on the application of PPP from 6 December 1999⁶, imposed on the polluter restoration costs. The European Community has also used the broadest version of the PPP (*i.e.*, including costs of residual emissions and restoration) associated to environmental taxation in two other documents: the Communication from the Commission to the Council, European Parliament and Economic Social Committee: Tax Policy in the European Union – Priorities for the Years Ahead, COM(2001) 260 final, p. 14, and the Proposal for a Council Directive Amending Directive 92/81/EEC and Directive 92/82/EEC to Introduce Special Tax Arrangements for Diesel Fuel Used for Commercial Purpose and to Align the Excise Duties on Petrol and Diesel Fuel, OJ C 291, 2002, E221, E222, E227.

Summing up, in its most limited version, the PPP requires the government to restrain itself from financing legally compulsory environmental actions taken by the polluter. This ‘minimum limit’ can be found in the 2001 Guidelines on State Aid for Environmental Protection. Member-States are allowed to subsidise producers under certain conditions, but subsidies can never be granted to comply with legal obligations, being this reference point taken from the most demanding law applicable to the case, the national one or the Union one.

But along the time the European Commission has been embracing the broadest version of the principle concerning the costs the polluter should pay. On the Green Paper on Integrated Product Policy, COM(2001), 68 final, 07.02.2001, the Commission recognized that an integrated policy for products will probably need to be based on a mixture of the instruments, among them market price correction – “The most powerful instrument to transform the market in favour of more environmentally friendly products and services is to correct these market failures according to the polluter pays principle by ensuring that the true environmental

⁶ European Commission, The New Programming Period 2000-2006, Technical Paper 1: Application of the Polluter Pays Principle, Differentiating the Rates of Community Assistance for Structural Funds, Cohesion Fund and ISPA Infrastructure Operation, 06.12.1999, p. 5.

cost during the life cycle of products is integrated into the product price. (...) The associated external costs shall be quantified as far as possible" (point 4.1.).

Both at the OECD and the European Communities level, there seems to be unanimity over the PPP lower limit and complacency with its upper limit. In spite of the vagueness experienced concerning the total amount of costs to be paid by the polluter, due to obstacles found in real world, it is possible to notice a progressive evolution towards the broadest version of the principle. The aspect of the PPP about which there is unanimity does not necessarily demand the use of environmental taxes. Thus, the response to 'what shall the polluter pay for?' has contributed to leave the discussion open on what is an environmental tax, due to the evolving nature of the issue.

The enlargement of the PPP, namely as far as the costs to be paid by the polluter are considered, made it more demanding (Bergkamp, 2001: 259). The financial burden put on the taxpayer has grown with the evolution of the principle into a full cost internalisation version, which brings it closer to the Pigouvian version. We link this enlargement to several factors.

The new challenges brought in by the relevance gained by some kinds of environmental problem (v.g., diffuse pollution), as well as the growing public environmental awareness and consequent political power obtained by the environmental lobby contributed actively to shift the rights in favour of the society and away from the polluter. Furthermore, the rationale developed *supra* under the classification 'ethical rationale', which draws more on equity concerns than merely on economic ones, has also contributed to the enlargement of the principle.

5. Revenue use

Decisions about the use given to revenues from environmentally related taxes can help to place more emphasis on the preventive dimension of the PPP or on its remedying feature. The latter involves the costs of eliminating and/or compensating environmental damages, both costs directly incurred for such purpose and costs generated by the adoption of connected administrative measures.

Concerning the use of the revenues, there were different positions when the issue was discussed in the meeting of OECD Environment Ministers in 1974. Whilst the German delegation proposed earmarking (OECD, 1975a: 72-73), other participants understood the latter did not need to be associated to the PPP (OECD, 1975a: 80-81), reflecting the traditional resistance from economists to the use of such technique. The second position seems to have prevailed in the end, but the use of a 'principle of revenue recycling' as complementary to the PPP was already suggested (OECD, 1977: 52).

The European Council's 1975 Recommendation Regarding Cost Allocation accepts the use of the revenues from charges reflecting the PPP to finance collective measures taken by public authorities being the excess diverted to environmental projects. Though, since its foundation the PPP itself has continuously banned any use of the revenues to subsidise prevention and control measures imposed on the polluter (*inter alia*, OECD's 1972 Recommendation, European Council's 1975 Recommendation, European Commission's 2001 Guidelines on State Aids).

Furthermore, the European Commission tends to associate the use of pollution taxes to a tax neutral approach via the double dividend argument (e.g., COM (2001) 260 final, p. 13). This position supports dissociation between the PPP and earmarking since the way proposed by the Commission depends on public authorities enjoying freedom concerning the use of tax revenues. Taking into consideration the positions voiced in some official meetings and reference documents and, on the other hand, a reading of the PPP based on its purpose, it is possible to conclude that there is a unidirectional rather than bidirectional relationship. Dedication of resources can be considered compatible with the PPP (Vos, 2002: 284), but the latter does not require earmarking.

If the pollution tax is aimed at internalising externalities, its objective will be fulfilled by setting the tax rate at the adequate level to reduce pollution in the desired amount and reach a better allocation of resources. In this case earmarking will not be required by the PPP, since or there are no external costs because the polluter is below the emission level chosen by the regulator or such costs exist and the payment of the tax is enough to accomplish their internalisation.

It is, however, possible to imagine an alternative situation where the society bears the cost of residual emissions (*i.e.*, emissions produced below the control level envisaged by the regulator), whilst the polluter does not pay the price that reflects those costs. Under such hypothesis earmarking will be required to correct the deficient design of the tax rather than by the content of the principle itself.

This logic is valid if cost internalisation is considered a means of compensating the society for the costs imposed on it by the polluter, according to an ethical rule which deems fair to impose the costs on those who cause them and benefit from them. But this same logic is also valid when cost internalisation is taken as a normative rule, being a principle of responsibility directed at the achievement of behavioural changes.

In both cases the mere payment of the tax should be enough to attain the desired result, being earmarking required only when the tax rate was not set at the necessary level to reach such result. The accomplishment of the objective pursued by the PPP is done by the imposition of the tax designed according to its requirements and not by the expenditure of the revenues raised.

Even when the PPP is understood as requiring the polluter to pay for restoration costs, earmarking does not seem to be a necessary development of such principle (with a different view, Milne, 2003: 21-22). By paying a tax set according to the PPP the polluter is compensating the society for the costs (s)he imposed on it. Individual compensation of the pollutees is not required since the PPP is not a principle of strict liability. A liability regime for environmental damages like a pollution tax has its roots in the principle of responsibility which finds in the PPP one of its expression. The two instruments are however distinct, comprising each one its own identity.

Thus, from the need to perform specific damage remedying which represents the purpose of the liability regime (COM (2000) 66 final, paragraph 2.1.) can not be derived a similar obligation under a pollution tax regime. Furthermore, there are no reasons inferred from the PPP itself compelling to the dedication of revenues raised to specific projects. Resources obtained with the pollution tax can be put to the general public budget, being left to the political decision-maker how they should be used. Their application in the compensation of the victims created by the taxed activity is just one of the possibilities available.

6. Exceptions and limits

It is acceptable to wave the application of the PPP under certain conditions. On one hand, socio-economic reasons might require exemptions to the PPP, on the other hand, the principle's rationales involve themselves limits. The European Council Recommendation 75/436, in articles 6 and 7, accepted this dichotomy. In any case, to make someone else but the polluter pay for pollution is the exception rather than the rule and therefore only admitted under very strict conditions (Gaines, 1991: 476). Analysis of real world environmentally related taxes shows, however, a different reality. Payment by non-polluters is frequent and not seldom a broad proportion of potential tax bases is covered by reduced tax rates and exemptions of the tax instrument.

Derogations to the principle are necessary to make compatible colliding public interests. In these cases there is a kind of immanent limit to the principle that allows pollution costs to lay on some other entity different from the polluter. Among the most common motives evoked to justify the limitation of the PPP are national competitiveness, employment, distribution impact and regional development. The first three arguments are recurrent in energy taxes around

the world to explain lower rates or tax exemptions to industry. The fourth is also common in countries with asymmetric regional development and strong energy needs, like, *e.g.*, Sweden.

Exceptions to the PPP occur when other public interests on a specific situation conflict with environmental interests and are more valued than the latter. Therefore, the social benefits obtained have to supersede the social costs involved. The 1975 European Council Recommendation accepted exceptions on two cases, when full application of the PPP could cause severe economic crisis and when the principle's contradiction resulted from indirect benefits from other common policies.

6.1. Exemptions and environmental effectiveness

Numerous exemptions and a complicate structure may reduce environmental effectiveness of pollution taxes (OECD, 2001g: 10, 51). Exemptions and rebates create inefficiencies in pollution abatement as they tend to 'lock in' polluting processes and thus perpetuate harmful effects on the economy and threaten the dynamic incentive associated to pollution taxes. The pattern of environmental improvement undertaken will tend to be inefficient as many low-cost improvement options available in the biggest polluting sectors (*e.g.*, energy intensive industry) will fall outside the scope of the tax.

Environmental interest groups might tend to perceive a low environmental effectiveness in proposals to tax polluting bases that embrace several exemptions and offer polluters excessive flexibility. Therefore, this kind of tax proposals may fail to capture enough support to get through the legislative process. This might help to explain, for instance, the weak enthusiasm shown by environmentalists towards the proposals made by the European Commission to introduce a carbon/energy tax along the 1990s (Jachtenfuchs, 1996, Schlegelmilch, 1999: 3-8, on the watering of the Commission's proposals).

Some studies mention a potential 20 pct increase in the cost of attaining a certain environmental goal when potential exemptions are considered (Böhringer and Rutherford, 1997). Under the assumption that carbon leakage rates are low, a CO₂ tax with exemptions was even classified as a 'blunt instrument' (*idem*). Administrative costs associated to a complex system of tax rebates and refunds are also relevant. In the Danish case these were estimated around 1-2 pct of the tax revenue for CO₂ taxes levied on businesses (OECD, 2001g: 92). Moreover, exempted sectors will tend to attract capital investment with the consequent expansion of the polluting industry (Baumol and Oates, 1982: 207-229, Pearce and Turner, 1990: 107-109, Lewis, 1994: 35-37, Laffont, 1994: 39-66, Crocker, 1996: 61-86, Hanley, Shogren and White, 1997: 73-75).

6.2. Guidelines for especial regimes

Especially favourable regimes within pollution taxes might be a concession of justice to efficiency, which would not be accepted by Rawls (1990: 75, 181-186, 1999: 62). But this is all the more problematic since, as referred above, in many cases more favourable treatment is given to the largest polluters without any efficiency gains. So being, these tax measures not only raise efficiency concerns but also fairness-related ones (OECD, 2001g: 79). Furthermore, exemptions to pollution taxes undermine the application of the PPP. And the non-application of the PPP shall be designed as a preparatory way to reach its full application in the long-term and not as a permanent restriction to it.

Therefore, restrictions have not only to be justified by effective and relevant public interests, but also follow certain guidelines. They should be selective, transitory, applied within clearly defined periods and conditioned to the adoption of some kind of effort by the beneficiaries to comply with the principle ('efficient mitigation measures' – OECD, 2001g: 72).



Moreover, they should only partially cover the costs caused by the polluter (*i.e.*, tax reductions rather than tax exemptions) and not be successively prorogued. Furthermore, any limits to the PPP should be necessary, adequate and proportional to the interests on which they are based.

Apart from these general rules, others are set in OECD recommendation C(74)223 and Community guidelines. The EU framework is substantially more detailed than the OECD one. The EU legally binding framework has been directly influenced by the OECD *soft law*. It builds up on the general regime for state aids established by article 87 of the EC Treaty and has been developed on several documents, being the most relevant COM(97) 9 final, 26.03.1997, and 1994⁷ 2001⁸ and 2008⁹ Community guidelines on State aid for environmental protection. The OECD and the European Commission, as well as the EC Treaty (art. 93), have set procedural rules to be followed when national governments depart from the PPP.

These documents emphasise the criteria to justify the non-application of the PPP already mentioned and some others, such as the importance of not causing trade distortions (environmental dumping) and being more rigorous with new firms. Public measures which alleviate the polluter's burden and do not comply with the requirements set for an immanent limit are in breach with the PPP. And a regulatory intervention which assigns especial treatment to certain polluters without respect for the referred guidelines contradicts the principle's rationales.

The introduction of environmentally related taxes is often made possible thanks to exemptions or mitigation measures provided to taxpayers who would otherwise support a heavy tax burden. Furthermore, to set the tax rates at levels which are high enough to be effective usually depends on whether especial treatment is given to the individuals most affected by the tax. This can happen due to political reasons ('potentially big taxpayers' have enough power to block or disturb the implementation of the tax), to equity reasons (the tax has a regressive impact on income) and/or economic reasons (important national economic sectors competing in the international market are badly hit by the tax). Exemptions and mitigation regimes are especially relevant within energy taxation due to the socio-economic impact of energy prices.

6.3. Especial regimes in energy taxes

In open sectors or economies the recommended strategy to deal with competitiveness impacts, *i.e.*, gradual implementation of energy taxes, creates in the economic agents an awareness regarding future cost-increase. Therefore, tax relieves granted to the industry have taken up a crucial position with respect to the mitigation of competitive disadvantages (Hörner and Muller, 1997: 153, Määtä, 1997: 178). With a view to future tax burdens on energy consumption, industry is expected to adapt during a transitory period whilst it benefits from more favourable regimes.

Today a major environmental problem is global warming, which is associated to greenhouse gases, among which is carbon dioxide. Energy taxes are commonly referred by governments in their environmental programs as a means to address the problem of carbon emission. Carbon taxes usually take the form of taxes on the carbon content of fuels, intended to proxy for the carbon emissions which result from the combustion of such fuels.

The stable and close relationship between carbon content and eventual carbon emissions is in part explained by the lack of availability of end-of-pipe emission-cleaning solutions. However, considering the logical connection brought forward between carbon emissions and fuel taxes, we can conclude that levying a carbon tax on a non-fuel application stresses the fiscal nature of the tax and causes its departure from a normative carbon tax (Määtä, 1997: 301).

⁷ OJ C 72, 10.03.1994.

⁸ OJ C 37, 03.02.2001.

⁹ OJ C 82, 01.4.2008.

Denmark and Sweden are among the few countries which have introduced carbon taxes.¹⁰ Despite the high environmental awareness and concern experienced in these countries and the apparent adequacy of energy taxes raised on the carbon content of fuels to deal with carbon emissions, instruments found in these countries fell short of their full potential. The optimal tax design would be one where tax rates were defined separately for each fuel, in terms of fuel quantities, and relative tax levels on different fuels were set so as to equate the implicit rate of tax per unit of carbon across fuels (Smith, 1999: 507).

These characteristics were, however, absent from instruments observed. In Sweden the level of tax varied across types of energy users, despite the lack of relationship between this aspect and the damage caused by a unit of carbon. In this country lower tax rates applied to industrial energy users than to private households. Furthermore, tax exemptions were frequent. Several arguments were used to support the deviation from the ideal tax design. The compatibility of these arguments with the rationale of the theories underpinning pollution taxes needs to be addressed.

Exemptions are introduced with several concerns in mind, such as competitiveness and distribution impact of pollution tax, but they tend to reduce the environmental effectiveness of such taxes (OECD, 2003b: 21). Depending on what is considered the objective to be fulfilled by environmental taxes, the technique consisting on assigning exemptions to the individuals most strongly affected by the tax can be acceptable or not. If one aims at a betterment of the environmental performance, exemptions will be defensible as long as there is no space for improvement. Under such conditions, there will be a lawful motive to discriminate in favour of more unsustainable behaviours without breaching the equality principle neither the regulatory rationale.

According to some authors (*v.g.*, Klaus Bräunig, Federation of German Industry, in OECD, 2003b: 35), there is only an apparent contradiction between tax relieves granted to energy-intensive firms and the ability of the taxes to perform their intended controlling function, since taxes should be raised in accordance with consumption efficiency and not mere absolute values of consumption. The objective of achieving a sustainable climate policy would require companies to be penalised not for using energy but for “environmentally-harmful squandering” of energy resources.

Penalties are only worthwhile in cases where energy savings are possible or likely to be possible even after account has been taken of economically-acceptable marginal avoidance costs and prevailing conditions of competition. Otherwise, when savings are exhausted due to technological or economic limitations, following the argument, it is economically and environmentally pointless to levy energy taxes.

This approach underlines the relevance of the behavioural effect of the tax: “With the introduction of eco-taxes, energy intensive firms are therefore faced with a dilemma insofar as intelligent alternative course of action, which the taxes are supposed to encourage, are simply not open to them” (*ibidem*, 35). Against this argument it is, however, possible to argue that price signals are able to pressure for an expansion in technological limits, as the Japanese and German reactions to the oil crisis of the 1970s show. Bräunig (*ibidem*, 36) himself refers that the cement industry has successfully reduced its specific fuel requirements by more than 60 pct since 1950 due to the high costs associated with energy. Moreover, some studies indicate the number of patents for energy-efficient products increase with the level of energy prices (OECD, 2003b: 21).

¹⁰ Norway, together with Finland, was among the first countries to introduce a carbon tax. In 1992, the Norwegian Green Tax Commission has expressly proposed that the tax should be differentiated according to the carbon content of various fuels in order to reflect the CO₂ emissions from the various types of combustion. The Norwegian government failure to follow this advice took Määttä (1997: 289) to consider that the carbon tax in Norway constituted a clear tax departure from a normative carbon tax.

On the other hand, if policy emphasis is on internalisation of external costs, it might be difficult to explain the exemption of the biggest cost producers. A tax which design and motivation allow the conclusion that it is raised to internalise external costs caused by pollution cannot exempt the main polluters without infringing the equality principle. The same applies to a fiscal tax raised on a polluting tax base. It is, however, possible to accept such delimitation of the tax incidence based on the principle of proportionality. If full taxation involves more costs (e.g., regressive impact, loss of competitiveness) than benefits (e.g., higher environmental quality and equity) for the society, exemptions can be based on the principle of proportionality *lato sensu*.

7. Subsidies

Subsidies to polluters provide another example of how the rationales informing the Polluter Pays Principle can conflict. These instruments fulfil economic purposes similar to the ones obtained with pollution taxes. In the short term, the economic rationale of the PPP expressed in the maximisation of social welfare is compatible with the assignment of subsidies (Alder and Wilkinson, 1999: 184). From an economic perspective, the optimal level of pollution is not zero and subsidising the polluter can help the society reaching the point where social benefits equal social costs. However, in the long term, this might not be the case due to the expansion of the polluting industry induced by the attractiveness played by the subsidy.

Moreover, providing subsidies to polluters is an aspect where the economic rationale (welfare issues) conflicts with the ethic rational (issues of justice). The ones paying would not necessarily be the ones causing the harm or even those who are most able to pay, unless subsidies are fed with revenues obtained from the polluters themselves. Theoretically, this will be the case if subsidies are paid from a fund financed with contributions from polluters according to their polluting potential. These contributions can be voluntary or not but they cannot be paid for harms already caused otherwise the problem subsists, i.e. the ones who should pay for environmental damages will not pay. The lack of rigour in the calculus of the payment required from potential polluters can however raise an issue.

Lets analyse the example provided by the Swedish system to deal with NO_x emissions. Polluters paid for the harm caused by emissions, or a proxy of it, through the tax and the investment done in pollution control measures. When they were returned part of the amount paid according to their level of pollution control, the amount they paid to remedy the harm caused by their NO_x emissions was partially recovered. Even with revenue recycling within the same sector, the result was 'polluters only paid for part of the harm they caused with NO_x emissions'. Corrective justice was thus not delivered, since corrective justice requires the ones who caused or might cause harm to correct that state of affairs by restitutorial remedies or prevention.

The Swedish case performed well in environmental terms. Important environmental improvements have been accepted as following from the NO_x tax. The economic rationale of the PPP also seems to have been fulfilled since environmental improvement was attained in an efficient way. But issues of justice can be raised as part of the harm was not supported by the causer but by others. This example shows how hard it is to comply all the way with the PPP. Even an instrument apparently very well designed to respond in a positive way simultaneously to several concerns (namely the PPP, environmental protection, competitiveness and respect for the market structure) as the Swedish NO_x tax was is not able to pass the compliance test all the way through.

Furthermore, subsidies involve problems even among the several versions of justice the PPP comprises. Whilst corrective justice rules out subsidies because they reward rather than force polluters to remedy or compensate for the costs they cause, distributive justice might allow them. For instance, the latter might justify subsidies paid by developed countries to

developing states to enable the latter to comply with the Vienna Convention on Protection of the Ozone layer, since ozone-depleting substances (ODS) are a product of developed countries who also are the major beneficiaries of ODS technologies (Alder and Wilkinson, 1999: 215).

Furthermore, as far as the provision of environmental services is concerned, formally, full cost recovery is only required by the PPP under specific conditions. Costs of pollution control (relevant for the 'full cost recovery' or 'zero public subsidisation' of environmental projects' rule) are only equal to the charge for environmental damage on polluters (as required by the PPP) when marginal environmental benefits of additional pollution control are equal to marginal costs of providing the additional level of pollution control.

For instance, assuming that a specific standard delivers environmental benefits greater or equal to the costs of meeting the standard, the full cost recovery of meeting the standard represents a minimum estimate of the charge for environmental damage, which the polluter should pay, according to the PPP's version that argues 'the polluter should bear the costs of measures to reduce pollution decided upon by public authorities to ensure that the environment is in an acceptable state' (Commission, 2000b: 15).

Some subsidies are justified under an environmental justice argument and do not conflict with the PPP. Justice is usually served when the public pays for the benefits that it receives (Wenz, 1988: 334). Therefore, when an investment brings benefits both to the investor and the society, it is considered fair that the costs are shared between the two. Furthermore, efficiency is encouraged to its maximum level when society pays the full price of the benefits it receives (Wenz, 1988: 334).

Investment credits in energy-related improvements were already authorized under such logic. For instance, under the Carter administration, in 1980, the United States accepted this reasoning to authorize a tax credit of 40 pct of the cost of some solar energy-related home improvements. A study done by the Harvard Business School has, however, concluded that paying people for the full benefits to society of such investment would require a tax credit of around 60 pct (Barbour *et al*, 1982: 110-1).

Concluding remarks

It is argued the adoption of coherent environmental tax instruments has been hindered by insufficient fairness consideration and an ambiguous theoretical underpin. Such incoherence has led to low environmental effectiveness and consequent public opposition. This paper addresses critically a set of aspects as they have usually been approached in textbooks. After considering the rationale underpinning environmental taxation, it is argued that, in some cases, if equity concerns are brought together with efficiency ones, the decision-making process might lead to options different from the ones commonly suggested by the literature, namely in the following domains, in the decision about who is the polluter and where the responsibility cut should be drawn, as well as in possible uses for tax revenues, the admissibility of special regimes (exemptions and restrictions to tax liability) and the acceptability of subsidies.

A tax is effective when it reaches its goal. An 'environmental tax' is a regulatory instrument able to directly deliver positive environmental effects by the way it impacts on agents' behaviour. However, vagueness and incompleteness in its theoretical framework often does not allow a clear statement as far as its goal is concerned. Even the most developed theory used to support the employment of pollution charges within environmental policy, i.e., the Polluter Pays Principle, has been introduced in broad terms and involves potentially conflicting rationales and ambiguity (Sadeleer, 2002:59).

The literature is ambiguous about the aim pursued by 'environmental taxes' and institutional practices often develop into real world tax instruments with an incoherent design.

Moreover, they conflict with possible ethical references, such as the Accountability Principle drawn from Liberal egalitarianism and the concepts of 'redistributive justice', 'distributive justice' and 'corrective justice' comprised in the concept of justice. This *status quo* evidences the importance of having a theoretical support sufficiently clear and detailed to provide the regulator with consistent guidelines. In the absence of the latter several issues emerge. Terminological inaccuracy, which is inevitably associated with a frail theoretical background, is expected to ignite a relevant set of problems in terms of legitimacy and effectiveness.

Following from this theoretical incoherence, environmental ineffectiveness and equity issues have led to public resistance to environmentally related taxes. To address the increasing public opposition to their adoption politicians have diverted their design and application from the theoretical model. This, though promoting their feasibility in the short and medium term, has further hampered their effectiveness. Such move might undermine the use of these instruments in the long run.

At times, earmarking of environmentally related taxes revenues to environmental goals has been proposed to overcome such lack of trust. However, this might not be sufficient or be even wrong in many cases. The way might rather be theoretical clarification with further focus on fairness considerations. Though these taxes have been defended in the literature based on efficiency concerns, fairness considerations should cross any design and implementation decision as far as these instruments are concerned for moral reasons. They might also be helpful in dealing with the decreasing popularity these taxes have been experienced since the early 1990s and in overcoming effectiveness costs associated with political strategies aimed at raising their popularity.

To deal with the fairness issue Kalbekken (2008) suggests three possible ways, namely a Pigouvian threshold tax, a Pigouvian tax with earmarking of (some of) the revenues or an emissions trading scheme with some grandfathering of permits. There are better means to operate redistribution than Pigouvian taxes. Therefore, if a tax due to fairness considerations ends up being inefficient, due to tax exemptions and reductions or the way its revenues are used or despite all the efforts taken in its design and implementation, it might be better not to adopt the tax at all. All these considerations should be relevant in the instrument design, adoption and implementation. However, textbooks often do not take them into consideration when elaborating on environmentally related taxation.

Keywords: Accountability Principle; Polluter Pays Principle; economic rationale; ethical rationale; normative rationale; concept of justice; cost allocation; Pigouvian theory; behavioural change; subsidies to polluters.

Claudia Dias Soares

Professor of Law, Portuguese Catholic University

REFERENCES

- Alder, John; David Wilkinson (1999), *Environmental Law & Ethics*, London: Macmillan.
- Aragão, Alexandra Sousa (1997), *O Princípio do Poluidor Pagador. Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Coimbra.
- Barde, Jean-Philippe; Emílio Gerelli (1980), *Economia e politica dell'ambiente*, Bologna: Il Mulino.
- Barg, Stephan (1996), 'Eliminating Perverse Subsidies: What's the Problem?', in OECD, *Subsidies and Environment. Exploring the Linkages*, Paris, 23-41.

- Barnett, H. (1994), *Toxic Debts*, North Carolina.
- Baumol; Oates (1971), *The Use of Standards and Prices for Protection of the Environment*, Swedish Journal of Economics, Vol. 73, March, 42-54.
- Baumol; Oates (1982), *La Teoría de la Política Económica del Medio Ambiente*, Barcelona: Antoni Bosch, Editor.
- Bernstein, Richard J. (1976), *The Restructuring of Social and Political Theory*, London: Methuen & CO Ltd.
- Birnie, P. W.; A. E. Boyle (1992), *International Law and the Environment*, Oxford: Clarendon Press.
- Braun, Dietmar (1999), 'Interests or Ideas? An Overview of Ideational Concepts in Public Policy Research', in D. Braun and A. Busch (eds.), *Public Policy and Political Ideas*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 11-29.
- Bugge, H. C. (1996), 'The Principle of 'Polluer-Pay' in Economics and Law', in Erling Eide and Rogervan den Bergh (eds.), *Law and Economics of the Environment*, 54-57.
- Butti, Luciano (1990), *L'Ordinamento Italiano ed il Principio 'Chi Inquina Paga'*, Rivista Giuridica dell'Ambiente, Vol. 3, anno V.
- Campos, Diogo P. Leite de (1982), *Poluição Industrial e Responsabilidade Civil*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 42, 703
- Canotilho, J. J. Gomes (1994), 'A Responsabilidade por Danos Ambientais – Aproximação Juspublicística', in INA, *Direito do Ambiente*, Lisboa, 397-407.
- Canotilho, J. J. Gomes (1995), *Direito Público do Ambiente*, Curso de Pós-Graduação promovido pelo CEDOUA e a Faculdade de Direito de Coimbra no ano de 1995/1996, Coimbra: polic.
- Cordeiro, António Menezes (1994), 'Tutela do Ambiente e Direito Civil', in Instituto Nacional de Administração, *Direito do Ambiente*, Lisboa, 377-396.
- Dobson, Andrew (1998), *Justice and the Environment*, Oxford: Oxford University Press.
- Duff, David G. (2003), *Tax Policy and Global Warming*, University of Toronto, Faculty of Law, Law and Economics Research Paper n. 03-04, Toronto, May.
- Duren, Jean (1988), *Le Pollueur Payeur. L'Application et l'Avenir du Principe*, Revue du Marché Commun, Vol. 319, Supplément.
- EU Commission (1999), *The New Programming Period 2000-2006: Technical Paper by Theme, Technical Paper 1, Application of the Polluter Pays Principle: Differentiating the Rates of Community Assistance for Structural Funds, Cohesion Fund and ISPA Infrastructure Operations*, 06.12.1999.
- Gaines, Sanford (1991), *The Polluter-Pays Principle: From Economic Equity to Environmental Ethos*, Texas International Law Journal, Vol. 26, 463-496.
- Hahn, Robert W. (1989), *A Primer on Environmental Policy Design*, London: Harwood Academic Publishers GmbH.
- Hahn, Robert W.; R. Noll (1990), *Environmental Markets in the Year 2000*, Journal of Risk and Uncertainty, Vol. 3, 351-367.
- Hahn, Robert W.; R. N. Stavins (1991), *Incentive-based Environmental Regulation*, Ecology Law Quarterly, Vol. 18, 1-42.
- Hall, Peter A. (1992), 'The movement from Keynesianism to monetarism: Institutional analysis and British economic policy in the 1970s', in S. Steinmo, K. Thelen and F. Longstreth (eds.), *Structuring politics. Historical institutionalism in comparative analysis*, Cambridge, MA: Cambridge University Press, 90-113.
- Hanley; Shogren; White (1997), *Environmental Economics in Theory and Practice*, 3rd Ed., London.
- Henshaw, Lindsay; Marius Aalders; Per Molander (1998), *Implementation of the EC Directive on Integrated Pollution Prevention and Control (96/61): A Comparative Study*, Environmental Liability, Vol. 6, Issue 2, 1998, 39-55.
- Herrera Molina, Pedro Manuel (1990), *Las Contribuciones Especiales por Construcción de Carreteras como Tributo Autonómico*, Impuestos, Vol. 2, 244.
- Herrera Molina, Pedro Manuel (1995), *El Principio "Quien Contamina, Paga" desde la Perspectiva Jurídica*, Noticias de la Union Europea, N. 122, 81.

Herrera Molina, Pedro Manuel (1997), *El Principio de Capacidad Económica en Alemania y su Relevancia para el Derecho Español*, Noticias de la Unión Europea, N. 150, 37.

Herrera Molina, Pedro Manuel (1998), “Desgravaciones Tributarias y Protección del Medio Ambiente (Análisis a la Luz de los Principios Constitucionales y del Derecho Europeo)”, in Ana Yábar Sterling (ed.), *Fiscalidad Ambiental*, Barcelona, 133.

Hodge, Ian (1995), *Environmental Economics*, London.

Hoerner, Andrew J. (1998), *Harnessing the Tax Code for Environmental Protection: A Survey of State Initiatives*, Washington, D.C.: Center for a Sustainable Economy.

Jachtenfuchs, Markus (1996) *International Policy-Making as a Learning Process? The European Union and the Greenhouse Effect*, Aldershot: Avebury.

Jacobs, M. (1991), *The Green Economy*, London: Pluto Press.

Kallbekken, S. (2008), *Pigouvian tax schemes: feasibility versus efficiency*, Steffen Kallbekken PhD thesis, University of Oslo (Department of Economics).

Kiss, Alexandre; Dinah Shelton (2000), *International Environmental Law*, Transnational Publishers, Inc., 2nd Ed.

Krämer, Ludwig (1992), *Focus on European Community Environmental Law*, London: Sweet & Maxwell, 1st edition.

Laffont, J.-J. (1994), ‘Regulation of Pollution with Asymmetric Information’, in C. Dosi e T. Tomasi (eds.), *Nonpoint Source Pollution Regulation: Issues and Analysis*, Amsterdam.

Lewis, T. (1994), *Instruments of Choice for Environmental Protection*, University of Florida.

Lindmark, Magnus (1994), *Reflections on Economic Change, Natural Resources and Environment*, Umeå Papers in Economic History, N. 10, Umeå: University of Umeå, Department of Economic History.

Määttä, Kalle (1997), *Environmental Taxes. From an Economic Idea to a Legal Institution*, Helsinki, Finnish Lawyers' Publishing.

Martin, Gilles (1989), ‘Dela Responsabilité Civile Pour Faits de Pollution, au Droit a l'Environnement’, in M. Prieur and A. Kiss (dir.), *Droit et Économie de l'Environnement*, Publications Périodiques spécialisées.

Martinez-Alier, Juan (1993), *Distributional Obstacles to International Environmental Policy: The Failures at Rio and Prospects after Rio*, *Environmental Values*, Vol. 2, N. 2, 97-124.

Meli, Marisa (1989), *Le Origini del Principio ‘Chi Inquina Paga’ e Il Suo Accoglimento da Parte Della Comunità Europea*, *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, Vol. 2, Anno IV, 217-246.

Milne, Janet (2003), ‘Environmental Taxation: Why Theory Matters’, in J. Milne, K. Deketelaere, L. Kreiser and H. Ashiabor (eds.), *Critical Issues in Environmental Taxation*, Richmond Law & Tax, Vol. I, 3-26.

Nabais, J. Casalta (2003), *Direito Fiscal e Tutela do Ambiente em Portugal*, RevCEDOUA, Ano VI, N. 12, 23

Nash, Jonathan Remy (2000), Too Much Market? Conflict Between Tradable Pollution Allowances and the “Polluter Pays” Principle, *Harvard Environmental Law Review*, Vol. 24, N. 2, 465-535.

OECD (1972), Recommendation C(72)128, *Guiding Principles Concerning the International Economic Aspects of Environmental Policies*, 26.05.1972.

OECD (1975b), *The Polluter-Pays Principle. Definition. Analysis. Implementation*, Paris: OECD.

OECD (1977), *Politiques de l'Environnement au Japon*, Paris: OECD.

OECD (1981), *The Polluter-Pays Principle: OECD Analysis and Recommendations*, OECD/GD(92)81.

OECD (1984a), *Documents de Discussion*, Conférence Internationale ‘Direction de l'Environnement’, 18-21, Juin, Paris: OECD.

OECD (1984b), *La Fiscalité et l'environnement: Le cas de la France*, Paris

OECD (1985), *Environmental and Economics: The Results of the International Conference on Environmental Economics*, Paris: OECD.

- OECD (1989), *Economic Instruments for Environmental Protection*, Paris: OECD.
- OECD (1991), Recommendation of the Council on the Use of Economic Instruments in Environmental Policy, C(90)177/Final, 31.01.1991.
- OECD (1991b), *Environmental Policy: How to Apply Economic Instruments*, Paris: OECD.
- OECD (1992), *Taxation and the Environment: Complementary Policies*, Paris: OECD.
- OECD (1993), *OECD Environmental Performance Reviews. Portugal*, Paris: OECD.
- OECD (1994a), *Environment and Taxation: The Cases of the Netherlands, Sweden and the United States*, Paris: OECD.
- OECD (1994b), *Managing the Environment: the Role of Economic Instruments*, Paris: OECD.
- OECD (1994c), *The OECD Job Study*, Part II, Paris: OECD.
- OECD (1995), *Environmental Taxes in OECD Countries*, Paris: OECD.
- OECD (1996a), *Implementation Strategies for Environmental Taxes*, Paris: OECD.
- OECD (1996b), *Integrating Environment and Economy. Progress in the 1990s*, Paris: OECD.
- OECD (1996c), *Regulatory Reform: Overview and Proposed Horizontal Workplan*, Paris: OECD.
- OECD (1996d), *Environmental Performance Reviews: Sweden*, Paris: OECD.
- OECD (1997a), *Evaluating Economic Instruments for Environmental Policy*, Paris: OECD.
- OECD (1997b), *Environmental Policies and Employment*, Paris: OECD.
- OECD (1997c), *Environmental Taxes and Green Tax Reform*, Paris: OECD.
- OECD (1997d), *Final Report of the Ad Hoc Working Group on Participatory Development and Good Governance*, Part I, Paris: OECD.
- OECD (1999), *Revenue Statistics 1965-1998*, Paris: OECD.
- OECD (2000), *Greening Tax Mixes in OECD Countries: A Preliminary Assessment COM/ENV/EPOC/DAFFE/CFS(99)112/FINAL*, in OECD Working Papers, Vol. VIII, N. 79, 17.10.2000
- OECD (2001a), OECD Environment Directorate, *Green taxes*, OECD Observer, 15.06.2001, Paris: OECD.
- OECD (2001b), ECO/WKP(2001)29, 17.07.2001, Paris: OECD.
- OECD (2001c), *Surveillance of Tax Policies: A Synthesis of Findings in Economic Survey*, Economics Department Working Papers, N. 303, ECO/WKP(2001)29, 17.07.2001, Paris: OECD.
- OECD (2001d), *Environmental Performance Review. Portugal.*, Paris: OECD, digital version
- OECD (2001e), Helen Mountford, OECD Environment Directorate, Communication presented at the EEB Workshop on Environmental Taxation Reform, Brussels, 28.09.2001.
- OECD (2001f), *Environmentally related taxes: Issues and strategies*, Policy Brief November, Paris: OECD.
- OECD (2001g), *Environmentally related taxes: Issues and strategies*, Paris: OECD.
- OECD (2002), *Issues Paper for the OECD Global Forum on Sustainable Development: Conference on Financing the Environmental Dimension of Sustainable Development*, 24-26.04.2002.
- OECD (2003a), *Economic Surveys. Portugal*, Paris: OECD.
- OECD (2003b), *Implementing Environmental Fiscal Reform: Income Distribution and Sectoral Competitiveness Issues*, Paris: OECD.
- Opschoor; Vos (1989), *The Application of Economic Instruments for Environmental Protection in OECD Member Countries*, Paris.
- Pearce, David W.; R. Kerry Turner (1990), *Economics of Natural Resources and the Environment*, London.

- Pearson, Charles S. (1994), *Testing the System*, Cornell International Law Journal, Vol. 27, 553-575.
- PETRAS (2002), Policies for Ecological Tax Reform: Assessment of Social Responses *Environmental Tax Reform: What Does Europe Think?*, EVGI-CT-1999-0004, Project Partners: *Institute of Local Government Studies, Denmark; Ecole des Mines, Paris; Environmental Institute, University College Dublin; University of Surrey, Guildford – Coordinator; and Wuppertal Institute, Germany, March, Part: Environmental Tax Reform: What Does Europe Think?*.
- Pezzey, P. (1988), 'Market Mechanisms of Pollution Control: 'polluter pays,' economic and practical aspects.', in R. K. Turner (ed.), *Sustainable Environmental Management: Principles and Practices*, London: Belhaven Press, 190-242.
- Pigou, A. C. (2002), *The Economics of Welfare*, New Brunswick (U.S.A.), London (U.K.): Transaction Publishers, originally published in 1952 by Macmillan and Co., Limited.
- Polinsky, A. Mitchell; Steven Shavell (1982), *Pigouvian Taxation With Administrative Costs*, Journal of Public Economics, Vol. 19, 385-394.
- Posner, Richard A. (1971), *Taxation by regulation*, The Bell Journal of Economy & Management Science, Vol. 2, N. 1, Spring, 22-50.
- Pulido, Laura (1996), *Environmentalism and Economic Justice*, Tucson: The University of Arizona Press.
- Rawls, John (1999), *A theory of justice*, Cambridge, Massachusetts, Revised edition.
- Rehbinder, Eckard (1993), *Environmental Regulation Through Fiscal and Economic Incentives in a Federal System*, Ecology Law Quarterly, Vol. 20, 57-83.
- Remond-Gouilloud, Martine (1994), *Du Droit de Détruire. Essai sur le Droit de L'Environnement*, Paris.
- Runge, C. Ford; Tom Jones (1996), 'Subsidies, Tax incentives and the Environment: An overview and synthesis', in OECD, *Subsidies and Environment. Exploring the Linkages*, Paris, 7-21.
- Sadeleer, Nicolas de (2002), *Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules*, Oxford: Oxford University Press.
- Sagoff, Mark (1981), *Economic Theory and Environmental Law*, Michigan Law Review, Vol. 79, N. 7, June, 1393-1419.
- Santos, Boaventura de Sousa (2002), *Towards a New Legal Common Sense*, East Kilbride (UK): Butterworths, 2nd ed.
- Schlegelmilch, Kai (1999), *Energy Taxation in the EU and some Member States: Looking for Opportunities Ahead*, Heinrich Böll Stiftung and Wuppertal Institute for Climate, Environment and Energy, Brussels, February.
- Shrader-Frechette, Kristin S. (2002), *Environmental Justice: Creating Equality, Reclaiming Democracy*, New York: Oxford University Press.
- Smith, Stephen (1999), 'Tax instruments for curbing CO₂ emissions', in Jeroen C. J. M. van den Bergh, *Handbook of Environmental and Resource Economics*, Cheltenham, UK, 505-521.
- Snellman, Per (1991), *The Swedish Tax Reform 1991*, Ernst & Young Skriftserien nr. 2, 2nd revised edition, Stockholm.
- Soares, Claudia Dias (2001), *O Imposto Ecológico. Contributo para o estudo dos instrumentos económicos de defesa do ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora.
- Soares, Claudia Dias (2003), *The use of tax instruments to deal with air pollution in Portugal. Ecological modernisation and the use of NEPIs*, RevCED⁰UA, Ano VI, N. 11, 2003, 45-58.
- Soares, Claudia Dias (2005), 'Environmental Tax: The weakening of a powerful theoretical concept', in H. Ashiabor, K. Deketelaere, L. Kreiser and J. Milne (eds.), *Critical Issues in Environmental Taxation*, Richmond Law & Tax, Vol. II, 23-50.
- Soares, Claudia Dias (2006a), 'The Earmarking of Revenues Within Environmental Tax Policy', in Panella et al (eds.), *Critical Issues in Environmental Taxation III*, Richmond Law & Tax, 256-265.
- Soares, Claudia Dias (2006b), 'Energy and Taxation: Some critical implementation issues', in Kurt Deketeleare e Marjan Peeters (eds.), *EU Climate Change Policy: The Challenge of New Regulatory Initiatives*, Edward Elgar.
- Soares, Claudia Dias (2007), 'Energy tax treatment of undertakings covered by emissions trading', *EC Tax Review*, Vol. 16, N. 4, 184-188.

Soares, Claudia Dias (2009), 'Discussing climate change policy instruments for energy-intensive sectors in the European Union', Cottrell, J., K. Deketelaere, H. Ashiabor, L. Kreiser and J. Milne (eds.), *Critical Issues in Environmental Taxation V*, Oxford University Press.

Soares, Claudia Dias (2011), 'The Law and Economics of Earmarking', in Janet Milne and Mikael Skou Andersen (eds.), *Handbook of Research on Environmental Taxation*, Edward Elgar, in press.

Stewart, Richard B. (1981), *Regulation, Innovation, and Administrative Law: a Conceptual Framework*, California Law Review, Vol. 69, 1256-1279.

Templet, P. H. (1995), *Grazing the commons: an empirical analysis of externalities, subsidies and sustainability*, Ecological Economics, Vol. 12, 141-159.

Vos, Hans (2002), 'Experience of CO₂ Taxation in the Netherlands', in Lawrence Kreiser *et alter* (eds.), *Critical Issues in International Environmental Taxation: Insights and Analysis for Achieving Environmental Goals Through Tax Policy*, CCH Incorporated, 281-299.

Wenz, Peter S. (1988), *Environmental Justice*, Albany: State University of New York Press.

A electricidade verde, a remuneração razoável e a harmonização de sistemas tarifários: quem tem medo da regulação económica?

Resumo

A produção de energia eléctrica em regime especial é um bem desejado por todos, mas é também um quebra-cabeças intrincado na hora de estabelecer regimes remuneratórios justos e equitativos para as centrais de produção que utilizam estas fontes de energia sem pôr em causa a sustentabilidade do preço final pago pelos consumidores. Portugal não tem ainda um regime jurídico comum para a produção em regime especial e depara-se neste momento com um problema complicado de resolver em matéria de regulação económica: garantir a universalidade do serviço de electricidade através de tarifas eficientes e justas sem pôr em causa a remuneração dos investimentos realizados em matéria de produção de electricidade a partir de energias renováveis, que atingem hoje uma “preocupante” quota de mercado. Se a este objectivo juntarmos ainda o cumprimento das directrizes europeias sobre a matéria, e a necessidade de harmonização com Espanha no contexto do MIBEL, temos traçado o quadro genérico das variáveis da questão. As dificuldades são sobretudo de ordem política, pois tecnicamente diversas soluções estão já gizadas na experiência comparada, e juridicamente a resposta só pode ser uma: a regulação económica eficiente exige a mobilização hábil dos princípios jurídicos ajustados ao novo modelo.

1. Enunciado síntese do problema

A produção de energia eléctrica a partir de centrais que utilizam fontes de energia renovável integra a categoria jurídica da *produção em regime especial*. De acordo com o disposto nos arts. 16.º/b) e 18.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro¹, considera-se “*produção de electricidade em regime especial*» a actividade sujeita a regimes jurídicos especiais, no âmbito da adopção de políticas destinadas a incentivar a produção de electricidade, incluindo a produção descentralizada, nomeadamente através da utilização de recursos endógenos renováveis ou de tecnologias de produção em co-geração”.

Entre nós, a *disciplina legal* da actividade de produção de energia eléctrica em regime especial continua ainda a assentar, maioritariamente, sobre o regime jurídico do pequeno produtor de energia eléctrica de 1988² – com diversas actualizações, sobretudo as necessárias para garantir a transposição das Directivas Europeias relativas à promoção da utilização de

¹ Diploma que foi entretanto actualizado pelo Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Julho.

² Situação geradora de uma complexidade excessiva e de alguma desarmonia na disciplina jurídica desta actividade, como, de resto, há algum tempo vimos sublinhando, v., o nosso, «Fontes de Energia Renovável: quadro normativo da produção de electricidade», *RevCEDOUA*, n.º 9, pp. 79 e ss (disponível *on-line*, no sítio do CEDOUA).

energia proveniente de fontes renováveis³ –, sobre o regime legal de gestão da capacidade de recepção de energia eléctrica nas redes, proveniente dos anteriores centros electroprodutores do Sistema Eléctrico Independente (o Decreto-Lei n.º 312/2001, de 12 de Dezembro, com diversas actualizações), e sobre um conjunto avulso de diplomas legais por cada tipo de fonte endógena utilizada na produção⁴.

Em termos europeus, o Estado Português tem, à semelhança dos restantes, a obrigação de garantir até 2020 uma quota de pelo menos 20% de energia proveniente de fontes renováveis no consumo final bruto de energia da União e para o efeito pode lançar mão, nos termos do art. 3.º/1/3, da Directiva 2009/28/CE, de *regimes de apoio e/ou de medidas de cooperação* com outros Estados-Membros e com países terceiros. Neste sentido, o Governo português estabeleceu na actual ENE, nos termos do Pacote Energia-Clima 20-20-20, as seguintes metas nacionais para 2020: 60 % da electricidade produzida e 31 % do consumo de energia terão origem em fontes renováveis, a que se associa uma redução do 20% do consumo de energia final⁵.

Um projecto ambicioso, que desde logo tem suscitado diversas críticas no que respeita à sua *sustentabilidade financeira*, atendendo às dificuldades gerais que todos os países sentem na hora de financiar o *sobrecusto* que a produção de energia eléctrica a partir de fontes renováveis representa⁶. Especialmente pelo facto de entre nós estes centros electroprodutores beneficiarem também do direito de colocar toda a energia que produzem na rede, e de terem a garantia de compra de toda a energia produzida, ou seja, de não terem de se sujeitar ao risco do mercado.

Portugal tem estimulado a implementação destas centrais através de um regime jurídico de apoios financeiros fundamentalmente baseados na subsidiação da tarifa (*feed-in-tariff/ feed-in-premium*), um esquema que é depois suportado economicamente pelos consumidores através do mecanismo de *alocação do diferencial*, previsto no Decreto-Lei n.º 90/2006, de 24 de Maio⁷. O valor do subsídio atribuído a cada central depende da tecnologia utilizada para a produção de electricidade, como resulta do disposto no anexo II do Decreto-Lei n.º 189/88, na sua redacção actual. Mas não só, como uma boa parte destas centrais é implantada na sequência de procedimentos concursais abertos pelo Estado, o valor do subsídio acaba por ser acordado nos contratos, embora tomando como referência os valores fixados na lei⁸, e esse financiamento é assegurado por um prazo que pode oscilar entre 2 anos, nos projectos eólicos *offshore* com utilização de plataformas flutuantes⁹, e os 12 anos, no caso das centrais eléctricas a energia solar fotovoltaica de concentração¹⁰.

³ Referimo-nos às Directivas n.º 2001/77/CE, n.º 2003/30/CE e n.º 2009/28/CE.

⁴ Para uma síntese dos mencionados regimes v. o nosso, *Direito da Energia*, Coimbra Editora-Wolters Kluwer, 2011, pp. 99 e ss.

⁵ Cf. Resolução do Conselho de Ministros n.º 33/2010, de 15 de Abril.

⁶ Em Itália, curiosamente, aos sobrecustos económico-financeiros acrescem também *custos ambientais*, pois o Tribunal Constitucional, na sentença n.º 248/2006, considerou inconstitucional a exclusão do dever de compensação ambiental («contratação compensatória») por parte das centrais que utilizam fontes renováveis – v., por todos, Alessandro Veronese, «Gli impianti di produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili tra misure di compensazione tipiche ed atipiche», *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2011, pp. 80 e ss.

⁷ Os sistemas de *feed-in-tariff* podem, em alternativa, fazer repercutir os sobrecustos em grupos de consumidores locais, quando se trata de produção renovável descentralizada, ou sobre grupos de contribuintes (o que acabaria por ser o caso se os governos com elevados *deficits tarifários* optassem por amortizar esses valores recorrendo a transferências do Orçamento do Estado) – Cf. Bhattacharyya, Suhbes, *Energy Economics. Concepts, Issues, Markets and Governance*, Springer, London, 2011, pp. 262 e ss.

⁸ Em regra no concurso estabelece-se como de critério de selecção “eficiente” o desconto que cada concorrente se propõe oferecer ao valor de remuneração tarifária (subsidiada) estabelecido na lei. Trata-se, como a doutrina alemã destaca, de um procedimento de *alocação eficiente de recursos* – v. Ferdinand Wollenschager, *Verteilungsverfahren*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

⁹ Cf. artigo único da Portaria n.º 286/2011, de 31 de Outubro.

¹⁰ Cf. art. 1.º da Portaria n.º 1057/2010, de 15 de Outubro.

Este sistema de financiamento da produção de energia eléctrica em regime especial torna-se excessivamente oneroso para os consumidores ou, quando o Estado garante a limitação das tarifas aos consumidores domésticos, como tem acontecido entre nós com o regime jurídico do comercializador de último recurso, origina a acumulação de elevados *deficits tarifários político-sociais*¹¹, que depois são difíceis de recuperar através da respectiva repercussão tarifária ao longo do tempo e permitem a acumulação de avultados direitos de crédito a favor das empresas produtoras de energia eléctrica¹².

A estas ineficiências soma-se, ainda, no entender de alguns, uma distorção do mercado, pois passamos a contar com elevadas quotas de produção de energia eléctrica que são transaccionadas fora dos mercados organizados, ao abrigo de regimes de protecção económica, mas também de regras especiais em matéria de despacho que comprometem o funcionamento eficiente do sistema. Este segundo aspecto crítico começa a ser ultrapassado graças ao desenvolvimento de *redes inteligentes*, as quais permitirão agilizar o despacho em tempo quase real e de forma mais eficiente, bem como instituir alguns esquemas de armazenamento temporário¹³.

2. Os sistemas de financiamento no plano europeu e em outros ordenamentos jurídicos

Compreende-se, por isso, que os reguladores e os decisores políticos tenham sentido a necessidade de estabelecer critérios de harmonização para o financiamento da produção em regime especial numa fase em que as quotas de mercado destas centrais começam a ser significativas em todos os Estados-membros da União Europeia e se prevê que venham a aumentar de acordo com os Planos de Acção Nacionais para as Energias Renováveis já apresentados por 23 Estados-membros.

A remuneração da produção em regime especial tornou-se, deste modo, uma preocupação comum a todos os Estados-membros, e também no contexto do desenvolvimento do mercado interno, o que motivou a proposta de um *sistema harmonizador europeu*¹⁴, no qual se distinguem quatro grupos de regimes de apoio às energias renováveis. Em primeiro lugar, o regime de *tarifas de aquisição*, que consiste na estipulação de um preço específico a pagar pela electricidade aos respectivos produtores durante um determinado período de tempo, sendo os custos acrescidos repercutidos economicamente sobre os consumidores finais, o qual corresponde, no essencial, ao sistema económico de *feed-in-tariff* vigente entre nós. Em Espanha, onde também vigora um sistema próximo, não se exclui a possibilidade de os produtores em regime especial venderem a sua electricidade livremente no mercado, sendo depois compensados financeiramente através da atribuição de “*primas*” sobre o preço por kWh, conforme o estipulado no *artículo 27*, do *Real Decreto 661/2007*, de 25 de Maio, que corresponde à variação *feed-in-premium* do sistema *feed-in-tariff*.

¹¹ Mecanismo regulado entre nós pelo Decreto-Lei n.º 165/2008, de 21 de Agosto. Com efeito, ao referirmo-nos ao *deficit tarifário*, reportamo-nos ao problema da limitação das tarifas por motivos de regulação social (por isso adoptamos a designação de *deficit tarifário social*) e não a *deficits tarifários técnicos*, isto é, aos pequenos desacertos de regulação económica decorrentes de oscilações de valor em elementos variáveis, originadores, em certos períodos, de custos não cobertos totalmente pelo valor arrecadado com a receita tarifária.

¹² Destaque-se, porém, e em abono da verdade, que os custos económico-sociais que grassam sobre as tarifas energéticas em Portugal não se circunscrevem ao universo da produção em regime especial, pois aí encontramos também, por exemplo, os *custos de manutenção do equilíbrio contratual*, reconhecidos às centrais convencionais por ocasião da transição para o mercado (cessação antecipada dos contratos de aquisição de energia), cujo valor consubstancia mais um factor de oneração das facturas eléctricas – uma preocupação que o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 109/2011, de 18 de Novembro, expressa de forma directa.

¹³ Veja-se o projecto ambicioso contemplado na Comunicação da Comissão relativa às “*prioridades em infra-estruturas energéticas para 2020 e mais além Matriz para uma rede europeia integrada de energia*” – COM (2010) 677.

¹⁴ Cf. COM (2005) 627.

Em segundo lugar, propõe-se a instituição de um *regime de certificados verdes*, nos termos do qual a energia é vendida ao preço convencional no mercado, sendo os consumidores, ou os produtores em alguns Estados-membros, obrigados a adquirir certificados verdes de acordo com uma percentagem fixa, ou quota do respectivo consumo, ou produção se o sistema vincular os produtores¹⁵. Trata-se de um sistema de semelhante ao que foi instituído em Inglaterra. Este sistema é acompanhado de um mercado secundário de certificados, que funcionará em termos semelhantes ao que hoje existe em Portugal em matéria de títulos de biocombustível.

Diferentemente do que acontece nos biocombustíveis, em que o “produto verde” apresenta características diferentes dos combustíveis tradicionais, sendo o mercado constituído a partir de quotas mínimas de incorporação (mistura de combustíveis de origem fóssil com biocombustíveis), no caso da “electricidade verde” não existem características diferentes no produto final resultante de uma central que utiliza fontes renováveis ou outra que utiliza como fonte energética primária os combustíveis fósseis, o que significa que a certificação terá que decorrer da verificação das condições de produção e não do produto final obtido.

A terceira modalidade consiste na criação de um *regime de concursos*, em que o Estado abre concursos públicos para aquisição de energia produzida por centros que utilizem aquela tecnologia, sendo a mesma remunerada de acordo com o preço estabelecido no contrato, e os custos adicionais são neste caso repercutidos sobre o consumidor final a título de *contribuição especial*. O mesmo é dizer que se complementa o sistema de preços com um mecanismo financeiro de base tributária. Este regime existia em França e na Irlanda, mas foi substituído por um regime misto de tarifas e concursos, próximo ao que hoje existe em Portugal.

Por último, encontramos os *regimes de incentivos fiscais* (ex. regimes especiais de amortização dos equipamentos que integram as centrais de produção em regime especial ou regimes especiais de tributação do património quando os imóveis tenham instalados sistemas de produção energética com uso de recursos endógenos) e as *ajudas financeiras ao investimento*, que podem ser utilizados exclusivamente ou combinado com uma das outras modalidades. Estes incentivos são utilizados em vários Estados-membros e têm também especial popularidade em alguns Estados dos EUA.

A harmonização dos regimes de financiamento das energias renováveis é uma preocupação do legislador europeu, mas não é exclusiva deste, pois em todos os países, mesmo fora da Europa, onde existem este tipo de unidades de produção tem-se revelado fundamental criar um quadro normativo transparente e estável que oriente os investidores do sector. Percebendo-se que este é um domínio onde existem elevados custos de entrada (custos fixos de comercialização de novas tecnologias), que requerem períodos relativamente longos de amortização do investimento¹⁶, mas este é também um domínio onde é fundamental garantir uma renovação contínua da tecnologia, devendo os Estados garantir periodicamente a entrada de novas centrais mais eficientes no *mix de geração*.

Esta segunda dimensão consubstancia, inclusive, uma das novas dimensões da socialidade ou das obrigações estaduais em matéria de garantia do bem-estar em ambiente de mercado¹⁷, exigindo-se, por essa razão, que o regime de financiamento concebido não obsta-

¹⁵ Sistema adoptado recentemente entre nós pelo Decreto-Lei n.º 141/2010, de 31 de Dezembro, o qual não pode ser cumulado com qualquer outro regime de apoio à produção de energias renováveis, designadamente com as *tarifas de aquisição* (art. 9.º/3).

¹⁶ O que justifica a celebração de contratos de aquisição de energia ou de subsidiação das tarifas por longos períodos de tempo, associados ao período de vida das instalações. Porém, o horizonte de 15 anos actualmente previsto na legislação nacional (prazo em linha com a média europeia) pode revelar-se desrazoável, como a experiência comparada vem demonstrando, se não existirem mecanismos de *redução gradual e equitativa* dos benefícios a partir de determinado período de tempo - Cf. Bhattacharyya, Suhbes, *Energy Economics...*, pp. 263.

¹⁷ Ao estabelecer estes regimes jurídicos, o Estado actua, simultaneamente, como *regulador* da eficiência do sector e como *garantidor* do bem-estar social no novo contexto de economia social de mercado – v. Claudio Franzius, *Gewährleistung im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2009.

culize a que esta substituição – de tecnologias obsoletas ou menos eficientes por tecnologias novas ou que se revelem mais eficientes – se faça com baixos custos de transacção. Uma solução que é possível por duas vias: se o regulador limitar as remunerações destas centrais a valores adequados; se o regulador orientar os excedentes de renda que estas unidades de produção alcançam para a investigação e a melhoria tecnológica das instalações.

Uma alternativa interessante aos actuais sistemas de *feed-in-tariff* / *feed-in-premium* que grassam na legislação ibérica é aquela que se encontra patente no modelo norte-americano, e que tendem a aperfeiçoar-se com a Administração *Obama*, no contexto da promoção crescente de avultados investimentos em matéria de implantação de novas centrais de produção de energia eléctrica que utilizam fontes renováveis, em especial as eólicas e fotovoltaicas. Trata-se, por exemplo, de instituir *regimes fiscais especiais* para as entidades que desenvolvem actividades económicas energívoras e valorizam a sua actividade através da instalação de centrais de produção de energia eléctrica que utilizam fontes renováveis, permitindo-lhes reduzir, substancialmente, os custos de produção.

Neste caso, para além de eventuais apoios financeiros concedidos por entidades municipais, essas empresas gozam de um *benefício fiscal na tributação do património*, uma vez que não se actualiza o valor da base tributável dos imóveis na medida da valorização decorrente daquelas benfeitorias, instrumento que usualmente surge associado a regimes especiais de amortização dos bens incorporados para a produção de energia eléctrica (regime especial de depreciação e amortização de activos). Em regra estes benefícios fiscais têm um prazo de duração de cinco anos¹⁸, que constitui, no essencial, a “*praxe*” em matéria de prazo de protecção do risco à recuperação de investimentos em actividades energéticas naquela “comunidade jurídica”¹⁹.

Nos Estados Unidos da América encontramos também um esquema de financiamento baseado no sistema de “*quotas verdes*” (*renewable energy standards*), em que se exige aos produtores que incorporem determinadas percentagens de energias renováveis, deixando que o preço se forme livremente no mercado. É um sistema semelhante ao dos *certificados verdes*, mas com menos regulamentação. Referimo-nos ao denominado regime de *Renewable portfolio standard*, utilizado na maioria dos Estados dos Estados Unidos da América (é uma política estadual) e que deixa completamente livre ao mercado a implantação e desenvolvimento das centrais que utilizam energias renováveis, limitando-se os reguladores a verificar o cumprimento dos *standards*.

Este sistema foi também adoptado em 2002 no Reino Unido, no País de Gales e na Escócia, e em 2005 na Irlanda do Norte, através da emissão das denominadas *renewable obligations*, que consistem em obrigações de produção de quotas mínimas de electricidade a partir de fontes renováveis em função da totalidade de energia produzida. Uma quota que actualmente se encontra estabelecida em 15,4%, prevendo-se a manutenção deste valor até 2037. Por cada unidade de produção de electricidade verde o produtor recebe um *Renewable Obligation Certificate* (ROC), que depois transacciona no mercado, conjunta ou separadamente com a electricidade produzida, o que significa que para alguns produtores pode ser mais eficiente utilizar energias fósseis e adquirir certificados no mercado para “cumprir” a quota de energia verde exigida do que criar uma central de produção em regime especial ou mesmo adquirir energia verde. No sistema inglês admite-se ainda que o produtor possa fazer um pagamento

¹⁸ Cf. Marata, Gerard / Soldevila Ferrer, Olegario / Dorrell, Jeff / Larkin Watkins, Erin, «Renewable Energy Incentives in the United States and Spain: Different Paths – Same Destination?», *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 2010/28, pp. 481 e ss (493).

¹⁹ Referimo-nos, por exemplo, ao prazo que em regra é estipulado nos *contratos de partilha para exploração do petróleo*, em que é usual as partes acordarem um período de cinco anos para que o investidor possa deduzir uma parte do petróleo extraído a título de amortização de custos (*cost oil*) antes de realizar a partilha da parte considerada lucro (*profit oil*).

(em valor fixado pelo regulador²⁰) a um fundo em vez de adquirir ROC ou produzir electricidade verde, podendo esta alternativa ser total ou parcial. Este fundo – o *Renewables Obligation Buy-Out Fund* – constitui, assim, o instrumento de financiamento da produção em regime especial.

Na prática, este sistema não incentiva substancialmente a instalação de novas centrais de produção em regime especial, e o Reino Unido tem sido acusado desse facto, ou seja, de não dispor de capacidade de geração a partir de energias renováveis em quotas significativas, mas, em contraponto, o mesmo refere que o sistema adoptado tem permitido constituir um fundo de financiamento da inovação, nos termos do qual a entrada no mercado fica reservada à tecnologia já testada, e por isso eficiente, enquanto os sistemas de *feed-in-tariff* contam hoje com pesados encargos difíceis de financiar; encargos que ameaçam mesmo impedir estes países de avançar tecnologicamente na próxima década.

Outra alternativa eficiente ao sistema *feed-in-tariff* / *feed-in-premium* é o *procedimento concursal para aquisição por capacidade*, que consiste na fixação pela entidade reguladora de um tecto máximo de aquisição por tecnologia, o que circunscreve a remuneração subsidiada a uma parte da produção em regime especial previamente determinada pelo poder público, normalmente a partir de um sistema de registo prévio dos produtores. Este mecanismo pode também ser associado a um esquema de remuneração por licitação, que ajuda a fixar uma *subsídio eficiente*, uma vez que o valor decorre da licitação e não de um custo marginal previamente fixado. Contudo, o sistema de quotas de aquisição pode também conduzir a um desincentivo no investimento em inovação, pois a entrada de novos operadores, sabendo do risco que correm ao não alcançar o subsídio, dependerá sempre da expectativa de que os custos de produção fiquem abaixo dos custos marginais máximos de venda de todos os que integram o *mix*, originando, como se percebe, sérias desvantagens para as centrais que utilizam tecnologia mais dispendiosa.

Os especialistas em *regulação económica* explicam que as variáveis do risco no financiamento da produção de energia eléctrica a partir de fontes renováveis assentam em dois modelos: modelo de preços e o modelo de quantidades. É preferível utilizar um modelo de fixação de preços subsidiados (*feed-in-tariff*) quando existe incerteza quanto aos custos marginais, e um modelo de fixação de quantidade (*aquisição por capacidade*), quando a incerteza quanto à capacidade de produção é elevada. O contrário, a utilização de um sistema de tarifas quando a incerteza quanto à capacidade de produção é elevada, pode originar *défices excessivos de financiamento*, na medida em que o regulador projecta um valor de financiamento com base numa determinada quantidade produzida que depois é excedida, assim como a utilização de um sistema de aquisição de quantidades quando a incerteza quanto ao custo marginal é elevada faz com que ele projecte um determinado custo pela aquisição dessa energia que depois é amplamente ultrapassado.

3. As soluções equacionadas no documento apresentado pelo Conselho de Reguladores do MIBEL

É neste contexto que devemos localizar e interpretar o recente trabalho elaborado pelo Conselho de Reguladores do MIBEL relativo à “*harmonização regulatória da integração da produção em regime especial no MIBEL e na operação dos respectivos sistemas eléctricos*”. Trata-se, no essencial, de procurar soluções para integrar a produção em regime especial no mercado.

Aí pode ler-se que, de acordo com o sistema actual vigente em Portugal – segundo o qual o comercializador de último recurso²¹ tem a obrigação de adquirir toda a energia produzida

²⁰ De acordo com a informação da OFGEM, o valor de cada ROC foi, em 2011, de £14.32.

²¹ A EDP Serviço Universal, empresa a quem essa licença foi outorgada com base no disposto no art. 73.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

pelos comercializadores em regime especial²², podendo depois proceder à sua venda nos termos do disposto no art. 241.º do Regulamento das Relações Comerciais²³ –, a produção a partir de fontes renováveis influencia o preço de mercado, na medida em que influencia o volume da oferta de compra por parte do comercializador de último recurso. No intuito de minorar esta ineficiência foi adoptado um sistema de venda de energia pelo comercializador de último recurso através do mercado a prazo, tendo a ERSE aprovado, para o efeito, a Directiva n.º 5/2011, de 24 de Novembro, relativa aos termos e condições de realização de leilões de colocação de PRE no mercado a prazo²⁴.

Em Espanha vigorava um sistema de *oferta em mercado através de representante* escolhido livremente pelos produtores em regime especial. Em regra esse representante era o gestor da rede de distribuição ao qual o centro produtor em regime especial estava ligado²⁵. Com a entrada em vigor do regime de comercializador de último recurso, a referida representação passa a ficar a cargo do comercializador de último recurso (sempre que o produtor não escolha outro comercializador como representante), que para este efeito actua como *representante de último recurso*²⁶, cabendo à CNE o pagamento das “primas” ou bonificações.

Ora, entende o Conselho de Reguladores do MIBEL, que algumas das ineficiências apontadas à produção em regime especial – intermitência, impossibilidade de armazenamento e de gestão da oferta – estão hoje mitigadas graças a mecanismos como a gestão da procura, o armazenamento de substituição²⁷ e o reforço das interligações, o que permite e recomenda a reorientação do sistema de remuneração da produção em regime especial para um contexto de mercado, de forma a evitar a distorção que actualmente se regista na formação do preço horário no mercado à vista.

Afirma-se no documento que *“os impactes da PRE no mercado à vista são idênticos para Portugal e para Espanha: no caso português, a oferta de PRE é descontada à procura dirigida a mercado, pressionando o preço de encontro no sentido da sua redução; no caso de Espanha a oferta de PRE é explicitada em mercado, com preço ofertado tendencialmente nulo, pelo que o aumento desta oferta pressiona igualmente o preço de encontro no sentido da descida de preços”*²⁸.

Para além dos aspectos relacionados com o funcionamento dos mercados propriamente ditos, de modo a acomodar a oferta da produção em regime especial e as suas características – oferta em blocos de energia em substituição das ofertas agregadas, co-adjuvação do mercado a prazo²⁹, mudanças no funcionamento do mercado intradiário – o que nos interessa analisar essencialmente são os aspectos retributivos da produção em regime especial.

De acordo com o documento, a opção parece recair sobre a permanência do sistema *feed-in-tariff* / *feed-in-premium*³⁰, embora com alguma regulação, seguindo o recente exemplo espanhol, consistente na fixação de tectos máximos de subsidiação por tecnologia – tran-

²² Cf. art. 20.º/1 do Decreto-Lei n.º 29/2006 e art. 55.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, na sua redacção actualizada.

²³ Regulamento ERSE n.º 496/2011, de 19 de Agosto.

²⁴ O primeiro leilão teve lugar a 16 de Dezembro.

²⁵ Cf. art. 24.1.b) do Real Decreto 661/2007, de 25 de Maio.

²⁶ Cf. Real Decreto 485/2009, de 3 de Abril.

²⁷ Categoria em que se inclui a ligação dos parques eólicos à grande hídrica através do uso de sistemas de bombagem.

²⁸ Cf. Documento de suporte à consulta pública, p. 26.

²⁹ Uma relação que entre nós se torna especialmente patente com o disposto na já mencionada Directiva ERSE 5/2011, publicada no DR, 2.ª Série, de 24 de Novembro, onde são estabelecidos os Termos e Condições de realização de Leilões de Colocação de PRE pelo Comercializador de Último Recurso. De acordo com este normativo, o comercializador de último recurso actua como vendedor da energia eléctrica em regime especial adquirida aos produtores, através da prévia constituição de blocos de energia por ele seleccionados e aprovados pelo regulador, que são depois colocados em licitação.

³⁰ Entre os argumentos aí esgrimidos consta o da alegada transição do sistema retributivo inglês do modelo de ROC para o sistema de *feed-in-tariff* / *feed-in-premium*, o que, todavia, como expressamente se refere no *sítio* do *Department of Energy & Climate Change* (acesso em 9.12.2011), apenas ocorrerá no domínio da pequena produção sem emissões de carbono, que incluirá apenas a eólica e fotovoltaica com uma capacidade de produção igual ou inferior a 50 kW, a minihídrica, a microgeração até 2 kW e a biogeração. No mais, a produção em regime especial continuará a ser sustentada pelo regime de ROC.

sição de um regime de *feed-in-tariff* para um esquema de *feed-in-premium* parcial³¹, que permite remeter para o risco do mercado uma parte da produção totalmente garantida – e no estabelecimento de um “*mecanismo automático de revisão da bonificação*”, que permitirá neutralizar ganhos excessivos por parte dos produtores em regime especial³².

Com efeito, da leitura das páginas 35 e 36 do documento que serve de suporte à consulta pública depreende-se uma descrença nas potencialidades do sistema de certificados verdes, sem que, em nosso entender, fiquem suficientemente explicadas as razões que justificam essa opção de base, que se tem revelado tão prudente no sistema inglês, garantindo alguma racionalização dos investimentos.

4. Considerações finais

Desconhecendo o resultado a que se chegará, importa todavia sublinhar algumas notas importantes sobre a matéria, tendo em conta, sobretudo, a “*recomendação*” que consta do memorando de entendimento celebrado entre Portugal /UE / BCE e FMI, por ocasião do “*resgate financeiro*” ao nosso país, onde se consagra uma referência expressa à necessidade de o país reformular o sistema de remuneração da produção de energia eléctrica em regime especial de modo a torná-lo mais eficiente e mais equitativo, ou seja, reduzindo “rendas excessivas” dos produtores, que oneram desproporcionadamente os utentes.

Em primeiro lugar, saudamos a solução adoptada pelo Governo espanhol em relação à produção a partir de centrais fotovoltaicas, que “*reduziu*” o valor das “*primas*” previamente acordadas para um valor fixado anualmente pelo regulador em função da localização da instalação, segundo critérios que garantem uma “*remuneração razoável*” dos investimentos³³. Apesar de benéfica para o sistema – consubstanciou uma medida indispensável para controlar o *deficit* tarifário que alcançava já valores muito elevados – e equitativa – pois acautelou a “*remuneração razoável*” dos investimentos, permitindo aos lesados “recorrer” sempre que conseguam demonstrar que o valor de remuneração fixado não é suficiente nem adequado para garantir a amortização e uma margem de lucro proporcional e justa – a medida foi muito contestada pelos produtores, incluindo na via judicial³⁴ e através do recurso à arbitragem internacional. Os investidores contestam sobretudo a “alteração do sistema de remuneração subsidiada” no decurso do prazo de 25 anos que haviam acordado com o Governo, e que constava do diploma de 2007. Uma modificação legislativa que no entendimento daqueles viola os princípios constitucionais da protecção da confiança e da proibição de retroactividade de normas legais por consubstanciar uma frustração ilegítima de expectativas fundadas no direito.

Na verdade, esta reacção dos investidores em Espanha é bem ilustrativa da dificuldade de harmonização dos regimes de contratualização de incentivos financeiros e fiscais no contexto do Estado regulador. Como já afirmámos em diversas ocasiões, na esteira, de resto, da doutrina nacional³⁵ e estrangeira³⁶, o *Estado regulador* consubstancia uma nova forma de intervenção do Estado na economia, a qual se traduz, no domínio concreto da regulação económica, como é aquele que está aqui em questão, na constrição das liberdades económicas dos agentes económicos que actuam em sectores ou actividades não concorrenciais, de

³¹ Um sistema também previsto no regime legal alemão desde a criação do Registo Administrativo de Centrais – cf. § 16 a § 22 da *Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) 2009*.

³² Na lei alemã - *Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) 2009* – este mecanismo de revisão goza de consagração no § 20, através de um sistema de regressão anual dos benefícios aplicável às centrais que entraram em funcionamento após 2010.

³³ Cf. disposición adicional primera do Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, que dá sequência à medida já antes aprovada pelo Real Decreto-Ley 6/2009, de 30 de abril.

³⁴ Cf., por todos, a Sentença do Tribunal Supremo 7478/2011, de 14.11.2011 (acesso em 14.12.2011).

³⁵ Cf., entre nós, por todos, Vital Moreira, *Auto-regulação Profissional e Administração Pública*, Almedina, Coimbra, 1997 e Leitão Marques / Vital Moreira, *A mão visível*, Almedina, Coimbra, 2003.

³⁶ Cf., por todos, Broemel, *Strategisches Verhalten in der Regulierung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 234 e ss.

modo a garantir que os mesmos (apenas) alcançam uma remuneração justa e equitativa, ou seja, uma remuneração idêntica à que alcançariam se actuassem em ambiente competitivo. Para tanto, o regulador limita-se a desenhar esquemas de retribuição das actividades que mimetizam os resultados de mercados eficientes³⁷, e que balizam as remunerações, impedindo que os agentes económicos capturem rendas pelo facto de actuarem em sectores e/ou actividades não concorrenciais. Trata-se de uma *alternativa eficiente* ao modelo de propriedade e exploração pública destas actividades, a que se soma, no modelo de regulação por agência como o nosso, a neutralização dos custos de transacção decorrentes da litigação associada à execução dos contratos administrativo.

Todavia, Constituições como a portuguesa e a espanhola, onde avultam normas de protecção das liberdades individuais e dos sujeitos jurídicos perante os poderes de ingerência das entidades públicas, e onde a liberdade empresarial aparece em regra articulada com o direito de propriedade, apresentam alguma dificuldade em acomodar de forma clara e “segura” este novo modo de intervenção do poder público, originando, em muitos casos, elevados custos de transacção aos operadores económicos do sector e um risco financeiro in comportável para os contribuintes e para as gerações futuras.

Palavras-chave: energias renováveis; tarifas subsidiadas; regulação económica; mercado eléctrico

Suzana Tavares da Silva

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

³⁷ Sobre o sentido e alcance da regulação económica nos sectores não concorrências v., por todos, Fehling / Ruffert (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.

A “instrumentalização” dos monopólios naturais contra vias de abertura a medidas de eficiência energética

Resumo

Com o presente artigo pretende-se analisar algumas das diversas questões que o actual regime jurídico da distribuição de energia eléctrica em baixa tensão suscita, designadamente quanto à gestão da iluminação pública. Essencialmente, é intenção do autor problematizar o tradicional argumento que, baseado na “teoria” dos “monopólios naturais”, tornaria indivisível a concessão de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão, impossibilitando, assim, os concedentes de adoptar medidas jurídicas e de gestão tendentes à melhoria da eficiência energética.

Como é sabido, a adopção de medidas de eficiência energética constitui hoje um desígnio dos Estados e da Sociedade. Contudo, do ponto de vista jurídico, parecem ainda existir alguns obstáculos herdados de um regime tradicional, mas que, em nosso entender, apenas exibem força na sua aparência formal. Com o presente artigo pretendemos, precisamente, fornecer um contributo a favor da possibilidade jurídica de superar aqueles obstáculos, os quais se encontram ainda presentes no actual regime jurídico da distribuição de energia eléctrica em baixa tensão suscita, designadamente quanto à gestão da iluminação pública. Essencialmente, pretendemos problematizar o tradicional argumento que, baseado na “teoria” dos “monopólios naturais”, tornaria indivisível a concessão de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão, impossibilitando, assim, os concedentes – os municípios - de adoptar medidas (medidas jurídicas e de gestão) tendentes à melhoria da eficiência energética.

Neste contexto, pretendemos analisar e esclarecer, quanto à gestão da iluminação pública: *i)* Saber se os municípios dispõem da faculdade de alterar unilateralmente os contratos celebrados com o concessionário (a EDP – Distribuição, S. A.); *ii)* Se podem sujeitar à concorrência o fornecimento de energia eléctrica para iluminação pública e se é possível a utilização da rede eléctrica de iluminação pública por um concessionário, na ausência de consentimento da EDP – Distribuição, S. A.; *iii)* Por último, determinar qual a entidade responsável pela manutenção dos postos de transformação, cabos, redes e colunas.

1. Possibilidade de sujeitar à concorrência o fornecimento de energia eléctrica para a iluminação pública

1.1. Breve nota sobre os precedentes da actual configuração da distribuição de electricidade em baixa tensão

A análise deste ponto pressupõe que se faça um sintético itinerário sobre a evolução do sector eléctrico, designadamente na parte relativa ao âmbito municipal.

No contexto europeu, a abertura do sector eléctrico aos processos de liberalização - e, portanto, de abertura ao mercado - começou a dar os seus primeiros passos a partir da década de 90 do século XX.

O projecto inerente a este processo concretiza-se numa ideia precisa: terminar com a clássica ligação da electricidade aos conceitos de monopólio e de direitos exclusivos, ou seja, romper com a apropriação pública, com os monopólios públicos das actividades do sector eléctrico (produção, transporte, etc.), concentrados em geral em empresas privadas concessionárias ou em empresas públicas e, em seu lugar, instituir um mercado de electricidade, abrindo-o à concorrência entre vários agentes quer na produção (na oferta), quer na comercialização (na procura), quer na venda de electricidade aos clientes finais¹.

Entre nós, o processo de liberalização avançou de forma mais visível a partir do ano de 2003, com o Decreto-Lei n.º 184/2003, de 20 de Agosto, com o Decreto-Lei n.º 185/2003, igualmente de 20 de Agosto, e com o Decreto-Lei n.º 192/2004, de 17 de Agosto, sobre o direito de escolha dos fornecedores - isto é, sobre o direito de elegibilidade dos consumidores -, o qual se viu decisivamente alargado com aquele diploma, ao abranger todos os consumidores.

Mas para instituir um mercado de electricidade impunha-se proceder previamente à separação de actividades - actividade de produção; actividade de transporte; actividade de distribuição; e, designadamente, separar quer a rede de transporte de electricidade da sua produção, quer a rede da distribuição de electricidade do serviço (actividade) do fornecimento desta a clientes.

Foi esta a orientação - fracturante relativamente ao sistema monopolista tradicional - que viria a ser decididamente assumida pelo direito positivo; primeiro pelo direito comunitário com a designada Directiva Electricidade (Directiva 2003/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e que revoga a Directiva 96/92/CE, entretanto revogada pela Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade²) e, entre nós, com o Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, que transpondo para o direito nacional os princípios daquela Directiva, estabeleceu as bases gerais da organização e funcionamento do sistema eléctrico nacional (SEN), bem como as bases gerais aplicáveis ao exercício das actividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de electricidade e à organização dos mercados de electricidade, e com o Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, que, no desenvolvimento dos princípios constantes do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, estabelece o regime jurídico aplicável às actividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de electricidade, bem como à operação logística de mudança de comercializador e aos procedimentos aplicáveis à atribuição das licenças e concessões³.

¹ Para uma síntese do processo a que se faz referência no texto, Pedro Gonçalves, *Regulação, Electricidade e Telecomunicações. Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, in *Direito Público e Regulação 7*, do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008. E especificamente sobre o caso português, também do mesmo Autor com Rodrigo Esteves de Oliveira, *As Concessões Municipais de Distribuição de Electricidade*, in *Direito Público e Regulação 1*, do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008. Para uma leitura mais aprofundada sobre a evolução do sector eléctrico, Suzana Tavares da Silva, *O sector eléctrico perante o Estado incentivador, orientador e garantidor* (Dissertação de Doutoramento), Faculdade de Direito de Coimbra, 2009 e da mesma autora, *Direito da Energia*, Coimbra Editora, 2011.

² A Directiva 2009/72/CE faz parte, a par do Regulamento (CE) n.º 714/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, relativo às condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço de electricidade e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1228/2003, do designado terceiro pacote de legislação comunitária relativa à criação do mercado interno de electricidade.

³ O Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, viria a ser alterado pelo Decreto-Lei n.º 104/2010, de 29 de Setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho, introduzindo este último novas regras no quadro organizativo do sistema eléctrico nacional, transpondo a Directiva n.º 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho.

Contudo, “presos” ainda ao postulado dos monopólios naturais, que parece limitar fatalmente as possibilidades jurídicas de gestão das redes – da rede de transporte e da rede de distribuição de electricidade -, legitimando-se de tal modo a permanência de monopólios de direito, aqueles diplomas legais continuaram, por isso, a atribuir a sua gestão a concessionários, em regime de exclusivo⁴. Nestes termos, a chave da “conversão” deste sector em mercado concorrencial, embora assente nas redes, teria forçosamente de passar pela segmentação das suas potencialidades comerciais, o que implicou necessariamente a separação funcional e jurídica entre, por um lado, o exclusivo da gestão das redes e as suas potencialidades - isto é, os serviços que com base nelas, através delas ou a partir delas podem ser prestados -, e, por outro, a separação entre a propriedade das redes (ou da sua posse⁵) e o regime da sua utilização por terceiros, o mesmo é dizer, a possibilidade e o regime de acesso de terceiros àquelas potencialidades.

Ou seja, a chave da institucionalização de um mercado concorrencial neste sector está no aproveitamento segmentado das potencialidades da rede, suportando ou possibilitando deste modo a prestação de diversos tipos de serviços, aos quais correspondem diversas actividades susceptíveis de serem exercidas por diferentes actores ou operadores, isto é, por diferentes empresas concorrentes. Numa palavra, não existe concorrência de redes, mas concorrência na rede.

Em todo o caso, o que se vem dizendo foi suficiente para provocar uma alteração fraturante no sector.

Na parte que aqui nos interessa – a distribuição de electricidade em baixa tensão -, a nova configuração do sistema permitiu romper com a concentração monopolista no mesmo operador da actividade de distribuição e de comercialização, isto é, da actividade de fornecimento da electricidade ao cliente, introduzindo no sector liberdades fundamentais do direito constitucional interno e do espaço da Europa comunitária, como a liberdade de contratação, a implicar a liberdade de escolha do comercializador por parte do cliente/consumidor, a liberdade de empresa e a liberdade de iniciativa económica.

Doravante, como refere Pedro Gonçalves na Obra já citada, a conexão física da rede de distribuição com as instalações de entrega de energia ao cliente, que impunha uma associação lógica e necessária da gestão da rede à entrega e venda ao cliente, está, pois, definitivamente ultrapassada. O passo decisivo na ruptura com essa interpretação consistiu em colocar o gestor da rede na posição de agente que se limita a transportar a energia que alguém – o comercializador – comprou para vender ao cliente cujas instalações estão ligadas à rede⁶.

1.2. As soluções legais de 2006

1.2.1. Os possíveis argumentos de uma eventual defesa do “status quo”

Numa certa perspectiva, o que importaria era sobretudo saber se uma *relação contratual* (um município/EDP – Distribuição) e uma *relação empresarial* (EDP - Distribuição/EDP -

⁴ E dizemos que “parece limitar fatalmente as possibilidades jurídicas de gestão das redes”, na medida em que, como veremos, quer o Decreto-Lei n.º 29/2006, quer o Decreto-Lei n.º 172/2006 não deixam de abrir a porta à cessação do regime de exclusivo quanto à gestão das redes, por efeito de eventuais medidas comunitárias sobre a matéria.

⁵ Note-se que o concessionário não tem de ser forçosamente o proprietário dos bens afectos à concessão ou pelo menos de todos os bens a ela afecto. Sobre esta questão, Pedro Gonçalves, *Ob. cit.* Sobre os diversos segmentos de actividade no âmbito do sector energético, Susana Tavares da Silva, *Direito da Energia*, Coimbra Editora, 2011.

⁶ Sintomático do que se diz no texto – de que, pelo menos de um certo ponto de vista, o fornecimento já está sujeito à concorrência – é o facto de existirem obrigações de rotulagem. Muito embora seja impossível estabelecer qual a fonte de fornecimento de um determinado consumo final, o certo é que as obrigações de rotulagem de energia eléctrica, decorrente da Lei n.º 51/2008, de 27 de Agosto, tornaram claro que a energia consumida tem diversas origens. Ora, na medida em que os produtores das várias formas de geração de energia eléctrica são distintos (a nuclear nem sequer é nacional), há concorrência não apenas entre os modos de geração, como entre os agentes que a produzem (em regime ordinário: EDP -Produção, Iberdrola, e REN Trading; em regime especial, muitos outros).

Comercialização/Produção) *se podem converter numa dupla relação mediada pelo mercado* – município/concessionária da iluminação pública, mais concessionária da iluminação pública/fornecedora de electricidade).

Na medida em que a primeira relação - a que opera no plano contratual entre um município, como concedente, e a EDP - Distribuição, como concessionária -, e que foi herdada, como se mencionou, de um passado imune a mecanismos de mercado⁷, o problema reconduzir-se-ia à segunda relação - a que opera no plano empresarial entre a EDP - Distribuição, como concessionária da iluminação pública, e a EDP - Comercialização, operando como agente da EDP - Produção, como fornecedora da energia eléctrica que alimenta a rede de iluminação pública.

O interesse nessa *substituição da hierarquia pelo mercado*⁸ é particularmente significativo: ao actuar *do lado da procura* enquanto concessionária da rede de iluminação pública - ao invés do que acontece quando alimenta a rede de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão, em que actua *do lado da oferta* -, a EDP - Distribuição não tem nenhum incentivo económico, nem para reduzir consumos, nem para oferecer preços menores, visto que os consumos são *rígidos*⁹ e são imputados e debitados aos municípios. Se incentivos há, estes são para a EDP - Distribuição, como empresa integrada num grupo, explorar em benefício deste essa procura cativa – bem podendo a sua eventual resistência à substituição das luminárias por outras de tecnologia economizadora de energia ser imputada a esses incentivos.

Ainda assim, o sentido da análise poderia ser a de que, enquanto se mantiverem as obrigações contratuais emergentes dos contratos de concessão celebrados ao abrigo do regime anterior a 2006, e a EDP - Distribuição for a concessionária da rede de distribuição de electricidade em baixa tensão e - em consequência - da iluminação pública dos municípios, não poderá haver, do lado da procura da energia utilizada para esse efeito, um “cliente elegível”¹⁰ susceptível de celebrar “contratos bilaterais”¹¹ com um fornecedor eléctrico alternativo (“comercializador”¹²). A obtenção do estatuto de “cliente elegível”¹³ – com o acrescido poder negocial decorrente da liberdade de procurar melhores alternativas de fornecimento do *input* energético – passaria, portanto, pela cisão da actividade de distribuição de electricidade em baixa tensão e da actividade de gestão da rede pública de iluminação (incluindo o fornecimento de energia para o efeito) – uma cisão que não seria isenta de dificuldades legais¹⁴ e que, além

⁷ Relembre-se que, nos termos do n.º 1 do artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, “As concessões previstas no presente decreto-lei consideram-se, nos termos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, atribuídas às entidades que à data da entrada em vigor do presente decreto-lei exerçam as correspondentes actividades.”

⁸ Mesmo que não se possa, em rigor, falar de hierarquia nas relações entre as empresas do grupo EDP, usa-se a expressão corrente para indicar as duas formas de lidar com problemas emergentes das relações económicas: *internalizá-los* (na empresa ou hierarquia) ou *externalizá-los* (no mercado).

⁹ No sentido económico de que a elasticidade-preço da procura é quase nula: como são os municípios que pagam a factura da iluminação pública, não podem proceder a ajustes de consumos uma vez fixada a dimensão da rede de iluminação pública e o horário de ligação desta; a procura é insensível ao preço.

¹⁰ Segundo o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro (e o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto), o “consumidor livre de comprar electricidade ao fornecedor da sua escolha”.

¹¹ Como referia a alínea a) do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 192/2004, de 17 de Agosto.

¹² Segundo o artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, “a entidade titular de licença de comercialização de electricidade cuja actividade consiste na compra a grosso e na venda a grosso e a retalho de electricidade;”. Os “comercializadores” de energia eléctrica, reconhecidos nos termos desse diploma e do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, são, além da EDP-Comercial e da Galp Power, a Iberdrola, a Endesa, a Gas Natural-Fenosa e a EGL- Energia Iberia S.L.

¹³ Designado “cliente não vinculado” no n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 192/2004, de 17 de Agosto.

¹⁴ Curiosamente, embora o âmbito da concessão tal como definido na Base II do Anexo IV ao Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, seja omissivo quanto à “iluminação pública”, já entre os bens afectos à concessão enumerados na alínea d) do n.º 1 da Base VIII é referida a “rede de iluminação pública”. Do mesmo modo, o Regulamento da Rede de Distribuição (Anexo II da Portaria n.º 596/2010, de 30 de Julho) inclui na Rede de Distribuição de Electricidade em Baixa Tensão (RDEBT) “As redes e instalações de iluminação pública;” (alínea d) do ponto 2.1.2).

do mais, até nem estaria presente em nenhuma das redes de distribuição de electricidade em baixa tensão existentes em Portugal¹⁵.

Sobre a viabilidade dessa separação – ainda que meramente *operacional* (isto é, mantendo a concessão, mas subcontratando outra entidade para realizar o serviço de iluminação pública) – haveria que ponderar alguns factores que poderiam, aparentemente, inviabilizá-la liminarmente.

O *primeiro*, operaria no plano prático, na medida em que extensão da rede de distribuição em baixa tensão é, em geral, acompanhada pela rede de iluminação pública, também, em geral, do mesmo tipo daquela. Em que termos seria tecnicamente factível separar uma da outra é uma questão técnica, fazendo-se até notar que *a experiência nacional é a de fazer coincidir sempre o fornecimento de electricidade em baixa tensão com a prestação do serviço de iluminação pública – e isso em relação a todos os operadores de todas as redes de distribuição em baixa tensão*.

O *segundo factor* teria a ver com a impossibilidade de os municípios actuarem com base em poderes que supostamente não teriam. Como já se referiu, muito embora o assegurar da iluminação pública na área dos municípios concedentes não integre expressamente o objecto da concessão (Bases I e II do Anexo IV ao Decreto-Lei n.º 172/2006), a “*rede de iluminação pública*” (alínea d) do n.º 1 da Base VIII do mesmo anexo) é incluída nos bens afectos à concessão. Isso implicaria que a entidade que, nos termos do contrato de concessão, poderia eventualmente sub-concessionar a actividade de prestação do serviço de iluminação pública seria a EDP - Distribuição e nunca um município.

Quer isto dizer que a pretensão de um município proceder à abertura de um concurso para a concessão da gestão do funcionamento de luminárias da rede de iluminação pública esbarraria logo com a actual definição – legal e contratual – dos seus direitos nessa matéria. A mera convocação da figura do acesso às “*essential facilities*” seria o reconhecimento de que *no actual quadro legal e contratual* os poderes que permitiriam a abertura de um concurso não caberiam aos municípios, mas sim à EDP - Distribuição. De outro modo, a questão do acesso às redes nem se colocaria: se um município pudesse concessionar o que pretende, teria de ter poderes para determinar o acesso unilateral à rede eléctrica de iluminação pública. Por, nem legal, nem contratualmente deter esses poderes, logo não poderia concessionar esse serviço.

Mas, como se verá de seguida, a via discursiva exposta esbarraria sempre com dificuldades incontornáveis, quer no plano constitucional, quer no plano do direito comunitário, quer mesmo no plano estritamente legal, na medida em que encetaria soluções e ilações *contra legem*, incluindo na própria análise e conformação da relação contratual dos municípios com a EDP – Distribuição.

1.2.2. Uma leitura do regime legal em conformidade com a Constituição e com o direito comunitário

Tendo o legislador nacional, por força da transposição da Directiva Electricidade, consolidado, como se referiu, o progressivo caminho da liberalização e da abertura à concorrência do sector da electricidade, designadamente na parte que aqui nos ocupa – a distribuição em baixa tensão -, pode, no entanto, dizer-se que esse louvável afoito ficou, em certos aspectos, aquém do ambicionado, com consequências particularmente onerosas não apenas para o objectivo tido em vista, mas sobretudo para determinados clientes/consumidores, que, ao nível da distribuição em baixa tensão, constituem a grande fatia do mercado – ou do suposto mercado - nacional.

¹⁵ Além da EDP - Distribuição são operadores de redes de distribuição de electricidade em baixa tensão a operar no território de Portugal Continental: a Cooperativa Eléctrica de Vale D’Este; a Cooperativa Eléctrica de Vilarinho, C.R.L.; a Cooperativa Eléctrica de Loureiro, C.R.L.; a Cooproriz - Cooperativa de Abastecimento de Energia Eléctrica, CRL; a A Eléctrica Moreira de Cónegos, CRL; a Celer - Cooperativa Electrificação de Rebordosa, CRL; a Casa do Povo de Valongo do Vouga; a Junta de Freguesia de Cortes do Meio; a Cooperativa Electrificação A Lord, CRL; e a Cooperativa Eléctrica S. Simão de Novais. Nos arquipélagos da Madeira e dos Açores são as suas respectivas empresas eléctricas a assegurar a distribuição em baixa tensão e a iluminação pública.

Senão vejamos.

Quer o Decreto-Lei n.º 29/2006, quer o Decreto-lei n.º 172/2006 mantiveram, ao nível da distribuição em baixa, os contratos de concessão em vigor à data, devendo, contudo, ser adaptados ao novo regime.

É isto que se determina no artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, que dispõe nos seguintes termos:

Artigo 71.º

“Concessões de distribuição de electricidade em BT

1 - As actuais concessões de distribuição de electricidade em BT, atribuídas e renovadas nos termos do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, mantêm-se na titularidade das respectivas concessionárias, sem prejuízo do estabelecido nos números seguintes.

2 - A exploração das concessões de electricidade em BT passa a processar-se nos termos do presente decreto-lei e da legislação complementar.

3 - Os actuais contratos de concessão, celebrados entre os municípios e as entidades concessionárias, são modificados por força das alterações decorrentes do presente decreto-lei e da legislação complementar, observando-se o prazo dos contratos actualmente em vigor, contado a partir da data da sua celebração ou da sua renovação, nos termos do diploma referido no n.º 1.

4 - A modificação dos contratos deve ocorrer no prazo e nos termos estabelecidos em legislação complementar”.

De modo semelhante dispõe o artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 172/2006:

Artigo 73.º

“Atribuição das concessões

1 - As concessões previstas no presente decreto-lei consideram-se, nos termos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, atribuídas às entidades que à data da entrada em vigor do presente decreto-lei exerçam as correspondentes actividades.

2 - Os contratos de concessão e as licenças existentes antes da data da entrada em vigor do presente decreto-lei devem ser modificados em tudo o que contrarie o nele disposto.

3 - A modificação do actual contrato de concessão da RNT e a celebração do contrato de concessão da RND devem ocorrer no prazo de seis meses a contar a partir da data da entrada em vigor do presente decreto-lei.

4 - A modificação dos actuais contratos de concessão das redes de BT deve ocorrer no prazo de dois anos a contar a partir da data da entrada em vigor do presente decreto-lei”.

Estas disposições dizem apenas respeito à actividade concessionada – a distribuição, ou melhor, o estabelecimento e a gestão/exploração da rede de distribuição -, doravante a única actividade concessionada no âmbito da distribuição de electricidade em baixa tensão.

Contudo, o legislador, não obstante o firmado e decidido propósito de abertura do mercado concorrencial na actividade de fornecimento da electricidade aos clientes – o mesmo é dizer, na actividade de comercialização –, no âmbito da distribuição da electricidade em baixa tensão viria a copular a comercialização à concessão, mantendo, até ao final desta, a sorte daquela.

E termos práticos – e jurídicos -, tal significou a manutenção por mais alguns anos – que, no limite, pode ser por mais 20 anos, caso a renovação dos anteriores contratos de concessão tenha ocorrido de forma contemporânea à publicação daqueles diplomas, mas antes da sua entrada em vigor – do monopólio de concentração das actividades de gestão da rede e de comercialização, apenas variando o formato societário do (mesmo) actor. Ou, dito de outro modo, ao lado do monopólio da distribuição, o legislador manteve o monopólio da comercialização.

Foi efectivamente esta a solução adoptada no Decreto-Lei n.º 29/2006, ao dispor-se no artigo 73.º, sob a epígrafe **“Atribuição transitória da qualidade de comercializador de último recurso:**

1 - A licença prevista no n.º 2 do artigo 46.º é atribuída à sociedade, juridicamente independente das sociedades que exerçam as demais actividades previstas no presente decreto-lei, a constituir pela EDP Distribuição—Energia, S. A.

2 - A licença prevista no número anterior caduca na data da extinção do contrato de concessão da RND resultante da conversão prevista no n.º 1 do artigo 70.º

3 - A sociedade referida no n.º 1 deve estar constituída no prazo e nos termos estabelecidos em legislação complementar.

4 - **É igualmente atribuída às demais entidades concessionárias, ao abrigo do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, a qualidade de comercializador de último recurso dentro da sua área de concessão, enquanto durar o correspondente contrato de concessão”.**

De igual modo se dispôs no artigo 52.º do Decreto-lei n.º 172/2006, que, sob a epígrafe **“Atribuição de licença de comercialização de último recurso”**, determina:

“1 - Considera-se atribuída a licença de comercialização de último recurso às entidades referidas no artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro.

2 - A sociedade a que se refere o n.º 1 do artigo 73.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, deve estar constituída até 1 de Janeiro de 2007.

3 - As entidades às quais sejam atribuídas as licenças de comercialização de último recurso ficam obrigadas ao cumprimento das condições e dos deveres estabelecidos no presente decreto-lei e na demais legislação aplicável”.

Estas disposições, relativas à actividade comercial no sector da distribuição electricidade em baixa tensão, a serem interpretadas no sentido de que os municípios se encontram vinculados ao mesmo fornecedor até ao termo do prazo da concessão, são dificilmente defensáveis quanto à sua conformidade com a Constituição.

Mas não só. Igualmente não é isenta de dificuldades a defesa da sua conformidade com o direito comunitário. No caso concreto, com a Directiva Electricidade.

Senão vejamos, apenas em três razões, para além de outras razões que poderiam ser aduzidas.

Em primeiro lugar, a bondade jurídico-constitucional de tais disposições pode, desde logo, ser questionada de um ponto de vista que designaremos por externo. Tem ele a ver com a limitação que aquele regime impõe à entrada de novos comercializadores.

Na verdade, a entender-se aquele regime do modo referido, então forçoso será concluir que uma grande fatia da actividade de comercialização de electricidade fica fechada à liberdade de contratação, à liberdade de empresa e à liberdade de iniciativa económica. Consequentemente, fica, na prática, amputado um dos vectores fundamentais por que, no caso, se concretizam aquelas liberdades – o acesso de terceiros às redes de distribuição de electricidade e a inerente continuidade do tradicional monopólio.

Em segundo lugar, a interpretar-se daquele modo as citadas disposições, entendemos que as mesmas colidem com a auto-disponibilidade dos municípios, constitucionalmente garantida, enquanto faculdade concretizada na escolha de soluções para a gestão dos interesses próprios (artigo 235.º da Constituição). E será designadamente assim naqueles casos em que os prazos de concessão, à data da entrada em vigor daqueles diplomas, ainda estivessem longe do seu termo. E isto vale numa dupla perspectiva ou, se se quiser, num duplo momento: no momento da entrada em vigor dos referidos diplomas legislativos, não concedendo aos municípios qualquer liberdade de opção, na escolha do fornecedor de electricidade; e, num segundo momento, traduzido no permanente e total cerceamento de escolha de outro fornecedor até ao termo da concessão da rede.

Em terceiro lugar, uma tal interpretação inibiria os municípios de “conquistarem” o estatuto de cliente elegível, querendo com tal expressão aludir-se ao direito ou à liberdade de escolha do fornecedor de electricidade. Por ventura, será com este sentido que o Decreto-Lei

n.º 29/2006, mas sobretudo o Decreto-Lei n.º 172/2006 parecem restringir a abrangência subjectiva daquele conceito, pelo menos no seu tom literal, aos clientes domésticos e aos clientes profissionais e liberais.

A entender-se de tal modo o conceito legal (interno) de “cliente elegível” então o problema deslocar-se-ia para outra sede – a sede da conformidade daqueles diplomas legislativos – isto é, da sua legalidade em relação ao direito comunitário - com a Directiva Electricidade, que considera «Cliente elegível», o cliente livre de comprar electricidade ao fornecedor da sua escolha na acepção do artigo 21.º; sendo que este determina que, a partir de 2007, todos os clientes são clientes elegíveis, não fazendo aí qualquer distinção.

Para a Directiva, todo aquele que seja cliente final deve ter o estatuto de cliente elegível, sendo, portanto, um cliente livre de comprar electricidade ao fornecedor da sua escolha.

Ora, no caso concreto dos municípios, para além de terem de “suportar” um único concessionário da rede, adquirem, compram electricidade para iluminação pública a um fornecedor – ao fornecedor imposto pela lei. Só que, nesta qualidade, um município é parte de uma relação comercial como qualquer outro cliente. No conceito de relação jurídico-comercial não há qualquer diferença estatutária de qualidade relativamente aos demais clientes. Como qualquer outro cliente, compra electricidade a um vendedor. Se diferenças existem elas podem ter a ver com outros factores, como, por exemplo, com o formato jurídico da aquisição/compra – relação comercial sujeita às regras da contratação pública ou pura relação de direito comercial no caso dos clientes privados.

Portanto, também por esta última via não descortinamos qualquer razão jurídico-constitucional justificativa que iniba um município da assunção do estatuto de cliente elegível.

E também não descortinamos razões para, à luz do direito comunitário, subtrair à concorrência, por um período que pode ser consideravelmente longo, a actividade de comercialização ou de fornecimento de electricidade aos municípios, na qualidade de cliente, isto é, na qualidade de sujeito de uma relação jurídico-comercial de aquisição/compra de electricidade.

Do ponto de vista do direito comunitário, as obrigações de serviço público apenas podem justificar os especiais condicionamentos a que fica sujeito o operador titular de uma licença de comercialização, mas já não legitimam a vinculação dos clientes – ou de um cliente – a um único fornecedor.

Nesta sequência, poderá, em parte, compreender-se a solução legislativa. Mas essa parte tem apenas a ver com a manutenção do contrato de concessão de gestão da rede.

Com tal solução, para além de outras razões, pretendeu o legislador evitar – ou pelo menos compensar – os custos de transição para a concorrência¹⁶, mantendo a estabilidade e a durabilidade das relações concessórias, que, no caso, e por natureza, são contratos de longa duração.

Mas igual justificação já não se encontra para os contratos de fornecimento que são – ou passaram a ser – meras relações comerciais/contratos comerciais e, como tal, sujeitos, por natureza, à lógica do mercado, da concorrência, da liberdade de escolha, da liberdade de contratação num quadro alternativo de opções, sem excluir dentro destas, como é sabido, a liberdade de mudança de fornecedor, sem que tal implique custos adicionais para o cliente que assim proceda. Nada disto se compadece, pois, com a colagem - imposta – do prazo de duração de uma (pura) relação comercial de fornecimento ou de aquisição/compra de electricidade ao prazo de uma concessão de gestão de uma infra-estrutura física, que é a rede. Aliás, a ausência de razões que justifiquem uma tal colagem tornar-se-ia ainda mais clara se se tivesse em conta, em termos retrospectivos, o facto de a concessão à EDP – Distribuição ter sido “adjudicada” por ajuste directo ao abrigo do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, contra o que o direito comunitário exigia em matéria de adjudicação de concessões¹⁷.

¹⁶ Aos custos de transição para a concorrência se refere também Pedro Gonçalves, *Ob. cit.*

¹⁷ Sobre a problemática a que se alude no texto, Pedro Gonçalves e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Ob. cit.*

E também não colhe um eventual argumento baseado na tradicional união contratual de todas as operações baseadas na gestão da rede, que sairiam reforçadas com o facto de a EDP – Distribuição ter de pagar aos municípios uma renda, “devida pela exploração da concessão” (artigo 44.º do Decreto-lei n.º 172/77), pois que, como as próprias palavras da lei indicam, a renda é uma contrapartida da concessão e o segmento da comercialização, por força do mesmo diploma legal (e, antes dele, por força do Decreto-lei n.º 29/2006) não faz parte do objecto da concessão¹⁸. Ou melhor, a obrigação de pagamento da renda anual pelas concessionárias da actividade de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão constitui a contrapartida da utilização dos bens do domínio público municipal, ficando as concessionárias, em virtude do pagamento de tal renda, com total isenção do pagamento de taxas pela utilização desses bens¹⁹.

Para além disso, uma tal solução mal se compagina com o princípio da proporcionalidade.

Na verdade, por mais legítima que seja a equação dos custos de transição para a concorrência, não vemos que, na parte da actividade comercial ou do fornecimento da electricidade, tal equação constitua uma razão jurídico-constitucionalmente válida e capaz de justificar um tão amplo – quanto ao conteúdo - e alongado – quanto ao tempo - cerceamento da auto-disponibilidade de escolha dos municípios.

Entendemos que, do ponto de vista jurídico-constitucional, ainda seria justificável uma solução transitória - com o significado temporal e substantivo que deve ser atribuído a uma solução transitória, concretizada na manutenção do mesmo comercializador – no caso, um comercializador de último recurso -, mas já não o será nos termos em que o legislador a entende, na medida em que tal solução pode, no limite, repetimos, ter uma “transitoriedade” que, precisamente, corresponde ao prazo total de vigência de um contrato de longa duração, como é exemplarmente o caso da concessão da rede de distribuição de electricidade em baixa tensão, que tem a duração de 20 anos. Aliás, já o referimos, em muitos municípios o prazo de vigência dos contratos de fornecimento poderá atingir aquela duração ou próximo dela, se se tiver em conta que muitos dos contratos terão sido renovados no trânsito do Século XX para o Século XXI.

Nestes termos, a interpretem-se do modo acima exposto as citadas disposições dos Decretos-Lei n.º 29/2006 e 172/2006, temos, pois, de concluir que tais disposições são, neste segmento, inconstitucionais por, para além das outras razões atrás aludidas, cercearem uma das projecções fundamentais do princípio constitucional da autonomia local, concretizado no poder ou faculdade de auto-definição ou de escolha dos meios ou soluções para a melhor gestão prossecução/gestão dos interesses próprios (artigo 235.º da Constituição).

E são ilegais por violação do direito comunitário quer por inibirem os municípios da assunção do estatuto do cliente ilegível, contra o disposto nas Directivas Electricidade (Directiva de 2003 e Directiva de 2009), quer por, sem justificação atendível, amputarem à concorrência uma apreciável fatia da actividade de comercialização da electricidade, pondo,

¹⁸ O artigo 44.º do Decreto-Lei n.º 172/2006, sob a epígrafe “Pagamento aos municípios”, dispõe:

1 - Os municípios têm direito a uma renda, devida pela exploração da concessão, nos termos a estabelecer em decreto-lei, ouvida a Associação Nacional de Municípios Portugueses.

2 - A renda prevista no número anterior é incluída nas tarifas de uso das redes de distribuição em BT nos termos previstos no Regulamento Tarifário.

3 - A renda referida nos números anteriores pode ser substituída por outros mecanismos que não penalizem os direitos dos municípios, após audição da Associação Nacional de Municípios Portugueses e da ERSE”.

¹⁹ Assim se estabelece no n.º 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 230/2008, de 27 de Novembro: “A obrigação de pagamento da renda anual pelas concessionárias da actividade de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão fica sujeita à atribuição efectiva da utilização dos bens do domínio público municipal, nomeadamente do uso do subsolo e das vias públicas para estabelecimento e conservação de redes aéreas e subterrâneas de distribuição de electricidade em alta, média e baixa tensão afectas ao Sistema Eléctrico Nacional (SEN), com total isenção do pagamento de taxas pela utilização desses bens”.

consequentemente, em causa não apenas um dos objectivos fundamentais das Directivas – a criação do mercado interno da electricidade -, mas também a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento²⁰.

Aliás, o que se vem dizendo não deixa de se encontrar reflectido na mais recente Comunicação da Comissão da União Europeia sobre matéria, que reflecte uma nítida insatisfação no cumprimento, por alguns Estados membros, das disposições comunitárias relativas ao sector da electricidade, designadamente quanto à escassa abertura à concorrência do segmento das actividades comerciais do sector²¹, recomendando-se aí a adopção de medidas no designado terceiro pacote sobre a criação do mercado interno de electricidade.

Medidas essas que, como se referiu, na sequência da Directiva de 2003, viriam a ser adoptadas na Directiva 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade e revoga aquela Directiva, reiterando, no seu artigo 33.º, o que aquela Directiva estabelecia no artigo 21.º, ou seja: que a partir de 2007 todos os clientes são clientes elegíveis, não se distinguindo aí qualquer tipo ou categoria de cliente.

E note-se que o referido sobre a (des)conformidade com o direito comunitário em nada é comprometido com o facto de a Directiva 2009/72/CE dizer no seu considerando (47) que “Os Estados-Membros poderão designar um comercializador de último recurso. Esse comercializador poderá ser a secção de vendas de uma empresa verticalmente integrada que também exerça as funções de distribuição, desde que satisfaça os requisitos da presente directiva em matéria de separação”..

Em primeiro lugar, por, no caso, não se encontrarem preenchidos os pressupostos atinentes à existência (jurídica) de uma empresa verticalmente integrada.

Em segundo lugar, por o facto de os referidos diplomas legais de 2006 fazerem a colagem das operações de comercialização ao prazo de concessão não pode ser qualificado como um acto de designação de um comercializador de último recurso, no sentido a que se pretende referir a Directiva de 2009, para, assim, e a posteriori, tal regime ser havido em conformidade com o direito comunitário.

Em síntese, de forma a salvaguardar a constitucionalidade dos Decretos-Lei n.º 29/2006 e 172/2006 e a sua legalidade relativamente ao direito comunitário devem os mesmos ser objecto de uma interpretação em conformidade com a Constituição e em conformidade com o direito comunitário, no sentido de que aqueles diplomas, ao “colarem” impositivamente a actividade comercial de fornecimento de electricidade à vigência dos contratos de concessão da rede não pretendem “expropriar” aos municípios, na qualidade de clientes, a assunção do estatuto de cliente elegível, com o inerente direito ou liberdade de escolha do vendedor/fornecedor de electricidade, nem pretenderem, consequentemente, “fechar”, nesta parte, a actividade comercial de fornecimento de electricidade por outros comercializadores, com o inerente ou o pressuposto direito de acesso à rede. Pelo que os municípios não se encontram, pois, jurídica/legalmente impedidos de celebrar um contrato de fornecimento de electricidade com outro comercializador para o abastecimento da iluminação pública.

²⁰ Como nos parece ser óbvio, o facto de a Directiva Serviços - Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro, relativa aos serviços no mercado interno - não abranger o sector da electricidade não pode constituir argumento contra o que se concluiu no texto, dado que estamos ante situações completamente distintas: uma tem a ver com a abertura de sectores ou actividades à concorrência; outra tem a ver com o procedimento de acesso ao exercício de actividades, o que, naturalmente, já pressupõe que a elas se possa aceder.

²¹ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, de 11 de Março de 2009, intitulada «Relatório sobre os progressos realizados na criação do mercado interno do gás e da electricidade» [COM(2009) 115 final].

2. Possibilidade de alterar unilateralmente os contratos no respeitante à iluminação pública e possibilidade de utilização da rede eléctrica de iluminação pública por um concessionário, na ausência de consentimento da EDP-Distribuição

Como se referiu no ponto anterior, a obtenção do estatuto de “*cliente elegível*” por parte dos municípios – com o acrescido poder negocial decorrente da liberdade de procurar melhores alternativas de fornecimento do *input* energético – passaria pela cisão da actividade de distribuição de electricidade em baixa tensão e da actividade de gestão da rede pública de iluminação (incluindo o fornecimento de energia para o efeito) – uma cisão que não seria isenta de dificuldades legais e que, além do mais, até nem estaria presente em nenhuma das redes de distribuição de electricidade em baixa tensão existentes em Portugal.

E acrescentou-se ainda que sobre a viabilidade dessa separação – embora meramente *operacional* (isto é, mantendo a concessão, mas subcontratando outra entidade para realizar o serviço de iluminação pública) – haveria que ponderar alguns factores que poderiam, aparentemente, inviabilizá-la liminarmente.

O primeiro, operaria no plano prático, na medida em que a rede de iluminação pública, para além de ser, em geral, do mesmo tipo da rede de distribuição em baixa tensão, também, em geral, acompanha-a na respectiva extensão. Em que termos isso sucede e em que termos é que seria tecnicamente factível separar uma da outra é uma questão técnica, fazendo-se até notar que a experiência nacional é a de fazer coincidir sempre o fornecimento de electricidade em baixa tensão com a prestação do serviço de iluminação pública – e isso em relação a todos os operadores de todas as redes de distribuição em baixa tensão.

O segundo factor teria a ver com a impossibilidade de os municípios actuarem com base em poderes que supostamente não teriam. Como igualmente se referiu, muito embora o assegurar da iluminação pública na área do município concedente não integre expressamente o objecto da concessão (Bases I e II do Anexo IV ao Decreto-Lei n.º 172/2006), a “*rede de iluminação pública*” (alínea d) do n.º 1 da Base VIII do mesmo anexo) é incluída nos bens afectos à concessão. Isso implicaria que a entidade que, nos termos do contrato de concessão, poderia eventualmente sub-concessionar a actividade de prestação do serviço de iluminação pública seria a EDP - Distribuição e nunca o Município.

Quer isto dizer que a pretensão de um município proceder à abertura de um concurso para a concessão da gestão das luminárias da rede de iluminação pública esbarraria logo com a actual definição – legal e contratual – dos seus direitos nessa matéria. A mera convocação da figura do acesso às “*essential facilities*” seria o reconhecimento de que *no actual quadro legal e contratual* os poderes que permitiriam a abertura de um concurso não caberiam aos municípios, mas sim à EDP - Distribuição. De outro modo, a questão do acesso às redes nem se colocaria: se um município pudesse concessionar o que pretende, teria de ter poderes para determinar o acesso unilateral à rede eléctrica de iluminação pública. É por, nem legal, nem contratualmente deter esses poderes é que não poderia concessionar esse serviço.

Pois bem.

Para além de todo o conjunto de razões que enunciámos no ponto anterior, impõe-se assinalar que a actividade de assegurar a iluminação pública não integra legalmente o objecto de concessão à EDP - Distribuição, como resulta expressamente do artigo 33.º do Decreto-Lei n.º 29/2006, que, sob a epígrafe “*Composição das redes de distribuição em BT*”, estabelece que “As redes de distribuição em BT compreende os postos de transformação, as linhas de BT, os ramais, **as instalações de iluminação pública** e os aparelhos e acessórios afectos à sua exploração”, devendo tais bens ser identificados nas bases da respectiva concessão. De igual modo, nas Bases I e II do Anexo IV ao Decreto-Lei n.º 172/2006 e na alínea d) do n.º 1 da Base VIII do mesmo anexo estabelece-se que só a “*rede de iluminação pública*” é incluída nos bens afectos à concessão.

Portanto, para a lei, rede de iluminação pública e/ou instalações de iluminação pública é um conceito completamente distinto do de iluminação pública.

Uma coisa são as instalações, os meios físicos ou os materiais que integram a infra-estrutura física em que se decompõe a rede e que irão conduzir ou conduzem a electricidade até aos diferentes espaços e ambientes públicos municipais; outra, completamente diferente, é a actividade ou a prestação do serviço municipal de iluminação pública.

Nestes termos, pode muito bem suceder que existam espaços públicos dotados de redes de iluminação pública e, portanto, dotados de instalações de iluminação pública e de electricidade, mas sem iluminação pública. Numa palavra, legalmente, a EDP – Distribuição é apenas a concessionária da rede de distribuição, incluindo da rede de distribuição pública ou das instalações de iluminação pública. Neste caso, para a lei, o monopólio da gestão da rede não agrega a actividade ou o serviço de gestão da iluminação pública municipal.

Consequentemente, os contratos de concessão que ainda não tenham sido adaptados ao regime legal vigente tem, nesta parte, de ser lidos em conformidade com a lei. Mas não só: tem também de ser lidos em conformidade com o direito comunitário, na medida em que se assim não suceder então é mais um monopólio que se mantém copulado ao monopólio da gestão da rede, sendo que só este último se pode ter como legítimo à luz de ambos aqueles direitos.

Nestes termos, caso os contratos celebrados e/ou renovados antes de 2006 não tenham sido adaptados nos termos expostos²², devem os mesmos ser objecto de redução naquela parte, podendo os municípios assegurar o serviço de iluminação pública em regime de gestão directa ou concessionar essa actividade ao mercado em ambiente concorrencial.

Mas esta separação analítica – ou mais esta separação analítica – no domínio da distribuição da electricidade em baixa tensão coloca ou pode colocar duas questões.

Em primeiro lugar, tal alteração – alteração que deriva directamente da lei - ao âmbito dos contratos de concessão pode vir a ser invocada como (ou também como) um custo de transição para a concorrência, quiçá imediatamente imputável a um desequilíbrio justificador da alteração da renda a pagar pela concessionária aos municípios, com inerentes consequências ao nível da actividade regulatória da ERSE. Mas este é um problema que, antes de tudo, teria de ser colocado à fonte que produziu o facto externo e autoritário que ditou a alteração, ou seja, ao legislador.

Em segundo lugar, e como eventual argumento inviabilizador da conclusão exposta, poderia aduzir-se o facto de as luminárias (vulgarmente conhecidas por lâmpadas) fazerem parte das ditas instalações da iluminação pública, o que, a ser assim, poderia inviabilizar uma das potencialidades fundamentais da gestão do serviço de iluminação pública, que é, como é consabido, a redução do consumo de electricidade através de luminárias que “dinamizem” os níveis de eficiência energética.

Ora, se bem compreendemos a questão, o que é nuclear no contrato de concessão da rede é que o concessionário instale, mantenha, conserve e modernize permanentemente as infra-estruturas físicas que conduzem a electricidade até a um certo ponto ou local, no caso, um espaço público, mas o mesmo se aplica a um edifício de habitação ou a um espaço comercial. Instalada a rede e colocadas as respectivas instalações segundo um modelo previamente definido e, assim, chegada a electricidade a esse ponto ou local, saber se o agente que dela faz uso – no caso, os municípios - pretende aí colocar uma luminária de baixa, média ou alta capacidade, ou se as respectivas cores e formatos estéticos hão-de variar segundo o ambiente

²² Refira-se que, por força da Portaria n.º 453/2001, de 5 de Maio, os contratos de concessão de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão, a celebrar nos termos do Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 341/90, de 30 de Outubro, bem como, para efeitos do disposto no Decreto-Lei n.º 182/95 e no Decreto-Lei n.º 184/95, ambos de 27 de Julho, deveriam obedecer, com as adaptações e ajustamentos convenientes, resultantes de cada situação particular, às cláusulas do contrato tipo de concessão anexo àquela Portaria. Por sua vez, os contratos de concessão em vigor à data da publicação da Portaria n.º 453/2001 poderiam adoptar o novo clausulado mediante a sua renovação, nos termos e pelo prazo previstos no Decreto-Lei n.º 344-B/82, de 1 de Setembro, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 341/90, de 30 de Outubro. A Portaria n.º 453/2001, de 5 de Maio, foi revogada pela Portaria n.º

arquitectónico, paisagístico ou em função de outros fenómenos ambientais, teremos de convir que tais opções já não fazem, por natureza, parte, nem no plano funcional, nem no plano físico, nem, consequentemente, no plano jurídico, do objecto de uma concessão que tem apenas e só por objecto o estabelecimento e a exploração de uma infra-estrutura a que se chama rede.

Mas mesmo que assim não se entendesse e sabendo-se que os sistemas de eficiência energética ao nível das luminárias permitem hoje reduzir substancialmente os níveis de consumo de electricidade, então necessariamente se impunha aos órgãos municipais, porque assim o dita o dever de boa administração dos negócios públicos e do erário público que lhe está associado, o exercício do poder de modificação do contrato. Esta modificação deve, naturalmente, seguir prioritariamente a via negocial formalizada. Mas caso esta, sem razão justificativa, não tenha sucesso porque, por exemplo, a isso se opôs o co-contratante, pode (e deve) um município exercer o poder de modificação unilateral, tal como já o admitia o Código do Procedimento Administrativo e como o admite hoje - aliás, amplamente - o Código dos Contratos Públicos.

Se, mesmo assim, se assistir a uma resistência injustificada do co-contratante, então fica aberta a via para o exercício da resolução sancionatória do contrato de concessão e consequente extinção, sem compensação indemnizatória. Neste caso, a haver ressarcimento ele passaria apenas pelo valor do capital investido e ainda não amortizado pela EDP - Distribuição, de forma a evitar o enriquecimento do concedente. Mas este ressarcimento não teria - nem deveria - ser feito de uma só vez, sob pena de ainda se beneficiar o infractor. Pelo contrário, deveria ser feito em função do plano de amortização projectado, variando, portanto, o ressarcimento em função desta projecção e do respectivo escalonamento no tempo.

Por último, ainda a propósito do tema da modificação unilateral do contrato, refira-se que a lei até se oferece bastante generosa para o contratante público, habilitando este contratante, na Base XXXIV das Bases da Concessão, sob a epígrafe **"Alteração do contrato de concessão"**, nos seguintes termos: com o objectivo de assegurar a permanente adequação da concessão às exigências da regularidade, da continuidade e da qualidade do serviço público ou por alteração do regime de exclusivo que decorra da transposição para o direito português de legislação da União Europeia, o concedente reserva-se o direito de alterar as condições da sua exploração. E, por efeito do exercício deste poder, o contratante público apenas tem o dever de promover a reposição do equilíbrio contratual: **(i)** quando se alterem significativamente as condições de exploração; **(ii)** e desde que a concessionária faça prova de não poder prover a tal reposição recorrendo aos meios resultantes de uma correcta e prudente gestão financeira; **(iii)** e esta prova seja aceite pelo concedente.

3. Qual a entidade responsável pela manutenção dos postos de transformação, cabos, redes, colunas?

Como se advertiu de início, trata-se de interpretar os contratos em vigor, dos quais resultam as obrigações respectivas das partes. Chama-se, porém, a atenção para a possibilidade de reajustar, também aqui, os contratos de concessão celebrados e/ou renovados ao novo modelo, decorrente do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, que não prevê excepções à total responsabilidade da concessionária^{23 24}.

²³ De facto:

- a *"Rede de iluminação pública"* integra a concessão, nos termos da alínea c) do n.º 1 da Base VIII do contrato de concessão-tipo, anexo ao Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto;

- nos termos da Base XI do mesmo contrato-tipo **"A concessionária deve, durante o prazo de vigência da concessão, manter, a expensas suas, em bom estado de funcionamento, conservação e segurança os bens e meios a ela afectos, efectuando para tanto as reparações, renovações e adaptações necessárias ao bom desempenho do serviço concedido"**, a entidade responsável seria, em princípio, a concessionária; e

- a Base XXXIV do mesmo contrato-tipo veda *"a derrogação das presentes bases"*.

²⁴ Nos termos do n.º 4 do artigo 73º do Decreto-Lei n.º 172/2006, de 23 de Agosto, *"A modificação dos actuais contratos de concessão das redes de BT deve ocorrer no prazo de dois anos a contar a partir da data da entrada em vigor do presente decreto-lei."* Não pode entender-se esse prazo como preclusivo, tanto mais que está em causa a adequação do conteúdo contratual ao quadro legal actualmente vigente.

Ou seja, no quadro daquele diploma, os postos de transformação, os cabos, as redes e as colunas integram as infra-estruturas físicas que fazem parte do objecto da concessão. São, servindo-nos das palavras da lei, os componentes integrantes da rede de distribuição em baixa tensão e, portanto, da exclusiva responsabilidade do concessionário, quer na instalação, quer na manutenção, quer na conservação, quer na modernização. Isto, à luz da legislação entrada em vigor em 2006, à qual, repetimos, devem conformar-se os contratos celebrado e/ou renovados anteriormente.

E note-se que contra o que se concluiu em cada um dos pontos anteriores em nada adianta argumentar com o facto de (ainda) não existir um modelo contratual estandardizado.

Efectivamente, dada a imperatividade inderrogável do regime legal e das respectivas bases, tem de concluir-se do modo a seguir enumerado.

Em *primeiro lugar*, a existência ou a inexistência de um modelo contratual em nada interfere com a conclusão relativa à possibilidade de um município poder escolher outro fornecedor de electricidade.

Em *segundo lugar*, o mesmo é integralmente válido para a conclusão relativa à possibilidade de um município poder gerir por si a iluminação pública ou contratar uma terceira entidade para a gestão deste serviço.

Em *terceiro lugar*, nada colide igualmente, por assim decorrer também e imperativamente do novo regime, com a questão da responsabilidade pela instalação, manutenção, conservação e modernização dos postos de transformação, dos cabos, colunas, etc., que são da exclusiva responsabilidade do concessionário.

Em *quarto lugar*, o regime legal, concebido nestes termos, é, aliás, o que melhor se compadece com a noção comunitária (e – *et pour cause* – também nacional) de concessão, cujo núcleo reside na transferência das responsabilidades e dos riscos inerentes ao objecto do negócio para o concessionário²⁵.

Em *quinto e último lugar*, a actualização/adaptação dos contratos em vigor na data da publicação do regime legal de 2006 não ficou dependente de qualquer modelo contratual estandardizado; a actualização/adaptação do contrato ao novo regime é *ex vi legis* e não *ex vi contratus*.

Palavras-chave: concessão da rede de distribuição de energia eléctrica em baixa tensão; “monopólios naturais”; iluminação pública; concorrência; eficiência energética.

Licínio Lopes Martins

Assistente da Faculdade de Direito de Coimbra

²⁵ Sobre a noção de concessão no direito comunitário (e nacional), Pedro Gonçalves e Rodrigo Esteves de Oliveira, *Ob. cit.*, e Fernanda Maçãs, *A Concessão de Serviços Públicos e o Código dos Contratos Públicos*, in *Estudos de Contratação Pública I*, Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

A exploração e a produção de petróleo no mar e a legislação ambiental brasileira

Resumo

O artigo aborda a relação entre a legislação ambiental brasileira e as atividades de exploração e produção de petróleo no mar. A partir da descoberta de novas jazidas de petróleo localizadas em águas ultraprofundas, todo o direito do petróleo foi sensivelmente alterado no Brasil. Assim, após breve exposição das normas que regem a atividade petrolífera no Brasil, o artigo analisa o licenciamento ambiental de tais atividades, os sistemas de responsabilidade pelo dano ambiental, em sua dimensão preventiva, reparatória e sancionatória, finalizando com breve notícia acerca de recente evolução do trato da captura e estocagem de carbono (CCS) no âmbito do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo, e sua possível aplicação no Brasil.

I – Introdução

Por volta de 2009 foram descobertas novas reservas de petróleo ao largo da costa brasileira, mais especificamente no litoral dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Espírito Santo, reservas que passaram a ser conhecidas como “pré-sal”¹ NR. Algumas características desta nova descoberta foram responsáveis por propostas – ao final implementadas – que significaram uma radical mudança na legislação que, desde 1997, regia a atividade de exploração e produção de petróleo no Brasil.

A primeira destas características era a *quantidade de petróleo*, tão grande que parecia e parece capaz de fazer com que o Brasil passe a figurar entre os principais produtores e exportadores mundiais em pouco tempo. O volume de petróleo – e a expectativa de ganhos a ele associado – também fez com que fossem discutidas as regras de cobrança e distribuição (entre os entes que compõem a federação brasileira) do que se chama de *government take* (recursos arrecadados pelo estado em face das empresas de petróleo), além de levantar preocupações com os fenômenos econômicos relacionados ao crescimento da produção de petróleo.

Outra característica destas reservas era que a “relativa certeza” acerca da existência, localização e volume das reservas parecia reduzir em grande medida o risco exploratório (risco de

¹ De acordo com a Petrobras, “o termo pré-sal refere-se a um conjunto de rochas localizadas nas porções marinhas de grande parte do litoral brasileiro, com potencial para a geração e acúmulo de petróleo. Convencionou-se chamar de pré-sal porque forma um intervalo de rochas que se estende por baixo de uma extensa camada de sal, que em certas áreas da costa atinge espessuras de até 2.000m. O termo pré é utilizado porque, ao longo do tempo, essas rochas foram sendo depositadas antes da camada de sal. A profundidade total dessas rochas, que é a distância entre a superfície do mar e os reservatórios de petróleo abaixo da camada de sal, pode chegar a mais de 7 mil metros” (Petrobras / pré-sal. Perguntas e respostas. Disponível em: <<http://www2.petrobras.com.br/presal/perguntas-respostas/>>.)

achar ou não petróleo, já que, como veremos, existem “outros riscos”). Foi exatamente esta redução no risco que parecia justificar uma alteração no regime, de concessão para o de partilha.

Mas uma outra característica do Pré-sal acabou sendo pouco considerada pela legislação. É que o pré-sal está localizado em águas profundas e ultraprofundas. Ou seja, o risco de achar ou não petróleo pode ser pequeno, mas o risco na extração e transporte deste petróleo é elevadíssimo. Este risco veio a ser exemplificado pelo acidente ocorrido em 2010 ao largo do Golfo do México e a enorme catástrofe ambiental que ele causou. Aliás, infelizmente, enquanto escrevíamos este trabalho outro acidente ocorreu, em novembro de 2011, ao largo do litoral do Rio de Janeiro, com vazamento significativo de petróleo, o que reforça a necessidade de constante preocupação ambiental com a exploração e produção de petróleo.

O fato é que o regime de exploração e produção de petróleo foi alterado, sem uma atenção maior à questão ambiental (embora alguns dispositivos tenham se dedicado ao tema). Mais recentemente, uma nova regulamentação do licenciamento ambiental aplicável ao setor foi anunciada como sendo direcionada a enfrentar algumas das preocupações levantadas pela sociedade.

Nosso objetivo no presente artigo, portanto, é traçar um breve quadro acerca de como a legislação brasileira trata hoje a exploração e produção de petróleo no mar, com uma ênfase especial – pela sua importância na prevenção e pela sua recente mudança – nos processos de licenciamento ambiental.

Para tanto, após uma breve nota acerca dos distintos regimes exploratórios – de partilha e de concessão – tais como aplicados no Brasil, trataremos do tema do licenciamento ambiental, da responsabilidade pela reparação de eventuais danos, da responsabilidade administrativa e penal, e, finalmente, de alguns aspectos relacionados à questão climática.

Vale registrar que parte da exploração e produção de petróleo se dá na chamada zona econômica exclusiva. De todo modo o Brasil, como estado costeiro, tem, segundo o art. 6º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar², o direito exclusivo de construir e de autorizar e *regulamentar* a construção, *operação* e *utilização* de ilhas artificiais; instalações e estruturas para aproveitamento econômico, incluindo extração de petróleo, tendo “jurisdição exclusiva sobre essas ilhas artificiais, instalações e estruturas, incluindo jurisdição em matéria de leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração, sanitários e de segurança”.

II – Do regime de concessão ao de partilha: breves notas

No Brasil, a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural (e de outros hidrocarbonetos fluidos) constituem um monopólio estatal³ (por força do art. 177 da Constituição Federal), cuja titularidade é do ente central da federação brasileira, qual seja a União Federal.

² Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995. Além dessa convenção existem vários outros instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil que tratam, direta ou indiretamente, da poluição no mar, *causada ou não por óleo*, destacando-se: a Convenção Internacional para prevenção da poluição causada por navios, conhecida como “MARPOL” (promulgada pelo Decreto nº 2.508 de 04 de março de 1998) e a Convenção Internacional sobre Preparo, Resposta e Cooperação em Caso de Poluição por Óleo (promulgada pelo Decreto n. 2870 de 10 de dezembro de 1998). Fora das convenções diretamente preocupadas com a poluição marinha destacamos a Convenção (promulgada pelo Decreto nº 2.519 de 16 de março de 1998) sobre a “*diversidade Biológica*” (conceito que expressamente inclui “a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo” os ecossistemas “marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte”) que contém uma regra interessante (art. 22), intitulada “Relação com Outras Convenções Internacionais”, que estabelece o seguinte:

“1. As disposições desta Convenção não devem afetar os direitos e obrigações de qualquer Parte Contratante decorrentes de qualquer acordo internacional existente, *salvo se o exercício desses direitos e o cumprimento dessas obrigações cause grave dano ou ameaça à diversidade biológica.*

2. As Partes Contratantes devem implementar esta Convenção, no que se refere e ao meio ambiente marinho, em conformidade com os direitos e obrigações dos Estados decorrentes do Direito do mar.

³ Bem como a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades mencionadas acima e o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, e o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

Até 1995, este monopólio só podia ser exercido diretamente ou – como de fato era – por meio de empresa controlada pelo estado. No entanto, em 1995 uma emenda constitucional introduziu o que se chamou de “flexibilização” do monopólio, autorizando a União a *contratar* com empresas estatais ou privadas a realização das atividades incluídas no monopólio “observadas as condições estabelecidas em lei” que deveria dispor sobre três aspectos: “a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional; as condições de contratação; e a estrutura e atribuições do *órgão regulador do monopólio da União*”, com a criação da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

A Constituição, portanto, não impunha a participação privada (apenas a autorizava) nem estabelecia qual – dentre as diversas formas de contratação conhecidas mundialmente na área de petróleo – deveria ser utilizada⁴.

O fato é que a lei que veio a regulamentar a emenda adotou o regime de concessão. Por meio desse sistema as empresas ficam autorizadas a explorar e produzir petróleo em determinado polígono geográfico, celebrando contrato de concessão⁵, tornando-se proprietária do petróleo a partir de sua extração⁶ e remunerando o poder público por meio de participações governamentais de distintos tipos, sendo as mais importantes os *royalties*, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural, e as participações especiais devidas em relação aos campos de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade⁷.

A alocação das áreas para fins de exploração e produção é feita por meio de licitações nas quais a proposta mais vantajosa deve ser apurada segundo critérios objetivos estabelecidos no instrumento convocatório (edital), dentre os quais se incluem ao menos⁸: o programa geral de trabalho, as propostas para as atividades de exploração, os prazos, os volumes mínimos de investimentos, os cronogramas físico-financeiros e o valor pago pela outorga (tecnicamente o bônus de assinatura dos contratos), sendo todo o risco exploratório assumido pela concessionária.

Vale também registrar que a indústria do petróleo costuma fazer uma distinção entre duas grandes fases da atividade, que apresentam características bem distintas. Primeiramente temos a fase de “pesquisa” ou “exploração” (palavra que costuma causar dúvida aos não iniciados) e fase de “lavra” ou de “produção”.

⁴ Sobre esse ponto veja-se o voto do ex- Ministro EROS ROBERTO GRAU na Ação direta de inconstitucionalidade (Adin) n. 3.366 DJ 02.03.2007.

⁵ Que seriam “*Contrato de intervenção do Estado no domínio econômico, ou, simplesmente*”, “*contrato de direito econômico*”, segundo o saudoso MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (Direito administrativo das concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 97). Contratos “*em linhas gerais, de Direito privado, o que não impede e, ao revés, impõe, que possuam cláusulas de ordem pública e de dirigismo estatal, não apenas, quando da sua celebração, como também ao longo da sua execução.*” como defende ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (“As concessões e autorizações petrolíferas e o Poder Normativo da ANP” in Revista de direito da Associação de procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro, vol. IX, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 41). “Contratações, note-se bem; não concessões”, segundo o ex- Ministro EROS ROBERTO GRAU (voto vencedor da Adin 3.366 DJ 02.03.2007). Segundo ANA BRÍGIDA FAJARDO VILLELA DE ANDRADE “a natureza administrativa do contrato de concessão resta[va] evidenciada pela prevalência do interesse público objetivado pela Lei do petróleo em seu artigo 1º, pela caracterização do petróleo *in situ* como bem da União, pela definição legal da atividade petrolífera como de ‘utilidade pública’ (...) e (pela) existência das chamadas cláusulas exorbitantes.” “A responsabilidade civil nas atividades petrolíferas – questões interessantes” in Estudos e pareceres direito do petróleo e gás. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 70.

⁶ Tecnicamente somente caberá a propriedade do Petróleo e Gás Natural que venham a ser efetivamente produzidos pelo concessionário e por ele recebidos no chamado “Ponto de Medição da Produção”.

⁷ A participação especial é calculada sobre a receita bruta da produção, deduzidos os *royalties*, os investimentos na exploração, os custos operacionais, a depreciação e os tributos.

⁸ A Lei, portanto, concede uma considerável margem de discricionariedade na atribuição de peso para cada um dos itens mediante os quais a proposta será avaliada. Assim, por exemplo, na última (10ª) rodada de licitações, realizada em 2008, o peso da nota final era composto da seguinte forma: Bônus de Assinatura, com peso de 40% no cálculo da nota final. Conteúdo Local, com peso de 20% no cálculo da nota final, sendo 5% para a Fase de Exploração e 15% para a Etapa de Desenvolvimento da Produção. O Programa Exploratório Mínimo (PEM), com peso de 40% no cálculo da nota final.

Esta distinção foi definida pela chamada Lei do Petróleo (Lei n. 9.478/97 art. 6º XV e XVI) da seguinte forma: “Pesquisa ou Exploração” é o “conjunto de operações ou atividades destinadas a avaliar áreas, objetivando a descoberta e a identificação de jazidas de petróleo ou gás natural”, incluindo (segundo o § 1º do art. 24) as atividades de avaliação de eventual descoberta de petróleo ou gás natural, para determinação de sua comercialidade. Já “Lavra ou Produção” é o “conjunto de operações coordenadas de extração de petróleo ou gás natural de uma jazida e de preparo para sua movimentação”, na qual se incluem (segundo o § 2º do art. 24) as atividades de “desenvolvimento” definido (art. 6º XVII) como o “conjunto de operações e investimentos destinados a viabilizar as atividades de produção de um campo de petróleo ou gás”.

As etapas de exploração e produção devem, obrigatoriamente, ser tratadas no contrato de concessão como duas fases distintas⁹ (art. 24 da Lei) sujeitas a regras substancialmente diferentes.

Pois bem, estas etapas distintas se configuram em atividades distintas com “distintos” tipos de impactos ambientais, o que nem sempre é bem captado pela legislação ambiental.

A partir da descoberta do pré-sal, como já relatado, foram suspensas novas licitações de blocos exploratórios e o Governo optou por enviar projeto de lei adotando, para a área do pré-sal e outras *áreas estratégicas*¹⁰ o regime de partilha na produção. Note-se que o regime anterior continua em vigor em relação a áreas já licitadas bem como continua em vigor para todas as novas licitações que sejam relativas a áreas que estejam fora do polígono do pré-sal e que não sejam áreas estratégicas.

Assim, a exploração e a produção de petróleo na área do pré-sal e em áreas estratégicas serão contratadas pela União sob o “regime de partilha de produção” definido pela Lei 12.352 como o “regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, *em caso de descoberta comercial*, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato.”

Em um regime, portanto, a concessionária torna-se proprietária de toda a produção, pagando as devidas participações governamentais (além dos tributos), já no novo regime a empresa adquire o direito a parte dessa produção. Ademais, no regime de concessão uma empresa pode explorar e produzir petróleo sozinha, ou em consórcio com outras empresas, controladas ou não pelo estado. Já no regime de partilha a estatal petrolífera brasileira (PETROBRAS) será, obrigatoriamente, a operadora de *todos* os blocos contratados. Em síntese, a intervenção estatal no regime de partilha é muito maior do que aquela que se dá no regime de concessão.

III – O licenciamento ambiental

3.1. Introdução e competência para o licenciamento

No Brasil, desde 1981 a “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”¹¹ dependerão de prévio licenciamento ambiental.

⁹ A diferença entre as fases é tão marcante que alguns países, como a Noruega, submetem cada fase a contratos distintos.

¹⁰ Definidas pela Lei 12.351/10 como “região de interesse para o desenvolvimento nacional, *delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos.*”

¹¹ Art. 10 da Lei n. 6.938/81.

Além dessa exigência legal, a própria Constituição Federal (art. 225 par 4º IV) exige, para os casos em que a possível degradação for *significativa*, que sua instalação seja precedida de estudo prévio de impacto ambiental ao qual, segundo expressa determinação constitucional, se dará publicidade.

A exigência de uma avaliação dos efeitos potenciais de atividades projetadas sob jurisdição ou controle do Brasil que possam causar uma poluição considerável do meio marinho ou nele provocar modificações significativas e prejudiciais também é uma exigência do art. 206 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, que, aliás, também exige a publicidade da avaliação.

Não há a menor dúvida de que a atividade de exploração e de produção de petróleo globalmente analisada causa degradação e que esta é significativa (ainda que parcelas dessa atividade possam não ter essas características). De todo modo, a principal norma federal sobre licenciamento, a Resolução n.237 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA¹², expressamente inclui a *perfuração* de poços e a *produção* de petróleo e gás natural como atividades sujeitas ao licenciamento ambiental.

Segundo a Lei 6938/81 o licenciamento ambiental no Brasil era exercido, em regra, pelos estados membros da federação e, como exceção, pela União, nos casos de “atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional”. Este dispositivo foi posteriormente regulamentado em 1997 por meio da referida Resolução 237, que é objeto de intensa polemica por ter incluído os municípios como entes aptos a licenciar, tarefa que caberia (segundo o art. 23 parágrafo único da Constituição Federal) a uma lei complementar. Pois bem, após mais de 23 anos de vigência da Constituição de 1988, foi sancionada, em 8 de dezembro de 2011, a Lei Complementar n. 140, repartindo competência em matéria ambiental.

Segundo o Art. 7º, XIV desta novíssima Lei, compete à União promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades: a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe; (e) b) localizados ou desenvolvidos *no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva*¹³.

Além disso, o parágrafo único do mesmo artigo estabelece que o licenciamento dos empreendimentos “cuja localização compreenda concomitantemente áreas das faixas terrestre e marítima da zona costeira” será de atribuição da União “exclusivamente nos casos previstos em tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional”.

Em relação ao nosso tema há que se registrar que as expressões “mar territorial; plataforma continental e zona econômica exclusiva” devem ser entendidas segundo o direito internacional¹⁴. A disposição que costuma gerar mais conflitos é a expressão “mar territorial”, que tem sido utilizada para justificar a competência licenciatória federal em qualquer empreendimento localizado no ‘mar’, ou mesmo em qualquer “água salgada”. A questão é que o conceito de mar territorial é distinto do conceito de “águas interiores” (que também inclui “mar” ou “água salgada”).

¹² O CONAMA é um órgão colegiado, criado pela Lei 6.938/81, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, com importantes funções normativas. Estas funções normativas mereciam uma grande releitura após a Constituição de 1988 (art. 24) ter concedido aos Estados membros a competência legislativa concorrente em matéria ambiental. No entanto, em boa medida a produção normativa do CONAMA tem ignorado as competências estaduais, com pouquíssima resistência por parte dos tribunais e pouca oposição da doutrina.

¹³ Além daqueles: c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas; d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação *instituídas* pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs); e) localizados ou desenvolvidos em dois ou mais Estados; f) de caráter militar, quando exigível; g) destinados a pesquisar, lavar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear; ou h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional. Com exceção de uma mudança de redação na alínea “d” e com a verdadeira inovação (mal explicada) da alínea “h”, e do parágrafo único, a repartição (no que se refere à União) segue o que já estava previsto no art. 4º da Resolução 237.

¹⁴ Em especial pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

Que os conceitos não se confundem não há qualquer dúvida. Isso é proclamado pelo art. 2º “1” da Convenção do Mar, que afirma: “A soberania do Estado costeiro estende-se além do seu território e das suas *águas interiores* e, no caso de Estado arquipélago, das suas águas arquipelágicas, a uma zona de mar adjacente designada pelo nome de *mar territorial*. O que separa as águas interiores do mar territorial é a chamada “linha de base”, cujos critérios de medição são dados pela referida convenção conforme o acidente geográfico em questão (foz de um rio, baías, etc.)

Em direito interno, por exemplo, o art. 3º da Lei 9.966, que trata exatamente da poluição por óleo, define águas interiores como: ‘as compreendidas entre a costa e a linha-de-base reta, a partir de onde se mede o mar territorial; as dos portos; as das baías; as dos rios e de suas desembocaduras; as dos lagos, das lagoas e dos canais; as dos arquipélagos; as águas entre os baixios a descoberta e a costa’ e como águas marítimas, todas aquelas sob jurisdição nacional que não sejam interiores. Em suma, o que o dispositivo em questão da nova Lei Complementar n. 140 estabelece é que a competência da União se limita a empreendimentos localizados no mar territorial, conceito que exclui as águas interiores.

Assim, em regra¹⁵, o licenciamento das atividades objeto de nosso estudo compete à União, que exerce esta competência por meio de uma autarquia¹⁶, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, denominada Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, mais especificamente pela Coordenação Geral de Licenciamento de Petróleo e Gás (CGPEG) com sede no Rio de Janeiro.

3.2. A Primeira norma específica: A resolução 23

A primeira norma especificamente direcionada ao licenciamento das atividades de petróleo e gás é a Resolução CONAMA n. 23, de 7 de dezembro de 1994, que criou procedimentos específicos para o licenciamento das *atividades*¹⁷ relacionadas à exploração e lavra de jazidas de combustíveis líquidos e gás natural, incluindo: a perfuração de poços para identificação das jazidas e suas extensões; a produção para pesquisa sobre a viabilidade econômica e a produção efetiva para fins comerciais. A Resolução, portanto, não faz qualquer distinção se a atividade se dá em terra ou no mar.

A grande novidade trazida pela resolução em questão foi uma mudança no modelo tradicional de licenciamento aplicado às atividades em geral (usado em quase todo o Brasil) pelo qual o licenciamento ambiental é dividido em três fases, correspondentes a três licenças (prévia – LP, de instalação – LI e de operação – LO). Por esse modelo (que permanece amplamente adotado¹⁸), a licença prévia não autoriza nenhuma intervenção que possa impactar o meio ambiente¹⁹, já que se limitava a aprovar a localização e a concepção genérica do empreendimento, autorizando o empreendedor apenas a continuar com o licenciamento (e a obter financiamento para tanto). Assim, nesse modelo, só com a licença de instalação é que se autorizavam atos materiais – a construção do empreendimento – capazes de causar

¹⁵ Em tese é possível cogitar de uma atividade de exploração e produção nas águas interiores, mas a proximidade com a costa e, portanto, o elevadíssimo risco ambiental, praticamente inviabiliza tais atividades. Isto não significa que não existam importantes atividades da indústria de petróleo cujo licenciamento seja de competência dos estados, mas apenas que esta competência não ocorrerá em relação à exploração e produção.

¹⁶ “Autarquia”, no Brasil, não tem o mesmo sentido que lhe é atribuído pelo direito português. No Brasil autarquia significa um ente (não territorial) dotado de personalidade jurídica própria, mas que tem, em linhas gerais, as mesmas características da administração direta, exercendo prerrogativas próprias dos poderes públicos.

¹⁷ Note-se que, para esta Resolução (Art. 2º Parágrafo único), considera-se “atividade a implantação e ou operação de empreendimento ou conjunto de empreendimentos afins, localizados numa área geográfica definida”.

¹⁸ O Estado do Rio de Janeiro se afastou significativamente deste modelo com a aprovação do novo Sistema de Licenciamento Ambiental por meio do Decreto n. 42.159/09.

¹⁹ Indiretamente é possível cogitar de impactos ambientais causados pela LP, em especial aqueles causados pela migração de mão de obra atraída por um grande empreendimento em vias de licenciamento. De todo modo o que se quer destacar é que a LP não autoriza nenhum impacto causado diretamente pelo empreendimento.

danos. Pois bem, isso foi modificado com a resolução em questão, que criou dois novos tipos de licença prévia: a licença prévia “para perfuração” (LPper) e a licença *prévia* de “produção para pesquisa” (LPpro). A primeira, autoriza a atividade de perfuração e a segunda a produção para pesquisa da viabilidade econômica da jazida.

Como se disse, a grande diferença é que estas licenças só são “prévias” do ponto de vista do ciclo econômico do “negócio” petróleo, uma vez que a exploração é condição “prévia” da produção. Do ponto de vista ambiental estas licenças já viabilizam diretamente a instalação e a operação de uma atividade que, em si, já é impactante. Isto não significa que o caminho a seguir deveria necessariamente ser o das três licenças (particularmente temos críticas à utilidade da LP) mas não se pode deixar de reconhecer que a denominação dessas licenças é altamente enganosa.

Além dessas “falsas” licenças prévias, a Resolução prevê uma licença de instalação “das unidades e sistemas necessários à produção e ao escoamento” e uma licença de operação do empreendimento ou das unidades instalações e sistemas integrantes da atividade.

A Resolução traz ainda um tratamento diverso dos estudos que são exigidos para cada licença. Assim, para a LPper se exige apenas o “Relatório de Controle Ambiental – RCA”, que deve conter “a descrição da atividade de perfuração, riscos ambientais, identificação dos impactos e medidas mitigadoras”. Ou seja, trata-se de um estudo muito menos abrangente que um EIA/RIMA, além de não estar sujeito aos mesmos requisitos de publicidade.

Para a LPpro o estudo exigido é o “Estudo de Viabilidade Ambiental – EVA”, que deve conter “plano de desenvolvimento da produção para a pesquisa pretendida, com avaliação ambiental e indicação das medidas de controle a serem adotadas”, ou seja, estudo que tampouco é detalhado ou exigente quanto aos impactos ambientais.

Só para a expedição de LI é que se menciona a exigência do “Relatório de Avaliação Ambiental – RAA ou do Estudo de Impacto Ambiental – EIA”. O EIA e o respectivo RIMA será exigido se o empreendimento estiver sendo planejado para a área onde a atividade não esteja implantada, e o RAA para a área onde a atividade *já esteja implantada*, devendo conter “diagnóstico ambiental da área onde já se encontra implantada a atividade, descrição dos novos empreendimentos ou ampliações, identificação e avaliação do impacto ambiental e medidas mitigadoras a serem adotadas, considerando a introdução de outros empreendimentos”.

Finalmente, para a LO exige-se o Projeto de Controle Ambiental – PCA, que deve conter “os projetos executivos de minimização dos impactos ambientais avaliados nas fases da LPper, LPpro e LI, com seus respectivos documentos”.

3.3. A Pesquisa sísmica

Dez anos após a adoção da Resolução 23 ficou clara a relevância de um tipo de impacto causado na fase de exploração petrolífera bem antes da perfuração e que, inicialmente, sequer era expressamente sujeito ao licenciamento ambiental. Trata-se dos testes sísmicos, ou, mais precisamente, das “*atividades de aquisição de dados sísmicos marítimos e em zonas de transição*”²⁰, que como se viu não eram mencionadas nem pela Resolução 23 nem pelo anexo da Resolução 237.

As atividades de pesquisa sísmica marítima têm por objetivo o mapeamento da subsuperfície marinha para a detecção de feições geológicas favoráveis ao acúmulo de hidrocarbonetos. As embarcações sísmicas fazem uso de canhões de ar comprimido, que liberam energia acústica no meio marinho. O som gerado se propaga pela água e penetra o subsolo, sendo refletido e captado por hidrofones rebocados pela embarcação, para então ser processado possibilitando a interpretação geofísica. O problema é que o som gerado pelos canhões de ar pode impactar parte da fauna aquática.

²⁰ Zonas de transição são áreas que incluem a água rasa e a área terrestre adjacente, caso estas integrem um mesmo levantamento de dados sísmicos.

Essas atividades foram então reguladas pela Resolução CONAMA n. 350, de 6 de julho de 2004, que criou uma licença específica (e, caso raro no Brasil, única) para as atividades de aquisição de dados sísmicos marítimos e em zonas de transição, denominada “Licença de Pesquisa Sísmica-LPS” que autoriza e estabelece condições, restrições e medidas de controle ambiental que devem ser seguidas pelo empreendedor para a realização das atividades de aquisição de dados sísmicos²¹.

O processo de licenciamento se inicia com a apresentação ao IBAMA, pelo empreendedor, de documento chamado de FCA “ficha de caracterização das atividades” descrevendo os principais elementos que caracterizam as atividades e sua área de inserção e apresentando a justificativa da implantação do projeto, seu porte e a tecnologia empregada, os principais aspectos ambientais envolvidos e a existência ou não de estudos e licenças ambientais emitidas por outras instâncias do governo. O projeto deve ser enquadrado pelo IBAMA em uma de três classes, segundo a profundidade (ou sensibilidade ambiental) onde se realizarão os levantamentos seja inferior a 50 m (ou se trate de área de sensibilidade ambiental²²); entre 50 e 200 m e superior a 200 m. Isso por que, em regra, quanto menor a profundidade maior a importância ambiental da área. Assim, quanto menos profundo maiores são as exigências e os estudos necessários para a obtenção da licença.

O IBAMA, em seguida, deve emitir um termo de referência²³, no qual são estabelecidas as diretrizes, o conteúdo mínimo e a abrangência dos estudos ambientais necessário ao licenciamento da atividade de aquisição de dados sísmicos. Ou seja, é no termo de referência que o IBAMA vai indicar exatamente que dados espera ver levantados nos estudos ambientais. Após a entrega dos estudos pelo empreendedor e uma fase onde são prestados eventuais esclarecimentos adicionais o IBAMA deve decidir sobre a concessão ou não da licença.

Ordinariamente não está prevista a realização de EIA/RIMA e sim de estudos específicos²⁴, conforme a profundidade/sensibilidade da área. Mas a Resolução ressalva que quando a atividade sísmica for considerada pelo IBAMA como potencialmente causadora de significativa degradação ambiental deverá ser exigida a apresentação de EIA/RIMA. Nem poderia ser diferente pois, como vimos, a exigência de EIA/RIMA nesses casos é um imperativo constitucional que não poderia ser afastada por uma resolução. Muito provavelmente existirão impactos significativos sempre que a área objeto dos estudos for próxima a unidade de conservação.

Recentemente, uma Instrução Normativa Conjunta (nº 02/2011, publicada em 01.12.2011) do IBAMA e do ICMBio²⁵ estabelece áreas de restrição para atividades de pesquisas sísmicas marítimas em regiões prioritárias para conservação de mamíferos aquáticos na costa brasileira. Em maio de 2011, já havia sido publicada a Instrução Normativa Conjunta nº 01/2011-IBAMA/ICMBio, que estabeleceu as áreas de restrição para exploração petrolífera em função do período de desova das tartarugas marinhas que habitam o litoral brasileiro e estão ameaçadas de extinção.

²¹ Que por sua vez são definidos como “conjunto de informações obtidas por meio do método geofísico de reflexão ou refração sísmica, que consiste no registro das ondas elásticas durante um período de tempo decorrido entre o disparo de uma fonte sonora artificial e o retorno da onda sonora gerada, após esta ter sido refletida e refratada nas interfaces de diferentes camadas rochosas em subsuperfície”.

²² Definida como “área de concentração de espécies marinhas e costeiras, de importância ecológica, social, cultural e econômica”, ao que acresceríamos “independente da profundidade” pois a resolução parece pressupor que a baixa profundidade em si faz pressupor a sensibilidade ambiental.

²³ Nos processos de licenciamento de alguns estados o documento no qual o órgão licenciador estabelece as informações e questões específicas que pretende ver contempladas no estudo ambiental para determinado licenciamento é chamado de “instrução técnica” ou “IT”.

²⁴ Plano de controle ambiental de sísmica - PCAS: documento que prevê as medidas de controle ambiental da atividade de aquisição de dados sísmicos; Estudo ambiental de sísmica - EAS: documento que apresenta a avaliação dos impactos ambientais não significativos da atividade de aquisição de dados sísmicos nos ecossistemas marinho e costeiro e Relatório de impacto ambiental de sísmica - RIAS: documento que apresenta a síntese do EAS em linguagem acessível aos interessados, demonstrando as consequências ambientais da implementação das atividades de aquisição de dados sísmicos.

²⁵ A autarquia federal que trata das áreas protegidas.

Em 26 de outubro de 2011 foi aprovada uma Portaria do Ministério do Meio Ambiente (Portaria de n. 422) – que será analisada mais à frente – trazendo várias inovações aos processos de licenciamento ambiental de exploração e produção de petróleo.

No que se refere à pesquisa sísmica a primeira novidade relevante que a Portaria traz em relação à Resolução 350 é a regra de que quando a pesquisa sísmica envolver áreas situadas em *mais de uma classe de licenciamento*, “o enquadramento deverá ser realizado com base na sensibilidade ambiental das áreas a serem impactadas e no potencial de interferência da atividade a ser licenciada na atividade pesqueira ou em outra atividade socioeconômica”. A regra não é muito clara, mas parece indicar que, para efeito de enquadramento (e, portanto para efeito de se indicar quais estudos serão exigidos), aplica-se a regra da classe mais restritiva, dentre aquelas onde se pretende desenvolver a pesquisa.

Outra novidade é a regra (art. 4º §7º) segundo a qual “desde que não se enquadre na exigência de que trata o art.10 da Lei nº 6938/81”, o IBAMA poderá autorizar diretamente a realização de pesquisas sísmicas em Classe 3, em função de sua localização, duração ou tecnologia empregada. O dispositivo invocado pela Portaria é aquele que serve de fundamento legal para a exigibilidade de *qualquer* licenciamento ambiental no Brasil²⁶. Ou seja, o que a Portaria diz é que, caso um estudo de sísmica específico não seja capaz de causar qualquer degradação ambiental então seu licenciamento não será exigível, sendo substituído por uma autorização concedida por um processo sumário, que, de todo modo, não prescinde de uma análise do FCA.

A previsão deste procedimento sumário é positiva, já que parte do pressuposto de que se a lei não exige o licenciamento para uma atividade não seria a portaria que poderia exigí-lo. Mas a sua aplicação é bem mais complexa pois saber se uma atividade se enquadra ou não no padrão aberto da lei é uma questão difícil. Por exemplo, ao menos em relação às atividades enquadradas na classe I parece haver uma forte presunção da sua potencialidade para causar alguma degradação ambiental. É possível que os agentes da indústria, pressionados pela competição, sejam tentados a procurar se utilizar deste procedimento sumário para obtenção de sua “licença” (no caso autorização). Mas a utilização do dispositivo deve ser feito com muita prudência, não devendo se esquecer que, como se verá mais à frente, existem tipos penais que buscam coibir exatamente a prestação de informações inexatas no curso de processos de licenciamento ambiental.

3.4. A nova regulamentação: visão geral

Como já visto, recentemente foi aprovada nova Portaria²⁷ dispondo sobre os procedimentos para o licenciamento ambiental *federal* de atividades e empreendimentos de exploração e produção de petróleo e gás natural no ambiente marinho e *em zona de transição terra-mar*. O instrumento jurídico utilizado (portaria), ao invés de uma resolução do CONAMA, significa que a norma em questão (como ela própria afirma), só se aplica aos licenciamentos de responsabilidade da União (que são conduzidos pelo IBAMA). De todo modo, devido à localização destes empreendimentos, dificilmente se poderia cogitar de um licenciamento estadual salvo na denominada zona de transição terra-mar.

²⁶ Exigindo-o para a “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadas de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.

²⁷ Uma nota deve ser dita sobre a relação entre uma resolução do CONAMA e uma portaria do Ministério do Meio Ambiente. Sempre entendemos que uma resolução do CONAMA não pode impor normas procedimentais aos estados, pois estes não podem ter sua autonomia constitucional tolhida por resolução de órgão colegiado federal. O mesmo não ocorre com o Ministério, que é órgão federal. Assim, a rigor, uma portaria deve obedecer à resolução. De todo modo, nenhuma de suas inovações chega propriamente a contrariar a Resolução 23, que, portanto, permanece em vigor.

A Portaria também pretende se aplicar (Art. 1º Parágrafo único) sobre o “licenciamento de atividades e empreendimentos realizados com tecnologias similares àquelas utilizadas para exploração petrolífera, com fins científicos e de planejamento.”²⁸

A Portaria enquadra as atividades petrolíferas em três fases (cada uma objeto de um capítulo específico) para efeitos de licenciamento: (i) pesquisa sísmica; (ii) perfuração de poços e (iii) produção, escoamento de petróleo e gás natural e teste de longa duração – tld.

3.5. O licenciamento da perfuração de poços

Para a perfuração de poços no ambiente marinho a Portaria prevê a exigência de uma Licença de Operação (sem esclarecer se será ou não exigível a licença de instalação “das unidades e sistemas necessários à produção e ao escoamento” prevista na resolução 23). Segundo a Portaria, para a concessão dessa LO será necessária a avaliação da viabilidade ambiental, da tecnologia a ser empregada e da *localização* da atividade (o que, em outros licenciamentos, seria avaliado na fase de concessão da LP ou LI, o que parece revelar que a LO poderá ser concedida diretamente), bem como das medidas de controle ambiental propostas.

O procedimento de licenciamento também tem início com o encaminhamento da Ficha de Caracterização da Atividade por parte do empreendedor e o enquadramento da atividade em uma de três classes. A Classe 1 inclui perfuração que apresente uma ou mais das seguintes características: (i) local com *profundidade* inferior a 50 metros; (ii) local a menos de 50 quilômetros de distância da costa; (iii) sensibilidade ambiental, e (iv) licenciamento por polígonos, que veremos mais à frente. Para a classe 1 exige-se a elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental. A Classe 2 inclui perfuração em local com profundidade entre 50 e 1000 metros, a mais de 50 quilômetros de distância da costa (e desde que não seja área de sensibilidade ambiental), sendo exigida a elaboração de Estudo Ambiental de Perfuração/Relatório de Impacto Ambiental de Perfuração-EAP/RIAP. A Classe 3 inclui perfuração em local com profundidade superior a 1000 metros, a mais de 50

²⁸ A portaria traz um artigo (2º) com definições técnicas, das quais se destacam: Áreas de sensibilidade ambiental: “áreas onde há a ocorrência de atributos naturais ou de atividades socioeconômicas que exigem maior detalhamento dos estudos ambientais e medidas criteriosas de controle para eventual implantação dos empreendimentos de exploração e produção de petróleo e gás natural”; Avaliação Ambiental de Área Sedimentar-AAAS: “processo de avaliação baseado em estudo multidisciplinar, com abrangência regional, utilizado pelos Ministérios de Minas e Energia e do Meio Ambiente como subsídio ao planejamento estratégico de políticas públicas, que, a partir da análise do diagnóstico socioambiental de determinada área sedimentar e da identificação dos potenciais impactos socioambientais associados às atividades ou empreendimentos de exploração e produção de petróleo e gás natural, subsidiará a classificação da aptidão da área avaliada para o desenvolvimento das referidas atividades ou empreendimentos, bem como a definição de recomendações a serem integradas aos processos decisórios relativos à outorga de blocos exploratórios e ao respectivo licenciamento ambiental”; Estudo Ambiental de Área Sedimentar-EAAS: “estudo multidisciplinar de abrangência regional, com objetivo principal de subsidiar a classificação de aptidão de áreas com vistas à outorga de blocos exploratórios de petróleo e gás natural, bem como produzir informações ambientais regionais para subsidiar o licenciamento ambiental de empreendimentos específicos”; Estudo Ambiental de Perfuração - EAP: “documento elaborado pelo empreendedor que apresenta a avaliação dos impactos ambientais não significativos da atividade de perfuração marítima nos ecossistemas marinho e costeiro”; Estudo Ambiental de Sísmica - EAS: “documento elaborado pelo empreendedor que apresenta a avaliação dos impactos ambientais não significativos da atividade de pesquisa sísmica marítima nos ecossistemas marinho e costeiro”; Estudo Ambiental de Teste de Longa Duração - EATLD: “documento elaborado pelo empreendedor que apresenta a avaliação dos impactos ambientais não significativos da atividade de teste de longa duração nos ecossistemas marinho e costeiro”; Plano de Controle Ambiental de Sísmica - PCAS: “documento elaborado pelo empreendedor que prevê as medidas de controle ambiental a serem adotadas na pesquisa de dados sísmicos, além de informações sobre embarcações e equipamentos utilizados pelo empreendedor”; Relatório em linguagem não técnica: “documentos auxiliares aos estudos ambientais, elaborados em linguagem acessível ao público leigo, com a função de comunicar as principais conclusões do estudo ambiental de referência, tais como: Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, Relatório de Impacto Ambiental de Sísmica - RIAS, Relatório de Impacto Ambiental de Perfuração - RIAP, Relatório de Impacto Ambiental de Teste de Longa Duração - RIATLD;” Zona de transição terra-mar: “área compreendendo águas rasas e sua área terrestre adjacente, quando parte de uma mesma atividade ou empreendimento regulado” pela Portaria.

quilômetros de distância da costa (e desde que não seja área de sensibilidade ambiental), sendo exigida a elaboração de Estudo Ambiental de Perfuração – EAP.

Em seguida temos a emissão do Termo de Referência²⁹, a entrega do requerimento da licença, a ser publicado, e a realização de consulta pública “quando couber”. Segue-se uma fase de esclarecimentos adicionais; emissão de parecer técnico conclusivo e de decisão deferindo ou indeferindo o pedido. Por fim, temos a fase de acompanhamento das condicionantes pelo IBAMA (afinal a atividade de licenciamento não deve terminar com a expedição da licença, já que esta deve ser acompanhada).

Uma das grandes novidades da portaria é a autorização para que o IBAMA possa licenciar as atividades de perfuração de forma integrada, sob a forma de polígonos de perfuração. Ou seja, ao invés de uma licença *por poço* tem-se uma licença para vários poços localizados num mesmo polígono, cuja delimitação será proposta pelo empreendedor e estabelecida pelo IBAMA, com base na localização e na extensão da área geográfica, bem como o número estimado, a densidade e a localização prevista dos poços. A novidade parece racional e razoável, evitando-se a repetição (ou mera cópia) de estudos idênticos. No entanto o critério de delimitação dos polígonos é bem aberto. É de se esperar que as condições e impactos ambientais não variem muito entre cada poço, pois, do contrário, a unificação não seria tão justificável. De todo modo a portaria estabelece que o licenciamento de poços por polígonos de perfuração implica no enquadramento do licenciamento na Classe 1, que, como visto, é aquele que requer estudos mais detalhados (EIA/RIMA).

3.6. O licenciamento da produção, do escoamento e do TLD

A Portaria também possui um capítulo que se aplica tanto ao licenciamento do conjunto de atividades denominado “implantação ou ampliação de empreendimentos marítimos de *produção e escoamento* de petróleo e gás natural” quanto ao licenciamento dos Testes de Longa Duração – TLD, definidos como “testes de poços, realizados durante a fase de *exploração*, com a finalidade precípua de obtenção de dados e informações para conhecimento dos reservatórios, com tempo total de fluxo superior a 72 Horas”.

Para todas estas atividades (com exceção para um tipo específico de TLD, como se verá mais a frente) o licenciamento observa o tradicional modelo de três licenças (LP, LI e LO), com algumas regras específicas.

Assim, no caso de empreendimentos compostos por *diferentes projetos ou* que envolvam *diferentes atividades* poderão ser emitidas mais de uma Licença de Instalação ou Operação, em sequência a *uma única* Licença Prévia, de acordo com o cronograma de implementação e características do empreendimento. A idéia é que na fase de licença prévia se avalie o impacto global do empreendimento (com suas distintas atividades e projetos), ainda que a instalação e a operação de cada projeto específico seja feita de forma progressiva no tempo, com a emissão das respectivas Lis e LOs, o que é relativamente comum, por exemplo, no licenciamento de distritos industriais.

Apesar da utilização do modelo das três licenças, a Portaria esclarece que no caso de empreendimentos que *não incluam atividades de instalação*, poderá ser concedida diretamente a LO. Além disso, estabelece que o empreendimento de produção e escoamento de petróleo e gás natural poderá incluir atividades de *perfuração* em seu escopo, para as quais deverá ser emitida LO específica, que, presume-se, substituiria a LPper da Resolução 23, embora a Portaria não esclareça se esta LO pode ser requerida de forma isolada

²⁹Excepcionalmente e de forma justificada, o IBAMA poderá solicitar estudo preliminar de modelagem de dispersão de poluentes no mar para subsidiar a elaboração do Termo de Referência. Nas áreas que já tenham sido objeto de estudos ambientais de abrangência regional, o IBAMA poderá estabelecer critérios alternativos para a definição do enquadramento.

O procedimento de licenciamento para estas atividades segue trâmites ligeiramente distintos segundo se trate de LP, de um lado, ou de LI ou LO, de outro (sendo o EIA/RIMA realizado na fase de LP). A Portaria deixa claro que às exigências apresentadas nas licenças anteriores poderão ser acrescidas outras, de forma justificada, caso a análise da documentação apresentada pelo empreendedor ou as contribuições recebidas no processo de licenciamento indiquem tal necessidade.

O licenciamento de Teste de Longa Duração-TLD seguirá o procedimento previsto para o licenciamento de empreendimentos de produção e escoamento. No entanto, prevê-se um rito processual específico, com base em estudos aparentemente mais simples, para o TLD que atenda simultaneamente aos seguintes critérios: envolver apenas um poço; ter duração máxima de 180 (cento e oitenta) dias; estar localizado a mais de 50 (cinquenta) quilômetros da costa; e estar localizado em águas com mais de 50 (cinquenta) metros de profundidade.

Para TLDs licenciados com base neste rito específico a LP não será exigida e mesmo a LI poderá ser dispensada “a depender das características do projeto” (sobre as quais a Portaria não dá nenhuma pista). De todo modo, a LO concedida para TLD neste rito não poderá ser renovada. A Portaria esclarece que o agrupamento de diferentes TLDs no mesmo processo de licenciamento impede a adoção do rito específico, o que, *a contrario sensu*, significa que o agrupamento é admitido no processo “normal”.

3.7. Normas comuns aos diversos processos

Os empreendedores sempre criticaram a demora dos processos de licenciamento, muitas vezes ocasionada por infundáveis pedidos de esclarecimentos. Para resolver este problema a Portaria tomou algumas medidas, fixando prazos para várias fases do procedimento e em geral limitando os pedidos de esclarecimentos (sobre documentos já apresentados) a uma única vez, embora ressalvando que poderá haver reiteração da solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios.

Além disso, a Portaria determina ao IBAMA, que, na definição do conteúdo dos estudos necessários ao licenciamento ambiental, dispense o empreendedor de gerar informações que *já estejam disponíveis em outros estudos ou documentos*³⁰. Isso é muito positivo para se evitar um certo “corte e cola”, comum a estudos que tratam de áreas idênticas ou sobrepostas, evitando-se o desperdício de tempo, recursos e papel. Note-se que, para serem consideradas válidas para fins de licenciamento ambiental, as informações referidas deverão estar disponíveis publicamente para acesso de qualquer parte interessada, ao menos em meio digital via rede mundial de computadores.

A nova LC 140 (art. 14) veio reforçar o objetivo de celeridade estabelecendo o óbvio ou seja, que “os órgãos licenciadores *devem observar* os prazos estabelecidos para tramitação dos processos de licenciamento”³¹. Ademais, o mesmo artigo (§ 1º) estabelece que “as exigências de complementação oriundas da análise do empreendimento ou atividade devem ser comunicadas pela autoridade licenciadora *de uma única vez ao empreendedor*, ressalvadas aquelas decorrentes de fatos novos.” Aqui, o que se pretende evitar não são exatamente os sucessivos pedidos de esclarecimento sobre a mesma matéria, mas os sucessivos pedidos sobre matérias distintas. Ou seja, a ideia é que o IBAMA comunique ao empreendedor de uma só vez todos os pontos que deseja ver esclarecidos. O artigo também estabelece (§ 4º)

³⁰ Estudos ambientais de abrangência regional; Estudos Ambientais de Área Sedimentar-EAAS Processo Administrativo de Referência; e outros estudos realizados sob responsabilidade, demanda ou supervisão do poder público federal, inclusive oriundos de outros processos de licenciamento ambiental.

³¹ Típica manifestação da falta de efetividade de certas normas dos sistemas romano-germânicos (ou, mais especificamente, dos sistemas latinos) onde é preciso que uma norma enuncie que outras normas foram feitas para ... serem cumpridas.

que a renovação de licenças ambientais deve ser requerida com antecedência mínima de 120 dias da expiração de seu prazo de validade, *ficando este automaticamente prorrogado* até a manifestação definitiva do órgão ambiental competente.

Por fim, o artigo (§ 3º) estabelece que o decurso dos prazos de licenciamento, sem a emissão da licença ambiental, não implica emissão tácita nem autoriza a prática de ato que dela dependa ou decorra, mas instaura a competência supletiva dos demais entes. No entanto não existe hipótese de atuação supletiva do estado por omissão da União (o que, aliás, é de constitucionalidade duvidosa, por significar uma diferença não justificada de tratamento entre os entes) e, portanto, para os licenciamentos de exploração e produção de petróleo no mar esta parte do dispositivo não terá eficácia.

A Portaria admite o trâmite de “um único processo de licenciamento ambiental para empreendimentos *similares* em uma mesma região, em escala temporal compatível, desde que definida a responsabilidade pelo conjunto de empreendimentos”. Presume-se, que, nestes casos, serão exigíveis de forma cumulativa os estudos aplicáveis a cada tipo de atividade, salvo naquilo que evidentemente for sobreposto (por exemplo, não há razão para se exigir dois diagnósticos ambientais da mesma área).

A Portaria também prevê a instauração de um “Processo Administrativo de Referência”, contendo informações apresentadas pelas empresas sobre equipamentos, tecnologias, insumos ou outros aspectos das atividades petrolíferas, com o intuito de validar e otimizar o acesso a essas informações e o seu aproveitamento em processos de licenciamento ambiental regulados pela Portaria. Para que estas informações possam ser utilizadas como subsídios em processos de licenciamento ambiental elas devem ser previamente validadas pelo IBAMA e estar disponíveis para consulta de qualquer parte interessada, *resguardados os sigilos protegidos por lei*, os quais devem ser claramente informados pelo empreendedor.

Em relação à publicidade a Portaria determina ao IBAMA que disponibilize na rede mundial de computadores, informações detalhadas sobre os processos de licenciamento³².

As empresas que fornecerem informações de caráter sigiloso ao IBAMA deverão indicar essa circunstância, de forma expressa e fundamentada, providenciando a retirada da informação protegida do material fornecido em meio digital, aplicando-se o mesmo procedimento às informações de caráter sigiloso que possam ser mencionadas nos pareceres técnicos emitidos pelo órgão licenciador.

Por outro lado, a Portaria estabelece que os documentos deverão permanecer disponíveis na rede mundial de computadores por, no mínimo, um ano após o encerramento do processo administrativo de licenciamento. Se o processo de licenciamento não se encerrar com a emissão da licença, já que a atividade licenciada deve ser acompanhada, o prazo é bem razoável. No entanto, se o processo se encerra com a emissão da licença então o prazo nos parece extremamente curto, ofendendo portanto a exigência de publicidade, pois é comum que problemas relacionados ao licenciamento surjam em momento bem posterior ao da emissão da licença.

A Portaria também admite “a implementação de *programas ambientais regionais*, para uma mesma área de concentração de empreendimentos, compartilhados ou não entre empresas, em complementação ou substituição aos projetos ambientais individuais, desde que definida responsabilidade pela sua execução.” Aparentemente se trata de programas destinados a mitigar ou compensar os impactos ambientais, que poderão ser mantidos por mais de uma empresa, o que parece positivo, permitindo um ganho de escala em relação ao custo das medidas (importante é que o dispositivo não seja usado para executar *menos* medidas do que aquelas que seriam executadas individualmente e sim para executar mais medidas ou as mesmas por menor custo).

³² Incluindo, por exemplo, termos de referência; estudos ambientais e respectivos relatórios em linguagem não-técnica; pareceres técnicos; licenças concedidas, suas renovações ou retificações.

Dois artigos da Portaria (25 e 26) tratam de modificações na licença após a sua emissão, por iniciativa do IBAMA ou do empreendedor. O primeiro deles estabelece que o IBAMA, mediante decisão motivada, poderá: (i) modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, (ii) suspender ou (iii) cancelar uma licença expedida, quando ocorrer: violação ou *inadequação* de quaisquer condicionantes ou normas legais; omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença; ou superveniência de graves riscos ambientais e à saúde.

O dispositivo nos parece mal redigido pois trata da mesma forma causas *infracionais* para a revisão da licença³³ (infrações administrativas e mesmo penais) e causas não infracionais³⁴.

Ora, desde que o licenciamento ambiental foi criado como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º da Lei 6.938/81³⁵) ele veio expressamente acompanhado da possibilidade de sua “revisão”, necessária face às características das variáveis ambientais, face à evolução da tecnologia e face à estabilidade meramente relativa da licença ambiental. Isto, aliás, é especialmente verdadeiro em matéria de petróleo, onde novas fronteiras exploratórias fazem surgir novos riscos e novas tecnologias. Claro que qualquer revisão deve ser solidamente motivada e ser objeto de regular processo administrativo, em especial porque, se é verdade que sua admissão é em geral reconhecida, variam as circunstâncias nas quais ela fará surgir ou não direito a indenização³⁶.

O certo é que, se a revisão pode – quando indispensável à salvaguarda do interesse ambiental e quando a concessão de qualquer prazo de manifestação for incompatível com esta salvaguarda – ser aplicada cautelarmente de forma imediata, isto não significa que a revisão como punição, e em caráter definitivo, possa observar o mesmo tramite. No caso de punição é indispensável a prévia e ampla defesa do interessado, na forma da Constituição Federal e da parte administrativa (art. 70 § 4º) da Lei 9.605/98.

Além disso, poderá haver modificação na licença por parte do empreendedor quando ocorrer “modificação de projeto *que não implique em alteração relevante* da avaliação de impacto ambiental realizada como subsídio à concessão da licença”. Caso a modificação de projeto implique em alteração relevante das características originais do empreendimento e de seus impactos e riscos ambientais, o IBAMA exigirá novo procedimento de licenciamento, sem prejuízo de serem aproveitados os atos já praticados e os documentos produzidos anteriormente.

Por fim, a Portaria deixa claro que podem existir outras atividades – não mencionadas na Portaria – que devam ser submetidas ao licenciamento ambiental, cuja exigibilidade decorre do art.10 da Lei nº6.938/81 (com a redação dada pela nova LC 140), cabendo ao IBAMA portanto se manifestar sobre a exigibilidade de licenciamento para outras atividades marítimas de exploração e produção de petróleo não contempladas na Portaria, no que solicitará ao empreendedor os subsídios necessários para a avaliação das características do empreendimento, de seus impactos e dos riscos ambientais envolvidos.

3.8. O licenciamento e o contrato de concessão

Importante ressaltar que a celebração do contrato de concessão não condiciona o trabalho do órgão ambiental nem autoriza, por si só, o início de qualquer atividade (que precise de licença) independentemente da licença.

A única ressalva que se faz é que é razoável presumir que a ANP não vá oferecer a licitação blocos localizados em áreas onde qualquer atividade seja ambientalmente inviável.

³³ Violação de condicionantes ou normas legais e omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença.

³⁴ *Inadequação* de quaisquer condicionantes ou normas legais e superveniência de graves riscos ambientais e à saúde.

³⁵ Antes ele já tinha sido criado no Estado do Rio de Janeiro, em 1975.

³⁶ Excluída esta quando a revisão for motivada por ilícito e, em geral, quando for aplicada apenas ao final do prazo da licença, ou seja, em sua renovação.

Esta, aliás, é a razão da existência da Avaliação Ambiental de Área Sedimentar (AAAS), que os Ministérios de Minas e Energia (ao qual a ANP está vinculada) e do Meio Ambiente devem utilizar como subsídio ao planejamento estratégico de políticas públicas, a fim de que, a partir da análise do diagnóstico socioambiental de determinada área sedimentar e da identificação dos potenciais impactos socioambientais associados às atividades ou empreendimentos de exploração e produção de petróleo e gás natural, se possa classificar a aptidão de determinada área avaliada para o desenvolvimento de atividades de exploração e produção de petróleo.”

Ou seja, a inclusão de uma área na licitação há de presumir *alguma* viabilidade locacional do empreendimento. É possível que algumas localizações específicas dentro de um bloco não possam admitir poços, é possível se impor diferentes condicionantes, mas não nos parece possível, quando mais não seja pelo princípio da confiança legítima, que o órgão ambiental afirme, pura e simplesmente, que nenhuma atividade de exploração ou produção será admitida na área já licitada. Se, de fato, existirem fortes razões ambientais para tal medida ela poderá ser tomada, mas é difícil excluir, neste caso, algum direito de indenização por parte do concessionário.

De todo modo, o contrato de concessão joga toda a responsabilidade e o risco de obtenção da licença sobre o concessionário³⁷. Ainda assim, a minuta (parágrafo 14.6) estabelece que *“a ANP, quando solicitada e sempre no estrito limite legal de sua competência e atribuições, poderá prestar assistência ao Concessionário na obtenção das licenças, autorizações, permissões e direitos referidos no parágrafo 13.14.”* O dispositivo parece estabelecer uma faculdade da ANP mas, a nosso ver, respeitado o enunciado – e óbvio – limite de suas competências, o pedido de apoio razoavelmente solicitado deve ser atendido. Isso se aplica, em especial, quando o pedido se limita à necessidade de prestação de informações pela ANP a outros órgãos. Na verdade, o papel da ANP deveria equivaler ao de um mediador entre o outro órgão público envolvido e o concessionário.

3.9. Licenciamento e áreas protegidas

Como visto, nem todo licenciamento de atividade de exploração e produção de petróleo estará sujeita à realização de EIA/RIMA. No entanto *quando* o EIA/RIMA for exigível isso significa que a concessionária será sujeita à medida compensatória prevista no art. 36 da Lei n. 9985/00 que criou o sistema nacional de unidade de conservação, estando portanto obrigada

³⁷ A redação da cláusula é a seguinte:

“13.14 Caberá ao Concessionário, *por sua conta e risco*, obter todas as licenças, autorizações, permissões e direitos, exigidos nos termos da lei, por determinação das autoridades competentes ou em razão de direito de terceiros, referidos ou não neste Contrato, *inclusive relativos ao meio ambiente* e que sejam necessários para a execução das Operações, visando *inter alia* a livre entrada, saída, importação, exportação, desembaraço alfandegário, movimentação, construção, instalação, posse, uso ou consumo, tanto no que diz respeito ao País quanto à Área da Concessão, de quaisquer pessoas, serviços, processos, tecnologias, equipamentos, máquinas, materiais e bens em geral, inclusive para a utilização de recursos naturais, nos termos do parágrafo 2.4, instalação ou operação de meios de comunicação e transmissão de dados, e transporte por via terrestre, fluvial, lacustre, marítima ou aérea.

13.15 Caso as licenças, autorizações, permissões e direitos referidos no parágrafo 13.14 dependam de acordo com terceiros, tais como proprietários de terra, comunidades urbanas, rurais ou indígenas, governos locais ou outras entidades ou pessoas com legítimo direito, a negociação e execução de tais acordos será da exclusiva responsabilidade do Concessionário, podendo a ANP fornecer a assistência descrita no parágrafo 14.6.”

Até a presente data foram efetuadas dez rodadas de licitações, sem contar a chamada “rodada zero” que formalizou a assinatura de novos contratos apenas com a PETROBRAS, com base nas disposições transitórias da Lei do Petróleo (Capítulo IX). A cláusula reproduzida acima foi utilizada na última rodada de licitação, realizada em 2008. Embora exista uma certa uniformidade entre as minutas pode-se notar alterações ao longo do tempo. Para a consulta de todas as minutas veja-se o seguinte endereço eletrônico http://www.brasil-rounds.gov.br/portugues/contratos_e_editais.asp#modelos

a “apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral” na forma indicada pelo EIA/RIMA e detalhada pelo órgão ambiental. O dispositivo estabelecia que o montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade *não poderia ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento*, mas este percentual mínimo foi derrubado pelo Supremo Tribunal Federal³⁸.

O valor do apoio, portanto, deve ser fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento, devendo ser estabelecida uma *relação de proporcionalidade entre a obrigação e o dano ambiental*, para maior garantia de preservação do meio ambiente, colocando de lado a idéia de pagamento compulsório *desvinculado dos efeitos ambientais negativos provocados pelo projeto*.³⁹

Além disso, caso a atividade afete unidade de conservação *específica* ou sua zona de amortecimento, o licenciamento só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração. Isso significa, portanto, que para obter a licença ambiental (do IBAMA) o concessionário terá que obter a autorização de outro órgão, que, na esfera federal é o ICM-Bio, mas é bem possível que a unidade seja estadual, com o que a entidade gestora da unidade terá que dar a sua autorização⁴⁰.

De todo modo, com a realização das Avaliações Ambientais de Área Sedimentar (AAS) espera-se que áreas ambientalmente mais sensíveis sejam excluídas das próximas licitações de blocos exploratórios.

IV – A fiscalização das atividades

As atividades de exploração e produção de petróleo estão sujeitas em primeiro lugar à fiscalização do órgão regulador que é a ANP. Embora esta fiscalização tenha como foco principal as normas técnicas relativas à atividade é evidente certa sobreposição ou inter-relação entre estas normas e as normas de proteção, inclusive porque a proteção do meio ambiente é um dos objetivos a serem perseguidos pelas políticas nacionais de energia a serem executadas pela ANP (art. 1º da Lei 9.478).

Assim, ainda que a ANP não possa aplicar uma multa administrativa pela prática de uma infração administrativa *ambiental* ela pode e deve fiscalizar o cumprimento das normas ambientais, notificando o IBAMA para instauração de processo sancionatório se for o caso. Na verdade, como bem nota PAULO BESSA ANTUNES:

“O conjunto de atribuições da ANP, embora relacionado diretamente com a qualidade da operação das atividades de petróleo, indiscutivelmente, guarda muita proximidade com o controle ambiental. Assim é porque, efetivamente, a má operação quase sempre implica o lançamento de petróleo no ambiente. Observa-se, portanto, que um derramamento de óleo com efeitos negativos sobre o ambiente repercute, do ponto de vista jurídico, na esfera administrativa própria da atividade de petróleo, bem como nas diferentes esferas tuteladas pelo Direito Ambiental.”⁴¹

Um exemplo é o chamado “abandono de poço”, disciplinado pela ANP por meio de regulamento que tem como objeto⁴² disciplinar “os procedimentos a serem adotados no abandono de poços de petróleo e/ou gás, de maneira a assegurar o perfeito isolamento das zonas de petróleo e/ou gás e também dos aquíferos existentes”, prevenindo: “a migração dos fluidos entre as formações” e “a migração de fluidos até a superfície do terreno ou o fundo do mar”, ou seja, o vazamento de petróleo e a consequente poluição.

³⁸ Ação direta de inconstitucionalidade n.º 3.378, de relatoria do Ministro Carlos Britto, julgada em 09.04.2008.

³⁹ Voto do saudoso Ministro Carlos Alberto Direito.

⁴⁰ Por exemplo, no litoral do Estado do Rio de Janeiro existe o Parque Estadual Marinho do Aventureiro que poderia ser afetado por uma atividade relacionada a atividade de petróleo (como de fato é afetado, pela existência de um terminal nas proximidades).

⁴¹ ANTUNES, Paulo Bessa. *Direito Ambiental*, 13ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, P. 997.

⁴² Regulamento Técnico 02/2002, aprovado pela Portaria ANP n. 25, de 6.3.2002.

Em relação aos órgãos ambientais cabe ao IBAMA precipuamente o acompanhamento e fiscalização da atividade, em especial no que se refere à necessidade de verificar se as condicionantes da licença ambiental estão sendo cumpridas. Note-se que esta fiscalização, além de ter como base a legislação nacional, encontra respaldo no art. 204 “2” da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar⁴³ segundo o qual os Estados devem manter sob vigilância os efeitos de quaisquer atividades por eles autorizadas ou a que se dediquem a fim de determinarem se as referidas atividades são suscetíveis de poluir o meio marinho.

A Lei da Poluição do Óleo (Lei 9966/00) efetua uma repartição de competência⁴⁴ administrativa prevendo que a fiscalização de “navios, plataformas e suas instalações de apoio” seja feita pela Marinha, e que a fiscalização dos portos organizados, das instalações portuárias, das cargas movimentadas, de natureza nociva ou perigosa, e das plataformas e suas instalações de apoio, *quanto às exigências previstas no licenciamento ambiental*, seja feita pelo IBAMA. Além disso também prevê que o órgão ambiental estadual possa fiscalizar os “portos organizados, instalações portuárias, estaleiros, navios, *plataformas* e suas instalações de apoio.” Já à ANP competiria fiscalizar diretamente, ou mediante convênio, as plataformas e suas instalações de apoio, os dutos e as instalações portuárias, no que diz respeito às atividades de pesquisa, perfuração, produção, tratamento, armazenamento e movimentação de petróleo e seus derivados e gás natural.

Finalmente, a LC 140 (art. 17 § 3º) veio a ratificar nosso entendimento⁴⁵ acerca da existência de uma “atribuição *comum* de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor” ainda que, o que é muito razoável, para a imposição de multas administrativas deve prevalecer o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização.

V – A Responsabilidade pelo dano ambiental prevenção, reparação e punição

5.1. Prevenção e reparação

A Constituição Brasileira – que dedica todo um capítulo ao meio ambiente (além de outros dispositivos esparsos) – é muito clara ao estabelecer (art. 225 § 3º) que as “condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas a sanções penais e administrativas⁴⁶ independentemente da obrigação de reparar os danos causados”. Ou seja, uma atividade lesiva ao meio ambiente pode gerar para o responsável três consequências distintas, que podem inclusive ser cumuladas. Duas destas consequências têm natureza sancionatória (sanção penal e administrativa) e a outra tem uma natureza reparadora, originária da responsabilidade *civil*, mas que, pela sua retirada da órbita do direito civil, preferimos chamar de responsabilidade pela reparação do dano ambiental.

Antes de entrar em cada um destes regimes importa salientar que o foco que a noção de responsabilidade sempre deu à atribuição de consequências a fatos – passados – já há algum tempo vem mudando a fim de se preocupar muito mais em evitar que o dano ocorra

⁴³ Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 1.530, de 22 de junho de 1995.

⁴⁴ A *rigor*, qualquer repartição de competência entre entes federados só pode ser feita por lei complementar (art. 23 parágrafo único da Constituição Federal), mas na verdade, a repartição feita pela Lei do Óleo respeita o principal critério que, em geral, tem sido apontado pela doutrina como orientador da repartição de competência, que é o da predominância do interesse.

⁴⁵ MASCARENHAS, Rodrigo T. de A. “Competência Executiva em matéria ambiental” in REIS, Antônio Augusto, LEAL, Guilherme J. S. e SAMPAIO Rômulo S. R. (coord) Tópicos de Direito Ambiental - 30 Anos da Política Nacional do Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁴⁶ Conhecidas no direito português como coimas.

do que em punir sua ocorrência ou reparar seus efeitos. Isto, no direito ambiental – origem desta mudança de foco – é absolutamente essencial, em especial pela extrema dificuldade e por vezes impossibilidade de reparar certos tipos de danos.

Mas a responsabilidade prospectiva tem como principais instrumentos o licenciamento ambiental⁴⁷ e a fiscalização (já tratados), embora, pelo seu efeito dissuasório, os sistemas de imputação de responsabilidade *ex post facto* também tenham grande relevância. De todo modo, as regras processuais que regem o sistema de responsabilidade reparatória preveem ampla possibilidade de adoção de medidas judiciais liminares destinadas a *evitar* o dano.

Outro ponto importante para as três esferas de responsabilidade é o fato de que a execução – *o dia a dia* – das atividades da indústria de petróleo envolve relações complexas entre diversas empresas que desempenham as mais distintas – e cada vez mais *especializadas* – atividades.

Ou seja, quando falamos da exploração e produção de petróleo no mar seria simplista colocar o concessionário como o único ator privado. É claro que o concessionário é o *principal* ator e “quase” sempre será responsável pelos atos decorrentes da execução do contrato de concessão. No entanto, há vários outros atores relevantes.

De início, é comum (no mundo todo), que a atividade de exploração e produção seja conduzida por mais de uma empresa, por meio de uma associação regulada por um acordo de operação conjunta (ou “joint operation agreement” no jargão internacional). A própria Lei do Petróleo (art. 38) admite a participação nas licitações de empresas organizadas em consórcio⁴⁸, estipulando que o edital conterá a exigência de “indicação da empresa líder, responsável pelo consórcio e pela condução das operações, sem prejuízo da *responsabilidade solidária das demais consorciadas*”.

Mas há outros atores, que são as diversas empresas que prestam distintos serviços à concessionária (e/ou às empresas consorciadas) dentre as quais destacamos as empresas responsáveis pelo transporte marítimo do petróleo, bem como as empresas que operam as plataformas⁴⁹. Saber em que medida cada uma destas empresas responde depende do distinto regime em questão (ressarcitório, penal ou administrativo⁵⁰) e, por vezes, da infração ou crime específico (se admite ou não a modalidade culposa, por exemplo). O que importa destacar neste ponto é que um mínimo de conhecimento da realidade do setor é importante para captar o verdadeiro quadro da alocação de responsabilidades.

Pois bem, em relação à responsabilidade pela reparação do dano o direito brasileiro adota, desde 1981,⁵¹ o sistema de responsabilidade objetiva, mediante o qual o poluidor é “obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.” Note-se que o dispositivo inclui no

⁴⁷ Para dar um exemplo da relação entre prevenção e licenciamento a Resolução 398/08 do CONAMA, passou a exigir que os portos organizados, instalações portuárias, terminais, dutos, plataformas, respectivas instalações de apoio, bem como sondas terrestres, refinarias, estaleiros, e outras atividades disponham de um plano de emergência individual para incidentes de poluição por óleo em águas sob jurisdição brasileira. O Plano deve ser apresentado *por ocasião do licenciamento ambiental* e sua aprovação deve se dar quando da concessão da Licença de Operação, da Licença Prévia de Perfuração e da Licença Prévia de Produção.

⁴⁸ Reunião de empresas para executar determinado empreendimento, disciplinada pelos artigos 278 e 279 da Lei Brasileira das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76).

⁴⁹ Na indústria é relativamente comum que a empresa que opera (e que por vezes é a proprietária) de uma plataforma seja pessoa jurídica distinta da concessionária (sequer fazendo parte do mesmo grupo societário).

⁵⁰ Por exemplo, a Lei da Poluição por Óleo (Lei 9966/00) capta esta complexidade ao estabelecer que respondem pelas infrações nela previstas “na medida de sua ação ou omissão” os seguintes atores: o proprietário do navio, ou quem legalmente o represente; o armador ou operador do navio, caso este não esteja sendo armado ou operado pelo proprietário; o concessionário ou a empresa autorizada a exercer atividades pertinentes à indústria do petróleo; o comandante ou tripulante do navio; a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que legalmente represente o porto organizado, a instalação portuária, a plataforma e suas instalações de apoio, o estaleiro, a marina, o clube náutico ou instalação similar e o proprietário da carga.

⁵¹ Art. 14 § 1º da Lei 6.938/81 conhecida como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e que, provavelmente, é a mais importante lei ambiental do Brasil.

sistema de responsabilidade objetiva tanto o dano causado ao meio ambiente propriamente dito (dano ecológico) quanto o dano causado ao *terceiro* afetado pela atividade.

Além disso, o conceito de “poluidor” dado pela lei (art. 3º IV) é bem amplo, qual seja “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

Note-se que no caso da responsabilização de pessoa jurídica a Lei permite (art. 4º da Lei 9.605) que seja “desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”, ou seja, sequer se exige fraude para a desconsideração da personalidade jurídica, bastando que ela seja obstáculo ao ressarcimento.

Importante notar que a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça⁵² tem sido “engajada” na adoção de uma interpretação cada vez mais protetiva do meio ambiente, não sem exageros pontuais.

Assim, por exemplo, existem decisões afirmando a imprescritibilidade do dano ambiental⁵³ e a solidariedade entre múltiplos agentes poluidores⁵⁴. A solidariedade, por exemplo, se é necessária para reforçar a proteção ambiental e evitar infundáveis discussões sobre a parte de cada um em determinado dano, é uma linha que pode levar a absurdos, se não for contida dentro de certos limites. Assim, podemos indagar se é possível condenar uma empresa pela remediação ambiental de toda uma baía, ou de um sistema lagunar, ainda que sua colaboração para o resultado final tenha sido ínfima (menor, por exemplo, que 1% do material poluente). Pela linha do STJ a resposta seria positiva, mas, a nosso ver, isso seria dificilmente compatível com qualquer idéia de razoabilidade.

Outro ponto explorado pela STJ é o do nexo de causalidade. Como afirmado em acórdão já famoso⁵⁵: *“Para o fim de apuração do nexo de causalidade, equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa de fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem”*.

O entendimento, que sem dúvida colabora para o efetivo ressarcimento de danos ambientais, pode no entanto levar a absurdos (inclusive por certa equiparação de nexo de causalidade e responsabilidade solidária). Tomemos o exemplo do financiamento. Nos parece razoável – e extremamente eficaz – procurar envolver os bancos na responsabilidade ambiental, o que os levou a ter maior cuidado na verificação da conformidade ambiental dos projetos que financiam. Assim, parece razoável responsabilizar um banco que financiou uma atividade cuja *instalação* violou as normas ambientais. No entanto, o mesmo não se pode dizer de uma atividade regularmente licenciada mas que, posteriormente ao licenciamento, venha a causar um dano. Seria, a nosso ver, um verdadeiro absurdo responsabilizar a entidade financiadora neste caso. Afinal, que comportamento se espera dela, que substitua o órgão ambiental na fiscalização de seu mutuário, ou que, pura e simplesmente, não financie nenhuma atividade sujeita a licenciamento ambiental? Vale lembrar que, no Brasil, parte significativa (senão a maioria) dos grandes empreendimentos são financiados por meio de instituições públicas,⁵⁶ com recursos públicos. Ou seja, a responsabilização pretendida pela decisão em questão implicaria devolver o custo do problema à sociedade, e não ao poluidor, numa aplicação às avessas do princípio do poluidor-pagador.

⁵² Que, no Brasil, dá a última palavra na interpretação da legislação infraconstitucional. No levantamento dessas decisões foi extremamente útil o trabalho de Oscar Graça Couto. Algumas questões jurídico-ambientais na jurisprudência do STJ, Apresentação ao Colóquio de Direito Ambiental Estudo Comparado França-Brasil, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, em 09.12.2010 (cópia eletrônica da apresentação gentilmente cedida pelo autor).

⁵³ REsp 20.645, D.J. 7.10.02.

⁵⁴ REsp 880.160, D.J. 27.5.10. Solidariedade com fundamento distinto daquela prevista na Lei do Petróleo.

⁵⁵ REsp 650.728, D.J. 2.12.09.

⁵⁶ O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico Social – BNDES, o Banco do Brasil, a Caixa Econômica Federal, o Banco do Nordeste do Brasil, sem falar das diversas agências de financiamento estaduais.

Também existem acordãos, a nosso ver positivos, invertendo o ônus da prova, afirmando que: “O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva”⁵⁷. O problema é que este precedente se referia a processo sancionatório, que deve ter regime completamente distinto de processo reparatório, inclusive por força do direito constitucional de ampla defesa e de presunção de inocência.

Em suma, se o balanço da jurisprudência do STJ é, sem dúvida, amplamente favorável ao meio ambiente, não se deve deixar de ressaltar que o nobre objetivo de proteção ambiental não pode ignorar outras garantias constitucionais, em especial a proporcionalidade, além de que os excessos podem provocar uma reação do legislador que venha a desfazer as boas conquistas.

Além da Lei 6.938, existem outros dispositivos legais específicos da área petrolífera. É que a chamada “Lei do Petróleo” (Lei 9.478/97) também contém dispositivos consagrando a responsabilidade objetiva, ainda que de forma não tão explícita quanto a 6938. Assim, segundo o art. 44, V da referida Lei, o contrato de concessão *estabelecerá* que o concessionário estará obrigado a *responsabilizar-se* civilmente pelos atos de seus prepostos e *indenizar todos e quaisquer* danos decorrentes das atividades de exploração, desenvolvimento e produção contratadas, devendo ainda ressarcir à ANP ou à União os ônus que venham a suportar em consequência de eventuais demandas motivadas por atos de responsabilidade do concessionário.

Já o dispositivo (art. 28) que trata da extinção da concessão, conta com um § 2º estabelecendo que *em qualquer caso de extinção da concessão*, o concessionário fará, por sua conta exclusiva, a remoção dos equipamentos e bens que não sejam objeto de reversão, *ficando obrigado a reparar ou indenizar os danos decorrentes de suas atividades e praticar os atos de recuperação ambiental determinados pelos órgãos competentes*. Ou seja, trata-se de obrigação que ultrapassa o prazo de vigência do contrato.

A determinação do legislador no sentido de inserir cláusula contratual de responsabilidade pelo dano ambiental foi cumprida por meio da inserção da cláusula Vigésima-Primeira à minuta de contrato⁵⁸, que trata não apenas da responsabilidade em si, mas de outras obrigações ambientais.

⁵⁷ Resp 1.060.753-SP

⁵⁸ “21.1 O Concessionário adotará, por sua conta e risco, todas as medidas necessárias para a conservação dos reservatórios e de outros recursos naturais, e para a proteção do ar, do solo e da água de superfície ou de sub-superfície, sujeitando-se à legislação e regulamentação brasileiras sobre meio ambiente e, na sua ausência ou lacuna, adotando as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo a respeito. Dentro desse princípio, e sem com isto limitar sua aplicação, ficará o Concessionário obrigado, como regra geral, e tanto no que diz respeito à execução das Operações quanto à devolução e abandono de áreas e remoção e reversão de bens, a preservar o meio ambiente e proteger o equilíbrio do ecossistema na Área da Concessão, a evitar a ocorrência de danos e prejuízos à fauna, à flora e aos recursos naturais, a atentar para a segurança de pessoas e animais, a respeitar o patrimônio histórico-cultural, e a reparar ou indenizar os danos decorrentes de suas atividades e a praticar os atos de recuperação ambiental determinados pelos órgãos competentes.

21.2 O Concessionário também zelará para que as Operações não ocasionem quaisquer danos ou perdas que afetem outras atividades econômicas ou culturais na Área da Concessão, tais como agricultura, pecuária, indústria florestal, extrativismo, mineração, pesquisas arqueológica, biológica e oceanográfica, e turismo, ou que perturbem o bem estar das comunidades indígenas e aglomerações rurais e urbanas.

21.3 O Concessionário enviará, sempre que solicitado pela ANP, cópia dos estudos efetuados visando obtenção das licenças ambientais.

21.4 O Concessionário informará imediatamente à ANP e às autoridades estaduais e municipais competentes a ocorrência de qualquer derramamento ou perda de Petróleo ou Gás Natural, bem como as medidas já tomadas para enfrentar o problema.

Responsabilidade por Danos e Prejuízos

21.5 Sem prejuízo do disposto no parágrafo 21.1 e na conformidade deste, o Concessionário assumirá responsabilidade integral e objetiva por todos os danos e prejuízos ao meio ambiente e a terceiros que resultarem, direta ou indiretamente, das Operações e sua execução, bem como do seu abandono e da remoção e reversão de bens nos termos dos parágrafos 18.8 a 18.19, obrigando-se a repará-los e a indenizar a União e a ANP, nos termos dos parágrafos 2.2 e 2.3, por toda e qualquer ação, recurso, demanda ou impugnação judiciais, juízo arbitral, auditoria, inspeção, investigação ou controvérsia de qualquer espécie, bem como por quaisquer indenizações, compensações, punições, multas ou penalidades de qualquer natureza, relacionados ou decorrentes de tais danos e prejuízos.”

A cláusula reproduzida acima foi utilizada na última rodada de licitação, realizada em 2008.

5.2. As sanções penais

O Brasil possui, desde 1998, uma lei de crimes ambientais bastante rigorosa (Lei 9.605/98⁵⁹) que, inclusive, prevê a possibilidade das pessoas jurídicas serem penalmente responsabilizadas, o que significou uma revolução no direito penal brasileiro, já que isso nunca tinha acontecido até então. A responsabilidade da pessoa jurídica se dá, nos termos do art. 3º da Lei, “nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, *no interesse ou benefício da sua entidade*” e não exclui a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Além disso, o art. 2º da Lei estabelece que quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes nela previstos, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, “bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”.

Em relação aos tipos penais não há nenhum que seja *especificamente* direcionado às atividades objeto deste trabalho. No entanto, há vários dispositivos relevantes para a atuação das empresas de petróleo no mar. Um deles é o art. 54, cujo tipo é o seguinte: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”, com pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, admitindo-se a modalidade culposa, e com algumas formas qualificadas de especial interesse para a atividade, quando o crime: “*dificultar ou impedir o uso público das praias*”, o que é comum em casos de derramamento de óleo próximo ao litoral, ou “ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, *óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos*”. *Nesses casos a pena é de reclusão, de um a cinco anos. Por fim, o dispositivo estabelece que incorre nas mesmas penas agravadas “quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.”*

Outro dispositivo importante, tendo como objeto protegido a fauna, é o art. 33 da Lei, com o seguinte tipo: “Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras”, com pena de detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Temos ainda o art. 40 que criminaliza o ato de “causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação” com pena de reclusão, de um a cinco anos.

A execução das atividades (petrolíferas ou não) para as quais se exige a licença ambiental, *sem esta licença* “ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes” é crime previsto no art. 60 da Lei, com pena de detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Outro tipo penal importante, ainda que com algum grau de imprecisão, é o do art. 68 da Lei: “Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, *de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental*” com pena de detenção, de um a três anos, e multa, admitindo-se a modalidade culposa. Este crime é de especial relevância pois ele implica que medidas de segurança exigidas pelo IBAMA ou pela ANP, caso descumpridas, podem se enquadrar no dispositivo.

Também é criminalizada com pena de detenção, de um a três anos, e multa aquele que (art. 69): “Obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais”.

Por fim, protegendo a seriedade do licenciamento, temos o crime previsto no art. 69-A (incluído pela Lei 11.284/06): “Elaborar ou apresentar, *no licenciamento*, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, *estudo, laudo ou relatório ambiental total ou*

⁵⁹ Que também tem um capítulo sobre a responsabilidade *administrativa* ambiental.

parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão” com pena de reclusão de três a seis anos, e multa e com a admissão da modalidade culposa. Além disso, a lei estabelece que a pena é aumentada de um terço a dois terços, se houver dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa. Esse dispositivo é extremamente importante pois o licenciamento ambiental se baseia, em grande medida, em informações e estudos produzidos por equipe técnica escolhida pelo próprio empreendedor, que, portanto, encontrará no dispositivo em questão um “estímulo” para ser cuidadosa no seu estudo.

5.3. As infrações administrativas

O Brasil conhece sistemas de infrações administrativas ambientais pelo menos desde a década de 70. No entanto, não há dúvida que a questão passou a ser vista com muito mais atenção com a aprovação da já mencionada lei dos crimes ambientais. É que, além da parte penal e processual penal, a Lei traz um capítulo dedicado às infrações *administrativas ambientais*.

A questão que mais chamou a atenção quando da aprovação da Lei foi o dispositivo estabelecendo que as multas (coimas) poderiam chegar a cinquenta milhões de reais (cerca de vinte milhões de euros). Atualmente, 13 anos após a Lei, muitos afirmam que o valor está defasado, apontando especificamente o setor de petróleo. No entanto, considerando que em 1998 as multas máximas não ultrapassavam quarenta mil reais (cerca de dezesseis mil euros), o impacto foi enorme.

O art. 70 trouxe uma definição de infração administrativa ambiental como “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.” Da definição se extrai que a caracterização de uma infração exige uma conduta e uma ilicitude. A questão da ilicitude adquire especial importância pois se esta (a ilicitude) é dispensável para fazer surgir a obrigação de reparar o dano, ela é indispensável para caracterizar a infração e autorizar a respectiva punição. Assim, por exemplo, se a emissão de determinado poluente, *na concentração autorizada pela lei*, causa determinado dano ambiental (mortalidade de peixes, por exemplo), a licitude da conduta é irrelevante em relação à responsabilidade reparatória, que subsistirá. No entanto, esta licitude será, a princípio, suficiente para afastar qualquer *sanção*, salvo circunstância específica⁶⁰.

Outro elemento “oculto” na definição é a questão de saber se, para a caracterização da infração, exige-se o dolo ou ao menos a culpa. Entendemos que, para a responsabilização das pessoas físicas o elemento subjetivo deve ser sempre exigido, em decorrência da cláusula do devido processo legal em sentido substantivo, bem como da proteção que a Constituição dá aos acusados em geral. Já em relação às pessoas jurídicas, que não gozam da mesma proteção (sem falar que a aplicação do conceito de responsabilidade subjetiva a elas é sempre problemático), a aplicação da responsabilidade objetiva nos parece possível.

A Lei 9605 estabelece ainda as sanções aplicáveis pela prática de infrações administrativas, a saber: advertência; multa simples; multa diária (aplicada sempre que o cometimento da infração se prolongar no tempo); apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; destruição ou inutilização do produto; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade; demolição de obra e suspensão parcial ou total de atividades. Ademais, prevê-se as seguintes penas restritivas de direitos: suspensão de registro, licença ou autorização; cancelamento de registro, licença ou autorização; perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais; perda ou suspensão da participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito e proibição de contratar com a Administração Pública, pelo período de até três anos

⁶⁰ Por exemplo, embora a concentração seja lícita o agente sabe que, naquele momento, há uma concentração maior de peixes e, mesmo assim, não procura evitar a descarga.

Qualquer sanção deve ser precedida de prévia e ampla defesa, como determina a Lei e a própria Constituição. O problema é que diversas das medidas listadas como sanção (apreensão; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade; e suspensão parcial ou total de atividades) também podem e devem ser aplicadas como medidas preventivas ou cautelares. A natureza jurídica de cada uma delas é evidentemente distinta, já que a sanção visa a punir alguém por algo que já aconteceu e a medida cautelar visa a evitar que algo aconteça ou minorar os efeitos de algo que está acontecendo. A possibilidade de cautelares administrativas sem a prévia oitiva do interessado (quando isso for inviável) é amplamente admitida pela doutrina e expressamente prevista em lei federal⁶¹ e, portanto, se efetivamente houver necessidade, por exemplo, da aplicação cautelar de um embargo, ele poderá ser efetuado mesmo sem a prévia manifestação do interessado.

A Lei 9605 não traz a lista de infrações em espécie, tais infrações constam de decretos federais (no âmbito do Estado do Rio de Janeiro isso foi feito por lei formal – 3.467/00). Essa descrição de infrações em decreto lança sérias dúvidas sobre sua constitucionalidade, face à violação do próprio princípio da legalidade. No entanto, no precedente que já chegou ao STJ⁶² a validade da infração foi mantida (revertendo decisão de instância inferior) sob o argumento de que a infração, na espécie, tinha um tipo idêntico ao de um dos crimes previstos na Lei 9605, com o que “estaria” atendido o princípio da legalidade (questão que deverá, em algum momento, ser decidida pelo STF).

Além disso, existem infrações específicas relacionados à poluição por óleo na Lei 9966/00 e em seu regulamento.

VI – Notas sobre a questão climática

Como sabido o mundo se encontra confrontado com o desafio de fazer face aos enormes riscos associados às mudanças climáticas causadas ou reforçadas por ações humanas, em especial pela emissão de gases de efeito estufa.

Na esfera internacional o enfrentamento da questão é feito no âmbito da Conferência Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, incluindo o Protocolo de Quioto. Na esfera nacional já existem leis federais e estaduais tratando do tema.

Não há dúvida de que um dos maiores fatores causadores do aquecimento global é a enorme dependência que o mundo tem dos combustíveis fósseis, incluindo o petróleo. No entanto, há que se registrar que o grande impacto climático se dá não propriamente na sua extração, e sim no seu uso e transformação.

Em 9 de dezembro de 2009, em grande medida graças às expectativas geradas com a 15ª Conferência das Partes à Convenção, o Brasil, por meio da Lei 12.114, criou o Fundo Na-

⁶¹ Art. 45 da Lei do Processo administrativo Federal (Lei 9.784/99). “Em caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado.”

⁶² RESP Nº 1.091.486. Confirmam-se os trechos mais relevantes da ementa do acórdão:

“3. A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa.

4. Hipótese em que o auto de infração foi lavrado com fundamento no art. 46 da Lei 9.605/98, pelo fato de a impetrante, ora recorrida, ter recebido 180 m³ de madeira serrada em prancha, sem licença do órgão ambiental competente.

5. Considera-se infração administrativa ambiental, conforme o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

6. O art. 46 do mesmo diploma legal, por seu turno, classifica como crime ambiental o recebimento, para fins comerciais ou industriais, de madeira, lenha, carvão e outros produtos de origem vegetal, sem exigir a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente, e sem munir-se da via que deverá acompanhar o produto até final beneficiamento.

7. Conquanto se refira a um tipo penal, a norma em comento, combinada com o disposto no art. 70 da Lei 9.605/98, anteriormente mencionado, confere toda a sustentação legal necessária à imposição da pena administrativa, não se podendo falar em violação do princípio da legalidade estrita.”

cional sobre Mudança do Clima – FNMC, como fundo orçamentário especial, vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de assegurar recursos para apoio a projetos ou estudos e financiamento de empreendimentos que visem à mitigação da mudança do clima e à adaptação à mudança do clima e aos seus efeitos.

Os recursos do FNMC serão aplicados para a prestação de apoio financeiro (reembolsável ou não reembolsável), a projetos relativos à *mitigação* da mudança do clima ou à *adaptação* à mudança do clima e aos seus efeitos, aprovados pelo Comitê Gestor do FNMC⁶³.

Dentre os principais recursos do FNMC incluem-se um valor equivalente a *até* 60% (sessenta por cento) da parcela que o Ministério do Meio Ambiente recebe da participação especial devida pela exploração dos campos de petróleo de grande volume de produção, ou de grande rentabilidade (prevista no inciso II do § 20 do art. 50 da Lei no 9.478/). Com isso a produção de petróleo pode dar uma contribuição significativa ao enfrentamento da questão climática no Brasil.

Além disso, voltando-se para a esfera internacional, há que se tratar da chamada captura e estocagem de carbono (*carbon dioxide capture and storage*), prática conhecida internacionalmente sob o nome de “CCS” e que poderá ser adotada no âmbito do mecanismo de desenvolvimento limpo (“MDL”). CCS, de forma muito simples, consiste em injetar CO₂ em formações geológicas que, após “fechadas”, *teriam* (esta é uma das dúvidas) a capacidade de reter o carbono. CCS não é uma atividade específica da indústria de petróleo e gás natural, mas o fato é que alguns dos primeiros projetos de CCS incluem ao menos dois campos de exploração de gás natural na Noruega.

Ocorre que, na exploração de petróleo, à medida que o óleo propriamente dito é extraído, “algo” tem que ser injetado (por razões técnicas), e em geral se usa exatamente o CO₂. Ou seja, de certa forma algo próximo do CCS já é praticado na atividade de produção de petróleo e gás natural.

Por outro lado, o MDL (estabelecido pelo art. 12 do Protocolo de Quioto) permite que os países sujeitos a metas quantificadas de limitação e redução de emissões (países incluídos no Anexo I, como são chamados) cumpram parte de seus compromissos por meio de projetos localizados em Países que não estão sujeitos a tais metas (conhecidos como países *não incluídos no Anexo I*). De forma muito sucinta, o MDL funciona por meio da instalação de um projeto com capacidade de reduzir a emissão de CO₂ que, uma vez implementada e certificada (segundo rigorosos critérios aprovados no âmbito do protocolo), gera um certificado de emissões que é vendido pela entidade de um país fora do Anexo I a uma entidade de país incluído no Anexo I que, com este certificado, pode cumprir parte de suas metas de redução.

Há muito tempo se discute se os projetos de CCS poderiam ou não ser elegíveis no âmbito do MDL. Para a indústria a oportunidade é grande, já que poderiam lucrar com algo que, em certa medida e de certa forma, já tem mesmo que fazer. Do ponto de vista ambiental há

⁶³ As atividades que podem receber recursos do fundo são as seguintes: educação, capacitação, treinamento e mobilização na área de mudanças climáticas; ciência do Clima, Análise de Impactos e Vulnerabilidade; adaptação da sociedade e dos ecossistemas aos impactos das mudanças climáticas; projetos de redução de emissões de gases de efeito estufa - GEE; projetos de redução de emissões de carbono pelo desmatamento e degradação florestal, com prioridade a áreas naturais ameaçadas de destruição e relevantes para estratégias de conservação da biodiversidade; desenvolvimento e difusão de tecnologia para a mitigação de emissões de gases do efeito estufa; formulação de políticas públicas para solução dos problemas relacionados à emissão e mitigação de emissões de GEE; pesquisa e criação de sistemas e metodologias de projeto e inventários que contribuam para a redução das emissões líquidas de gases de efeito estufa e para a redução das emissões de desmatamento e alteração de uso do solo; desenvolvimento de produtos e serviços que contribuam para a dinâmica de conservação ambiental e estabilização da concentração de gases de efeito estufa; apoio às cadeias produtivas sustentáveis; pagamentos por serviços ambientais às comunidades e aos indivíduos cujas atividades comprovadamente contribuam para a estocagem de carbono, atrelada a outros serviços ambientais; sistemas agroflorestais que contribuam para redução de desmatamento e absorção de carbono por sumidouros e para geração de renda; recuperação de áreas degradadas e restauração florestal, priorizando áreas de Reserva Legal e Áreas de Preservação Permanente e as áreas prioritárias para a geração e garantia da qualidade dos serviços ambientais.

significativa divergência quanto aos riscos dos projetos de CCS mas parece estar prevalecendo a opinião de que os eventuais riscos são compensados pela enorme contribuição que o CCS daria ao enfrentamento dos problemas climáticos⁶⁴. Esta é, por exemplo, a posição da União Européia, que regulamentou o CCS por meio da Directiva 2009/31/CE de 23 de Abril de 2009 (publicada em 05/06/2009).

Na 16^a conferência dos países membros da convenção ('COP 16') ficou decidido que os projetos de CCS seriam elegíveis no âmbito do MDL, desde que diversas questões fossem objeto de regulamentação por parte da conferência seguinte. Ou seja, houve a decisão política de admitir o CCS no MDL, mas os requisitos ficaram para ser discutidos posteriormente. Pois bem, na COP realizada em Durban, entre 28 de novembro e 9 de dezembro de 2011 foram adotados tais requisitos⁶⁵, com o que os projetos de CCS passam a ser oficialmente elegíveis no âmbito do MDL, com a exceção de duas hipóteses mais polêmicas: (i) as que envolvem o transporte de CO₂ de um país (onde está sendo "produzido") para outro onde seria estocado e; (ii) os casos em que o local que vai receber o CO₂ for uma formação geológica localizada em mais de um país (hipótese que, *a priori*, não afeta o Brasil, já que nenhum de seus campos de petróleo no mar localiza-se próximo à fronteira). Estas duas hipóteses deverão ser objeto de consideração pela próxima COP (a se realizar em Doha, em 2012).

A principal dúvida que envolve o CCS diz respeito à sua confiabilidade, ou seja, questiona-se se o CO₂ injetado efetivamente ficará "injetado" ou se não acabará retornando à atmosfera ou ao corpo d'água. Aparentemente a questão chave sobre o tema é a correta seleção do local de estocagem, já que são as características geológicas que indicam a possibilidade ou não de determinado local ser apto a estocar CO₂, ao que se acrescentam outras características, como a ocorrência ou não de abalos sísmicos no local.

De todo modo, para o Brasil (ou qualquer país não integrante do Anexo I) receber um projeto de CCS no âmbito do MDL é preciso que ele expressamente dê o seu consentimento, por meio de correspondência dirigida ao Secretariado da convenção. Além disso, o país deverá, obrigatoriamente, dispor de lei ou regulamento dispondo sobre várias questões, em especial: existência de um procedimento para a correta seleção de locais aptos a estocar o CO₂; estabelecimento de regras dispondo sobre a autorização para estocar o CO₂; regras sobre responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e a terceiros pelo projeto, o que, em grande medida, o Brasil já tem⁶⁶, e regras sobre a aplicação de medidas emergenciais para interromper ou controlar qualquer vazamento de CO₂ e para restaurar a integridade do local, inclusive do ponto de vista ambiental, o que, em grande medida, o Brasil também já tem.

Assim, para a implantação de projetos de CCS no Brasil, é preciso a aprovação de lei específica sobre o assunto, o que, certamente, não deverá ser feito sem um amplo debate acerca dos riscos e benefícios da atividade.

VII – Conclusão

Toda a legislação brasileira relativa à exploração e produção de petróleo – e não apenas a legislação ambiental – está passando por uma profunda revisão, basicamente originada pelo aumento da produção, potencializado pela descoberta do pré-sal. Especificamente em

⁶⁴ Há quem diga, inclusive, que sem o CCS é impossível cumprir as metas já acordadas no âmbito da convenção do clima. Esta foi a opinião expressada pelos participantes de seminário organizado pela Comissão Européia durante a COP 17.

⁶⁵ Na verdade, como a decisão final ainda não foi divulgada, estamos trabalhando com a decisão que foi aprovada, por unanimidade, na última reunião do grupo de trabalho instaurado para este fim. Em "teoria" tal decisão pode ter sido alterada pela plenária oficial da COP mas a chance de que isso tenha acontecido é altamente improvável, face ao consenso alcançado.

⁶⁶ Já que as regras de responsabilidade pelo dano ambiental tratadas acima se aplicam a tais atividades ainda que a existência de regras específicas para a fase de pós-fechamento sejam necessárias.

relação à legislação ambiental, existe uma constante tensão entre a necessidade de proteção e o objetivo de viabilizar a produção, tensão que, de resto, é comum a outros grandes setores da economia.

A regulamentação do licenciamento reflete a evolução da atividade petrolífera no país e sua percepção por parte da sociedade e dos órgãos ambientais. Assim, atividades cujo impacto ambiental era ignorado, como a pesquisa sísmica, passaram a ser submetidas ao licenciamento ambiental. Um dos pontos onde se poderia avançar é o de uma maior segmentação ou explicitação das atividades sujeitas ao licenciamento, como foi feito em relação à sísmica e como permite a nova Portaria.

A nosso ver, a nova regulamentação procura impor maior racionalidade e celeridade aos procedimentos sem abrir mão da qualidade. Mas há, evidentemente, riscos, sobretudo em relação a situações onde a regulamentação admite procedimentos mais céleres com base em conceitos pouco precisos. Mas estes riscos são minimizados por alguns fatores⁶⁷. Em primeiro lugar porque existe uma razoável garantia de participação popular no curso dos processos de licenciamento ambiental.

Em segundo lugar porque, no campo da responsabilidade, a legislação brasileira é bastante rigorosa, seja prevendo a responsabilidade de ressarcir quaisquer danos causados na exploração ou produção, independentemente de culpa, com reconhecimento da solidariedade, de um nexos causal elástico e da inversão do ônus da prova, seja por meio de um sistema de infrações penais e administrativas também rigoroso, incluindo tipos penais dirigidos especificamente a garantir a higidez e a seriedade dos processos de licenciamento.

Além disso, há um outro fator que não foi objeto deste trabalho. É que o Brasil certamente é um dos países onde é mais fácil questionar uma decisão de órgão ambiental perante o Poder Judiciário, incluindo a possibilidade de decisões liminares sustarem o processo de licenciamento (algo que não é só possível, é mesmo comum). Em primeiro lugar temos duas instituições públicas (o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual), com enorme autonomia em relação à Chefia do Poder Executivo, formadas por pessoal bem formado e bem

⁶⁷ Para uma visão distinta e mais crítica dos riscos da indústria de petróleo, colha-se o seguinte artigo de ILDO SAUER (Professor de Eletrotécnica e Energia da Universidade de São Paulo e ex-diretor da Petrobras) publicado no jornal Folha de São Paulo de 20.12.2011:

“O derrame do golfo do México já havia consolidado a necessidade de rever os conceitos e a filosofia adotados nos processos e no ritmo de exploração e de produção de petróleo.

A vantagem do petróleo sobre as demais fontes é econômica: seu custo de produção direto -sem considerar transferências, taxas e tributos- situa-se entre US\$ 1 e US\$ 10 por barril. Seu preço oscila entre US\$ 70 e US\$ 100. Os cerca de 30 bilhões de barris de petróleo produzidos anualmente geram excedente econômico de mais de US\$ 2 trilhões num PIB mundial de US\$ 65 trilhões.

Reside aí a disputa pelo acesso e pelo controle dos recursos, uma vez que, no estágio tecnológico e padrão de recursos disponíveis, qualquer substituto em larga escala tem custo superior a US\$ 80 (carvão liquefeito) ou entre US\$ 50 e US\$ 60 (etanol brasileiro ou americano).

O primeiro debate essencial -varrido debaixo do tapete em Brasília- é sobre o ritmo de produção e destinação do excedente econômico.

O segundo desafio em todos os países, e de forma essencial no Brasil, está em garantir a segurança ambiental das operações na exploração e na produção de petróleo.

Até recentemente, além de incipientes e precários, os resquícios presentes dos conceitos de precaução na indústria petrolífera eram, paradoxalmente, da relação entre as empresas e suas seguradoras.

Para obter o seguro financeiro, as empresas eram obrigadas a obter algum tipo de certificação de conformidade de entidades independentes com credibilidade internacional (Bureau Veritas etc.).

Após o derrame do golfo do México, ocorreu redução na contratação de seguros, o que agravou mais ainda o problema, pela redução da verificação independente.

ANP, Ministério de Minas e Energia, Ibama, Ministério do Meio Ambiente, governos federal, estaduais e municipais estão despreparados para lidar com o problema.

Para a estratégia do país, recoloca-se, com o desafio de garantir a segurança, a necessidade política de rever o modelo de exploração de petróleo, o ritmo de produção e a destinação dos excedentes econômicos para garantir a mudança social em favor do povo, o verdadeiro soberano dos recursos naturais.”

pago, que tem como uma das principais missões fiscalizar o trabalho dos órgãos ambientais. A defensoria pública, cuja função primordial é a representação judicial dos pobres, também adquiriu recentemente amplas atribuições em matéria coletiva ambiental. Além disso, os entes políticos (União, Estados e Municípios) podem questionar judicialmente os atos uns dos outros. Existe ainda uma ampla legitimidade para que organizações não governamentais questionem atos públicos em juízo por meio de ações civis públicas (sem sequer pagar custas judiciais). Finalmente, qualquer licença ambiental pode ser questionada por *qualquer* cidadão por meio de ações populares (também sem pagamento de custas, salvo comprovada má fé).

Em suma, parodiando GOMES CANOTILHO, o “impacto subversivo-dogmático do direito do ambiente relativamente a certas dimensões teóricas e doutrinárias do direito”⁶⁸ já se fez sentir no Brasil há muito tempo. Ou seja, se erros ocorrem não falta quem possa questioná-los. A grande questão, no entanto, é saber se estes erros poderão ser questionados *antes* que se transformem em danos, sobretudo em danos irreversíveis.

A este propósito, como afirmado por FERNANDO PIMENTEL, o vazamento no Golfo do México: “evidenciou os riscos da exploração de petróleo em águas profundas e ultra-profundas, e parece ter galvanizado (principalmente nos EUA, mas potencialmente também nos demais países com exploração em águas ultraprofundas, inclusive o Brasil), uma cobrança da sociedade em relação ao cumprimento estrito de procedimentos de manutenção e segurança em plataformas marítimas”⁶⁹

Além do risco relacionado com a profundidade, existe o risco relacionado com o aumento em si da atividade. Infelizmente, já na revisão deste artigo, *mais um* acidente grave ocorreu na costa do Estado do Rio de Janeiro (em 17 de dezembro de 2011) desta vez em “águas interiores” e em um dos locais de maior sensibilidade ambiental do litoral brasileiro (a Baía da Ilha Grande). Segundo noticiado nos jornais os órgãos ambientais da região tem apenas uma lancha para fiscalizar uma área imensa.

Ora, sempre entendemos que o direito ambiental brasileiro tinha dois problemas realmente graves: os conflitos de atribuições (entre União, estados e municípios) e a falta de eficácia e efetividade. Os conflitos de atribuições foram, em boa medida, resolvidos com a novíssima lei complementar. Falta resolver o maior problema de todos, o da efetividade, um problema que, em certa medida, está fora do direito. Por melhores que sejam as leis elas serão inócuas se não houver órgãos ambientais e reguladores preparados para aplicá-las. Assim, ou a expansão da atividade petrolífera no Brasil será acompanhada de um enorme aumento na capacidade de atuação e resposta dos órgãos fiscalizadores – e para isso devem ser alocados recursos (*do government take*) advindos da própria atividade – ou então o meio ambiente brasileiro estará sob enorme risco, um risco que, na dimensão sinalizada no Golfo do México, o Brasil não deveria correr.

Palavras-chave: Exploração e produção de petróleo no mar. Pré-sal. Direito ambiental brasileiro. Licenciamento ambiental. EIA-RIMA. Responsabilidade pelo dano ambiental. CCS e CDM.

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas⁷⁰

Procurador do Estado do Rio de Janeiro e doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BIBLIOGRAFIA:

⁶⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. “Relações Jurídicas Poligonais Ponderação Ecológica de bens e controlo judicial preventivo” in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n. 01, Coimbra: Almedina, junho de 1994, p. 55.

⁶⁹ PIMENTEL, Fernando. O fim da era do petróleo e a mudança do paradigma energético mundial: Perspectivas e desafios para a atuação diplomática Brasileira. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011, p. 15.

⁷⁰ Mestre em direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RJ, doutorando em direito público pela Universidade de Coimbra, professor nos cursos de pós-graduação em direito ambiental da PUC-RJ e da Fundação Getúlio Vargas. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado.

ALCANTARA, Carolina Neves e SCHIAVETTI, Alexandre. “A implantação de Reservas Extrativistas Marinhas e a Exploração de Petróleo no Mar”. Revista de Direito Ambiental. RT: São Paulo, v. 39, jul-set 2005.

ANDRADE, Ana Brígida Fajardo Villela de. “A responsabilidade civil nas atividades petrolíferas – questões interessantes” in Estudos e pareceres direito do petróleo e gás. Renovar: Rio de Janeiro, 2005.

ANTUNES, Paulo Bessa. Direito Ambiental, 13ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de “As concessões e autorizações petrolíferas e o Poder Normativo da ANP” in Revista de direito da Associação de procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro, vol. IX, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do poluidor pagador. Pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra editora. 1997.

BEZERRA, Luiz Gustavo Escorcio. “Aspectos Jurídicos da proteção Ambiental na Indústria de Petróleo Upstream: Panorama e Reflexões”. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Gramma, n. 01 (mar/2006) p. 117-138.

CANOTILHO, J.J. Gomes. “Relações Jurídicas Poligonais Ponderação Ecológica de bens e controlo judicial preventivo” in Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, n. 01, Coimbra: Almedina, junho de 1994.

_____. “Princípio da Responsabilidade: Um Princípio a rever na Constituição”. Texto cedido aos doutorandos em direito público da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra, outubro de 2010.

COUTO, Oscar Graça. Algumas questões jurídico-ambientais na jurisprudência do STJ, Apresentação ao Colóquio de Direito Ambiental Estudo Comparado França-Brasil, realizado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, em 09.12.2010 (cópia eletrônica da apresentação gentilmente cedida pelo autor).

COUTO, Oscar Graça. “Alguns aspectos da ‘Lei da transparência ambiental’ – Lei n. 10650/2003 (ou, ainda, ‘Adivinhe quem vem para jantar?’)” in Estudos e pareceres direito do petróleo e gás. Renovar: Rio de Janeiro, 2005.

KISS, Alexandre e BEURIER, Jean-Pierre. Droit international de L’environnement, 4ª edição. Paris: Pedone, 2010.

LEITE, José Rubens Morato. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial, 2ª edição. RT: São Paulo, 2003.

LEUZINGER, Márcia Dieguez e CUREAU, Sandra. Direito ambiental. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008.

MASCARENHAS, Rodrigo T. de A. “Competência Executiva em matéria ambiental” in REIS, Antônio Augusto, LEAL, Guilherme J. S.e SAMPAIO Rômulo S. R (coord) Tópicos de Direito Ambiental - 30 Anos da Política Nacional do Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OST François. A natureza à margem da lei: A ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1995.

PIMENTEL, Fernando. O fim da era do petróleo e a mudança do paradigma energético mundial: Perspectivas e desafios para a atuação diplomática Brasileira. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do petróleo: As Joint ventures na Indústria do Petróleo, 2ª edição. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

SAUER, Ildo. “Exploração exige Ações em favor da Proteção Ambiental” publicado no jornal Folha de São Paulo de 20.12.2011.

SOARES, Guido Fernando Silva. Direito internacional do meio ambiente: Emergência, obrigações e responsabilidades, 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo das concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VITTA, Heraldo Garcia. A sanção no direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

WÄLDE, Thomas W. “Natural resources and sustainable development: From “good Intentions” to “Good Consequences””. Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: Gramma, n. 01 (mar/2006) p. 27-74.

A Cidade e o Planejamento Energético

Resumo

A Eficiência energética é imperativo que se impõe não só por representar uma poupança de recursos financeiros, mas também por ser de capital importância para a redução dos gases de efeito estufa e para a diminuição da dependência, quase sempre conflituosa, entre regiões receptoras e fornecedoras de combustíveis fósseis. Já o que frequentemente se perde de vista é o fato de as cidades desempenharem importante papel nesse tocante. Primeiro, por um aspecto meramente quantitativo: desde 2008, a população mundial é majoritariamente urbana. A rigor, já se pode dizer: a humanidade é urbana. Segundo, por um aspecto qualitativo e que o Direito não pode ignorar: o planejamento da ocupação do solo e a disciplina das edificações são campos imensamente férteis para a aplicação de medidas com vistas ao dispêndio eficiente de energia.

“A actuação em matéria de eficiência energética só produzirá todos os seus potenciais efeitos positivos se as operações a nível comunitário e nacional tiverem reflexo a nível local”. Livro Verde Sobre a Eficiência Energética. Comissão das Comunidades Europeias. Bruxelas, 22.6.2005.

1. Introdução

A Eficiência energética, isto é, a execução de determinada tarefa com o menor gasto possível de energia, constitui, hoje, objetivo incorporado às ações estratégicas de um sem-número de países e atores internacionais. E há muita motivação para assim agirem. Primeiramente, é bem de ver que, para além da poupança de energia, medidas voltadas a incrementar a eficiência energética tendem a proporcionar maior garantia no aprovisionamento de energia, o que é particularmente importante em um contexto em que o fornecimento de fontes primárias, muito amiúde, cumpre a países ou regiões politicamente não alinhados com os maiores consumidores dessas fontes. Veja que mesmo relações que se demonstram pautadas pela fiabilidade, como o é, só para citar um exemplo, a que se trava entre os Estados Unidos da América e a Arábia Saudita, que mantêm um relevante comércio de petróleo, são arrimadas sobre um equilíbrio tênue, como reverberadamente assinalam analistas internacionais.

Por suposto, um corolário inerente a essa garantia de aprovisionamento de energia é a alavancagem da economia, eis que, consoante assinala Suzana Tavares, “*um sector energético forte constitui um sinal externo de sustentabilidade económica, na medida em que os sectores produtivos e dos serviços ficam menos dependentes das oscilações dos preços do petróleo e do gás natural, conforme se infere do Regulamento (CE) n.º 663/2009, de 13 de Julho*”¹.

¹ DA SILVA, Suzana Tavares. *Sumários desenvolvidos de Direito da Energia no âmbito do Curso de Mestrado 2010/2011 da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Disponível em http://www.fd.uc.pt/~stavares/FDUC/2010_2011/Entradas/2010/12/6_Direito_da_energia_-_8.html, pg. 82.

Outros aspectos não menos relevantes e diretamente relacionados à eficiência energética são o desenvolvimento tecnológico – dado o óbvio esforço de pesquisa imanente à melhoria da gestão energética – e a geração de postos de empregos, também consequência natural da dinamização dos fatores econômicos.

Por fim, a configuração mais eficiente dos gastos energéticos contribui significativamente para a redução da emissão dos gases causadores de efeito estufa (GEE), sobretudo pela eventual diminuição da queima de combustíveis fósseis, cuja emissão de dióxido de carbono (CO₂) é a principal responsável pelo aumento na temperatura global. (Note que 80% da energia mundial é fornecida por fontes fósseis², ao passo que o CO₂ corresponde a mais de 85% dos gases de efeito estufa³.)

Ilustram o que foi afirmado os dados da União Europeia, conforme citado por Castanheira⁴, para quem 1% de investimento anual suplementar aplicado no setor das energias renováveis na União Europeia (ou seja, 240 milhões de Euros por ano) permite criar ou manter de 10000 a 26000 empregos, reduzir as emissões totais de CO₂ de 0,5% a 0,7%, reduzir as importações de energias não renováveis em 0,6% ao ano e, ainda, gerar um benefício líquido para a economia da ordem de 300 a 500 milhões de Euros por ano.

Não causa muita surpresa a apresentação das informações acima. É senso comum o fato de que o ganho em eficiência energética traz a reboque um série de co-benefícios. O que, entretanto, muitas vezes se perde de vista é o fato de que às cidades, nomeadamente no tocante à sua ordenação do solo e controle edilício, cumpre papel crucial na obtenção de melhor desempenho energético. Neste trabalho, proponho descortinar essa realidade e demonstrar a conveniência de as legislações urbanísticas incorporarem, no planejamento urbano, as variáveis energéticas. Os benefícios daí advindos se, por um lado, no campo econômico e político, estão restritos territorialmente a um país ou região, por outro, na seara ambiental, não encontram fronteira. Isso porque, como é óbvio, a redução nas emissões de CO₂ beneficia indistintamente a todos. Daí a razão pela qual não restringi minha investigação a um ou outro país ou região. Ainda assim, por razões conjunturais, notadamente em função da recente edição da Diretiva 2010/31/UE, que alterou o quadro normativo da certificação energética de edifícios, as análises desenvolvidas serão focadas sobretudo na realidade europeia. Sigamos.

2. Cidade: fonte de problema e parte da solução energética

A ver que às áreas urbanas incorporam-se, anualmente, 67 milhões de habitantes⁵. Hoje, mais da metade da humanidade vive em cidades, índice que, na Europa, representa 70%. Já em 2030, a população urbana mundial será de 5 bilhões de pessoas. A taxa de crescimento urbano, embora substancialmente maior em países em desenvolvimento, em torno de 2,7% ao ano, é também bastante significativa no mundo desenvolvido, estimada em 0,5%

² UCHOA, Pablo. *Matriz energética é desafio para reduzir emissões*. Disponível em <http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/o,,0l2072919-El8278,00.html>

³ J.H. Joa, J.S. Goldenb and S.W. Shinc. *Incorporating built environment factors into climate change mitigation strategies for Seoul, South Korea: A sustainable urban systems framework*. Disponível em https://webvpn.uc.pt/http/o/www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6V9H-4TYXKWM-1&_user=2459680&_coverDate=07/31/2009&_rdoc=1&_fmt=high&_orig=search&_origin=search&_sort=d&_docanchor=&view=c&_acct=C000057391&_version=1&_urlVersion=0&_userid=2459680&md5=8e70bcfcb5af12afco633db50e41cebc&searchtype=a

⁴ CASTANHEIRA, Luís. *O Planeamento Energético Urbano e o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/11632/2/Texto%20integral.pdf>

⁵ J.H. Joa, J.S. Goldenb and S.W. Shinc. *op. cit.* Disponível em https://webvpn.uc.pt/http/o/www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6V9H-4TYXKWM-1&_user=2459680&_coverDate=07/31/2009&_rdoc=1&_fmt=high&_orig=search&_origin=search&_sort=d&_docanchor=&view=c&_acct=C000057391&_version=1&_urlVersion=0&_userid=2459680&md5=8e70bcfcb5af12afco633db50e41cebc&searchtype=a

ao ano⁶, ritmo de crescimento dez vezes maior do que qualquer outro tipo de ocupação do solo. Nesse passo, estima-se que, em 2050, 70% da população mundial e 83% da população europeia residirão em áreas urbanas⁷.

O problema do gasto energia em cidades se coloca ao se ter em vista que **os habitantes de zonas urbanas consomem, em média, o dobro da energia per capita de um habitante rural**⁸. Só o setor de edifícios é responsável por espantosos 50% do consumo energético do planeta⁹, considerando-se não só a exploração, mas também o processo de construção. Já tomando o problema sob o enfoque ambiental, tem-se ainda que 80% das emissões de CO₂¹⁰ têm origem em cidades.

Com efeito, a análise de tais dados, não há negar, facilmente dimensiona a importância das cidades para a abordagem da problemática energética.

Por outro lado, há estimativas que colocam as cidades sob um prisma mais otimista. Isso, não por negar os dados acima aventados, mas por demonstrar que as áreas urbanas e, em especial, o setor de edifícios são uma das principais searas, senão a principal, em que se pode obter incremento da eficiência energética a baixo custo. Em outras palavras, **o setor de edifícios possui a melhor relação custo-benefício em face de investimentos em medidas de eficiência energética**.

Os dados disponíveis a esse respeito, em que pese reportarem-se à diminuição da emissão de gases de efeito estufa (GEE), relacionam-se diretamente com a eficiência energética, eis que a emissão de tais gases deve-se, nesse caso, ao consumo de energia.

Assim é que, em relatório do Painel Intergovernamental para a Mudança Climática (IPCC, na sigla em inglês) afirma-se categoricamente: **“os edifícios oferecem a melhor relação custo-benefício em oportunidades de mitigação de GEE entre os setores examinados neste relatório.”**¹¹. Observe que o relatório do IPCC abordou, além do setor de edificações, os setores de transportes, indústria, resíduos, floresta e agricultura. E, no cotejo entre todos, assinalou a área de edificações como o segmento em que mais se pode obter ganhos de eficiência ambiental (e também energética, consequentemente) a um custo baixo.

No plano europeu, tais aspectos já não vêm de ser negligenciados, tanto que o Livro Verde Sobre a Eficiência Energética estatui: *“A actuação em matéria de eficiência energética só produzirá todos os seus potenciais efeitos positivos se as operações a nível comunitário e nacional tiverem reflexo a nível local”*. Mais que isso, a Carta de Leipzig sobre Cidades Sustentáveis e a Agenda Territorial para a União Europeia, textos produzidos, em Maio de 2007, pelo Ministros responsáveis pelo Desenvolvimento Urbano e Coesão Territorial do Países membros da União Europeia, estabelecem conceitos e estratégias voltados à eficiência energética e ambiental com base no planejamento territorial e nas edificações com baixo consumo energético.

Antes disso, a própria inserção, no Tratado de Lisboa, da coesão territorial como um dos objetivos da União, ao lado da coesão econômica e social (estas com origem ainda no Tra-

⁶ B. Metz, O.R. Davidson, P.R. Bosch, R. Dave, L.A. Meyer (eds). *Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2007*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponível em http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg3/en/contents.html

⁷ *World and European Sustainable Cities*. European Commission. European Research Area. Socio-economic Sciences and Humanities, pg. 46. Disponível em http://ec.europa.eu/research/social-sciences/pdf/sustainable-cities-report_en.pdf

⁸ DATOR. Mariel S. *Green Building Regulations: Extending Mandates to the Residential Sector*. 37 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 393 (2010). Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol37/iss2/5/>

⁹ *A energia nas cidades do futuro*. Coord. Eduardo de Oliveira Fernandes. Lisboa: Direcção Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano. DGOTDU, 2008. Disponível na Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra e em http://www.dgotdu.pt/filedownload.aspx?schema=ec7b8803-b0f2-4404-b003-8fb407da00ca&channel=86AD646C-08B0-4F63-83B9-7A41EB67DD89&content_id=438E1005-EFB1-466C-9FoC-CDE3A357D7Bo&field=file_src&lang=pt&ver=1

¹⁰ DATOR. Mariel S. *Green Building Regulations: Extending Mandates to the Residential Sector*. 37 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 393 (2010). Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol37/iss2/5/>

¹¹ B. Metz, O.R. Davidson, P.R. Bosch, R. Dave, L.A. Meyer (eds). *op. cit.* http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg3/en/contents.html

tado de Roma), deu impulso às políticas comunitárias voltadas à cidade. Somente o Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional possui 3% de seu orçamento, ou seja, 10 bilhões de Euros, carreados a programas com eixo prioritário no desenvolvimento urbano¹². A esses somam-se os projetos e programas voltados ao meio urbano financiados pelo Fundo de Coesão e pelo Fundo Social.

Especificamente na seara da energia, são dignos de nota o acordo de Prefeitos (*Convenant of Mayors*), que reúne mais de 500 cidades europeias comprometidas com a prática energética sustentável, e o programa Energia Inteligente Europa, da Agência de Execução para a Competitividade e Inovação (EACI), o qual incorporou o antigo programa Civitas, que dá apoio direto a uma gama de administrações locais, buscando implementar a mobilidade urbana sustentável.

Nesse cenário, desvela-se uma série de medidas que procura enfrentar a problemática energética a partir e para as cidades. Tais medidas podem ser agrupadas em dois grandes campos, a saber: o planejamento da ocupação do solo e a disciplina das edificações. Aquele, com referência à distribuição espacial da cidade e do conjunto de suas edificações; este, com referência à edificação mesma, tomada individualmente.

A melhoria da eficiência energética nas cidades perpassa, portanto, por essas duas facetas, e estará a depender de medidas, as quais ora se constituirão em provimentos imperativos emitidos pelo Poder Público e ora se condicionarão por incentivos sem vinculação obrigacional, neste último caso, na esteira da emergência de um Direito Administrativo voltado mais a uma estrutura de diálogo e resultados e menos a um sistema rígido de hierarquia.

3. Planejamento urbanístico e eficiência energética

No tocante à disposição espacial da cidade, a gestão da energia envolve primordialmente o enfrentamento da dispersão urbana (*urban sprawl*, ou simplesmente *sprawl* para usar a consagrada terminologia em inglês), não sendo à toa que uma das diretrizes da Carta de Leipzig clama pelo firme controle da dispersão e do fornecimento de terra, em ordem a viabilizar as estruturas de assentamento compactas e policêntricas.

A dispersão urbana é fenômeno pelo qual a cidade passa a ser ocupada de modo periférico, isto é, afastado do centro, em círculos concêntricos de densidade progressivamente menor. O motivo da aversão ao *urban sprawl* reside, sobretudo, no maior consumo energético despendido no transporte realizado entre as regiões periféricas e os centros de consumo e produção, o que é agravado pelo fato de que a própria dispersão territorial inviabiliza economicamente a disposição de transportes públicos para os ocupantes dessas áreas de baixa densidade.

Daí a razão por que o cientista ambiental Peter Newman, consoante referido pelo Departamento de Pesquisa em Ciências Socioeconômicas e Humanas da União Europeia¹³, cunhou o termo “*automóvel dependência*”, para designar como a intensificação da dispersão urbana encaminha inevitavelmente ao uso do carro como meio de transporte, contexto que, ademais, propicia a ocorrência de congestionamentos, outro importante fator que relaciona a dispersão urbana com a perda de eficiência energética.

A adoção de modelos de ocupação policêntricos, tal como preconizado na Carta de Leipzig, pressupõe a coexistência espacial de funções, o que significa uma ruptura com o modelo da Carta de Atenas, o prototípico manifesto urbanístico de 1933 que apregoa a separação estanque das áreas residenciais, de lazer e de trabalho de uma cidade.

De mais a mais, não há tampouco como dissociar os gastos energéticos de uma cidade com as relações de consumo e produção que nela se encontram. É nessa perspectiva que

¹² *Fostering the urban dimension. Analysis of the Operational Programmes co-financed by the European Regional Development Fund (2007-2013)*. Disponível em http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/2007/working/urban_dimension_en.pdf

¹³ *World and European Sustainable Cities*. op. cit. http://ec.europa.eu/research/social-sciences/pdf/sustainable-cities-report_en.pdf

Departamento de Pesquisa em Ciências Socioeconômicas e Humanas da União Europeia¹⁴ correlaciona os gastos energéticos com a velocidade com que se dá o consumo e produção na sociedade moderna. A velocidade aí referida faz-se sentir independentemente de se tratar de uma área mais ou menos densa. O habitante que escolhe viver nos arredores de uma cidade, igualmente ao que reside na área central, se, como é comum, adotar um estilo *rápido* de consumo e produção, que implica alta produtividade, uso intensivo de recursos naturais e de capital, fatalmente condicionará seu comportamento a um gasto substancial de energia. Panorama oposto corresponderia a uma sociedade em que:

*“há menos demanda por transporte rápido, energia, serviços de água e menos eliminação de resíduos, tudo devido à menor escala dos processos de produção e consumo e ao uso de energia e força de trabalho locais. Este foi o paradigma do mundo pré-industrial, e ainda é paradigma dominante em algumas economias menos desenvolvidas. Vem sendo, no entanto, revivido, em alguma medida, nas economias pós-industriais, em que há preferência por regimes de produção ecologicamente corretos e socialmente coesivos. Na Europa, especialmente, há uma tendência crescente para a agricultura biológica e para a produção local de alimentos dentro das cidades ou muito próximo delas”.*¹⁵

A viabilidade econômica de um comportamento de consumo e produção como tal, em que se renega, até mesmo, o objetivo de se buscar maior produtividade, como se lê de outras passagens do mesmo texto, à evidência, não encontra qualquer espaço para implementação na economia de mercado. Daí que, parece-me, o caminho para uma sociedade a que se convencionou chamar pós-carbono, sobretudo se constituída nos termos referidos acima, ainda haveria de percorrer um longo caminho. De todo modo, tais nuances, por terem relação direta com a eficiência energética nas cidades, devem ser aqui retratadas, não sem deixar assente um juízo de desaprovação para qualquer planejamento energético que, pelo menos em um curto ou médio prazo, não tome em consideração as regras de mercado.

Outros aspectos do planejamento urbano devem ser ponderados com vistas na eficiência energética de uma cidade. Assim é que, lançando mão dos exemplos extraídos da Obra “Ambiente Construído, Clima Urbano e Utilização Racional de Energia”, a eficiência de uma edificação pode vir a ser condicionada negativamente por uma série de fatores: *“configuração da rede viária urbana determinar uma implantação desadequada em termos de exposição solar do edifício; elevada razão entre altura dos edifícios e a largura da rua (H/W) conduzir à obstrução da incidência de radiação direta no vão envidraçados; geometria e forma do lote restringir a área de fachada disponível à radiação solar; elevada densidade urbana originar níveis de renovação do ar deficientes; escassez de vegetação e arborização”*¹⁶.

Outro ponto a ser considerado refere-se à inoportunidade de levar-se a cabo proposições urbanísticas uniformes e aplicáveis às cidades indistintamente. Tanto é assim que, caso as cidades seguissem à risca o disposto na Carta de Leipzig sobre Cidades Sustentáveis e na Agenda Territorial para a União Europeia a respeito do *urban sprawl*, sem tomarem em conta outras considerações de ordem local, poderiam eventualmente vir a ser de tal modo compactas que se sujeitariam ainda mais aos efeitos do aquecimento global, dado o efeito ilha de calor (UHI, na sigla em inglês, *urban heat island*)¹⁷. Veja, exemplificativamente, que enquanto, em Lisboa, o efeito UHI pode significar até 50% menos necessidade de energia

¹⁴ *World and European Sustainable Cities*. op. cit. Disponível em http://ec.europa.eu/research/social-sciences/pdf/sustainable-cities-report_en.pdf

¹⁵ *World and European Sustainable Cities*. op. cit.

¹⁶ GONÇALVES, Helder et. al. *Ambiente Construído, Clima Urbano, Utilização Racional de Energia nos Edifícios da Cidade De Lisboa*. Lisboa: INETI, 2004. Disponível na Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra.

¹⁷ Urban areas with their higher volume of pavements, infrastructure and building surfaces that have lower reflectance and increased thermal storage as compared to a rural area results in the UHI effect. This leads to increased energy demand in the city because of the growing demand for mechanical cooling. J.H. Joa, op.cit.

para aquecimento de prédios¹⁸, e talvez ainda mais nas cidades da Ucrânia, onde o aquecimento de edifícios responde por cerca de 25% de toda a energia consumida no País¹⁹, em Manchester, o efeito ilha de calor quer significar uma maior exposição da cidade aos efeitos deletério do aquecimento global²⁰.

Exemplo da aplicação de preceitos de ordem local voltados à eficiência energética é a preferência que se deve dar, na cidade de Lisboa, à configuração de edifícios em ruas leste-oeste, em detrimento de ruas norte-sul. Isso, como assevera Helder Gonçalves, *“em virtude de aumentar a área da fachada dos edifícios orientada a Sul, orientação essa que maximiza os ganhos solares na estação de inverno e no verão são inferiores aos ganhos das orientações Este e Oeste”*²¹.

Mesmo tomando em consideração que a eficiência energética nas cidades extravasa o mero interesse local, é razoável afirmar que a irradiação, para o campo do planejamento urbano, dos preceitos atinentes à eficiência energética há de se efetivar **menos com a imposição legal rígida de parâmetros urbanísticos por um Poder Público de âmbito nacional ou regional a que deveriam se submeter autoridades locais e os particulares afetados, do que por uma relação dialógica em que as cidades se submetam a apresentar resultados quanto à eficiência energética** e, consequentemente, quanto à eficiência ambiental de sua gestão. É essa a ideia que se extrai da Obra “A energia nas cidades do futuro”, coordenada por Eduardo de Oliveira Fernandes. A ver:

“As cidades do futuro assentarão menos na concretização de um modelo de urbanismo ou corrente arquitetônica concretos e mais num imperativo de desempenho urbano em termos de utilização de recursos, expresso em parâmetros quantificáveis e sujeitos a, “benchmarking”, os quais terão o mérito de aferir e orientar a compatibilização das opções urbanísticas ou arquitetônicas que vierem a ser adoptadas com os objectivos e metas ambientais para as cidades em termos de emissões de CO₂, sobretudo no horizonte do século XXI.”²²

Nessa ordem de ideias, a gestão da eficiência energética por meio do planejamento urbano, pelo menos em alguma medida, aproxima-se da dinâmica inerente a um novo Direito Administrativo, nos termos preconizados por Suzana Tavares em Sumários Desenvolvidos de Direito da Energia²³. Veja-se bem. **Se, por um lado, conforme aduz Alves Correia, a natureza eminentemente pública da atividade de planejamento urbano “torna inadequada uma concepção de Estado como desempenhando uma função meramente reguladora”**²⁴ (com muito menos razão, caber-lhe-ia uma função incentivadora e/ou ativadora), por outro, eventual condicionamento do desempenho energético das cidades, notadamente em função do estabelecimento de metas de emissão de CO₂ – metas essas, muitas das vezes, dimensionadas por entes supranacionais –, aproximaria o planejamento energético municipal ao sistema de *governance* e aferição de resultados inerentes ao assim chamado novo Direito Administrativo.

Mas não só. Tomando em conta que os **parâmetros de desempenho energético das cidades fatalmente são e serão traçados por organismos e entidades não locais, isso, em razão da componente ambiental transfronteiriça necessariamente atrelada ao consumo de energia**, não há como não reconhecer, ainda que em uma pequena medida, a **irradiação das ideias de um novo direito administrativo** para o campo do planejamento urbano, consoante a seguinte passagem dos referidos Sumários Desenvolvidos: *“é precisamente neste*

¹⁸ GONÇALVES, Helder et. al. op. cit.

¹⁹ *Supplement Energie-Cités. Info. n.º 37. Winter 2009/2010*. Disponível em <http://www.energy-cities.eu/-Publications-2009,497->

²⁰ *World and European Sustainable Cities*. op. cit. Disponível em http://ec.europa.eu/research/social-sciences/pdf/sustainable-cities-report_en.pdf

²¹ GONÇALVES, Helder et. al. op. cit.

²² *A energia nas cidades do futuro*. op. cit. http://www.dgotdu.pt/filedownload.aspx?schema=ec7b8803-bof2-4404-b003-8fb407da0ca&channel=86AD646C-o8Bo-4F63-83B9-7A41EB67DD89&content_id=438E1005-EFB1-466C-9FoC-CDE3A357D7Bo&field=file_src&lang=pt&ver=1

²³ DA SILVA, Suzana Tavares. op. cit.

²⁴ CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. V. 1. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2008, pg. 140.

novo contexto imposto pela abertura da estadualidade, ao ser chamado a dar resposta aos desafios da internormatividade e da transnacionalidade, que o direito administrativo procura reconstruir a sua identidade e se reinventa como poder de direcção (Steuerung)”.

Em suma, a conjugação desses três fatores – primeiro, imposição extranacional de metas para a emissão de CO₂, e consequentemente para a despesa de energia, não obstante tais metas, em geral, venham de ser fixadas voluntariamente em acordos multilaterais (em uma estrutura dialógica, diga-se); segundo, a importância da gestão da cidade como elemento crucial para o atendimento de referidas metas; e, terceiro, a inevitável fixação de parâmetros, para o nível local e por entidades transnacionais, de metas energético-ambientais – a conjugação desses três fatores, repita-se, em alguma medida, irradiará ao Direito do Urbanismo os influxos do novo Direito Administrativo, tomando este na concepção exposta por Suzana Tavares. Isso, não obstante a resistência decorrente do princípio basilar do Direito do Urbanismo segundo o qual a atividade de ordenamento do solo corresponde a uma função pública.

4. Da eficiência energética das edificações e da Diretiva 2010/31

É de se atentar que o setor de edifícios (sejam estes residenciais ou comerciais) é responsável pelo consumo de 40% da energia primária da União Europeia²⁵. Essa mesma proporção, nos Estados Unidos da América, corresponde aos gastos tão-somente dos edifícios residenciais, os quais respondem pelo consumo de 70% de toda a energia elétrica americana²⁶. Conforme já referido acima, levando-se em consideração a energia incorporada ao edifício, ou seja, incorporada ao processo de sua construção, o setor de edifícios é responsável por metade do consumo energético mundial, o que consequentemente implica graves impactos ambientais, dada a emissão de dióxido de carbono correspondente. E grande parcela desse alto consumo de energia deve-se à estrutura de edifícios que, nas palavras do Professor Rafael Serra da Universidade politécnica da Catalunha *“se comportam piores que o clima. Mais frios no inverno e mais quentes no verão”*²⁷.

O fato é que a modernização do parque edificado mundial possui a melhor razão entre o custo e o benefício na direção de se obter eficiência energética. Analisando os dados sobre a emissão de gases de efeito estufa, mas que, por razões já expostas, podem ser transpostos como paradigmas da análise da eficiência energética, tem-se que até 29% de todas as emissões de GEE previstas para 2020 poderão ser evitadas, sem custos financeiros finais (ou seja, com o despendimento de investimentos que se pagam), por medidas de mitigação de gastos energéticos em edifícios. Além disso, pelo menos mais *“3% das emissões poderão ser evitadas com custos de até 20 dólares por tonelada de CO₂ ou mais 4% a um custo de até 100 dólares por tonelada de CO₂”*²⁸. Por essa razão, **o IPCC chega a afirmar que o setor de edificação constitui-se no campo mais propício para comporem projetos de desenvolvimento limpo no âmbito dos mecanismos de flexibilização do Protocolo de Kyoto**²⁹ (MDL, ou CDM, na sigla em inglês).

²⁵ Dados constantes do preâmbulo da Diretiva 2010/31, de 19 de Maio.

²⁶ *Zero Energy Buildings: A Critical Look at the Definition*. P. Torcellini, S. Pless, and M. Deru National Renewable Energy Laboratory. Disponível em <http://www.nrel.gov/docs/fyo6osti/39833.pdf>

²⁷ Citado por *A energia nas cidades do futuro*, op. cit. Disponível na Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra e em http://www.dgotdu.pt/filedownload.aspx?schema=ec7b8803-b0f2-4404-b003-8fb407da00ca&channel=86AD646C-08B0-4F63-83B9-7A41EB67DD89&content_id=438E1005-EFB1-466C-9FoC-CDE3A357D7Bo&field=file_src&lang=pt&ver=1

²⁸ B. Metz, O.R. Davidson, P.R. Bosch, R. Dave, L.A. Meyer (eds). *op. cit.* Disponível em http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg3/en/contents.html

²⁹ The flexibility mechanisms of the Kyoto Protocol (KP), especially the clean development mechanism (CDM) and joint implementation (JI), could offer major benefits for buildings in developing countries and economies in transition, in terms of financing, transfer of advanced technologies and knowhow, building of local capacity and demonstration effects (Woerdman, 2000; Grubb et al., 2002). Buildings should be prime targets for project-based mechanisms due to the variety and magnitude of cost-effective potentials. conf. B. Metz, O.R. Davidson, P.R. Bosch, R. Dave, L.A. Meyer (eds). *op. cit.* Disponível em http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg3/en/contents.html

A razão primordial para que esse horizonte promissor de obtenção de eficiência energética e ambiental por via do investimento em edificações não ter sido ainda explorado a contento reside no que o IPCC denominou **incentivos deslocados**, é dizer, o descompasso existente entre quem suporta os custos e quem auferir benefícios da estruturação energeticamente eficiente de um edifício.

Isso porque o construtor, em geral, não suporta os custos energéticos do uso da edificação destinada à venda. Nem tampouco o senhorio, a quem cumpre muitas vezes realizar grandes obras de remodelação nos edifícios, beneficia-se imediatamente de eventual economia nos custos com energia, pelo simples fato de que é o arrendatário quem, por norma, arca com essa despesa. Outro elemento de incentivo deslocado apresentado no relatório do IPCC refere-se à situação, muito comum, em que, o pagamento da conta de energia elétrica de um hospital é de responsabilidade de um fundo público central, ao passo em que a responsabilidade por gerir a respectiva edificação cabe ao próprio hospital ou a uma autoridade local.

Como uma maneira de dar cabo a esse desajuste, vêm a lume sistemas de certificação energética tais como o LEED, nos Estados Unidos; o BREAAAM, no Reino Unido, o Green Star na Austrália, o BEPAC, no Canadá e o Minergie, na Suíça. Ditas certificações, ao superarem a ausência de informações acerca da eficiência energética de edifícios, têm a aptidão de incorporarem ao mercado de bens imóveis a variável custo-benefício da eficiência energética ao longo do ciclo de vida do imóvel.

Estudos demonstram que um edificação erguida sob a chancela do sistema LEED custa de 2% a 5% a mais do que o valor de um imóvel convencional³⁰, o que facilmente é recuperado durante o ciclo de vida do bem. No caso do sistema Minergie, os custos acrescidos são estimados em 6% em face de um prédio ordinário³¹. Isso, para parâmetros de poupança de energia na ordem dos 50%.

As certificações energéticas de edifício tanto podem assumir a natureza de disposições voluntárias ou obrigatórias. Na origem, a certificação energética surgiram com um caráter voluntário, que, por sinal, ainda o tem em maior medida. Contudo, cada vez mais se fazem presentes preceitos legais que impõem sua obrigatoriedade.

Cite-se o exemplo da certificação LEED (Leadership in Energy and Environmental Design), de aplicação generalizada nos EUA, e gerida pelo U.S. Green Building Council (USGBC), organização privada sem fins lucrativos. Sucede que diversas esferas do Poder Público americano terminaram por incorporar os parâmetros LEED a suas legislações, como é o caso de Boston, primeira cidade a adotar a obrigatoriedade de certificação LEED em seus edifícios, ao passo que a cidade de São Francisco obriga a que as edificações não apenas atendam aos padrões básicos de certificação LEED, senão que possuam características que as classifiquem em LEED-Silver (atente-se que certificação LEED atribui pontos ao edifício de sorte a classificá-lo em Certified (26 pontos), Silver (33 pontos), Gold (39 pontos) ou Platinum (52 ou mais pontos)).

Apesar de iniciativas como a de Boston ou de São Francisco, a que se soma, por exemplo, o próprio Estado da Califórnia, primeiro a adotar regras gerais para todo seu território com parâmetros para construções eficientes, as medidas voluntárias de certificação, nos EUA, ainda possuem um espectro de atuação bem mais amplo do que as medidas impositivas, mormente na esfera residencial. Segundo as considerações de Mariel Dator³², muitos analistas vêm com ceticismo a imposição obrigatórias desses padrões, em detrimento de incentivos de ordem econômica. Aspecto sobre o qual não pesa dúvida é que o envolvimento dos Órgãos Públicos afigura-se tão amplo que fatalmente continuarão desempenhando no futuro um papel importantíssimo nessa seara, seja qual for o *modus faciendi* adotado.

A União Europeia, por seu turno – sem tampouco descurar de sua função incentivadora, ativadora e orientadora, manifestada em uma miríade de programas e projetos de cariz volun-

³⁰ DATOR. Mariel S. op. cit. Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol37/iss2/5/>

³¹ B. Metz, O.R. Davidson, P.R. Bosch, R. Dave, L.A. Meyer (eds). op. cit. Disponível em http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg3/en/contents.html

³² DATOR. Mariel S. op. cit.. Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol37/iss2/5/>

tário, entre os quais o projeto denominado Green Building –, adotou um viés impositivo por meio da Diretiva 2002/91 de 16 de Dezembro, depois substituída pela Diretiva 2010/31, de 19 de Maio de 2010 (esta última com prazo de transposição fixado para 9 de Julho de 2012), em que compele os Estados Membros a estabelecerem requisitos mínimos de desempenho energético para edifícios novos ou para aqueles que passem por grandes renovações. De par com isso, prescreve a obrigatoriedade de certificação energética de todos os edifícios (novos ou velhos, residenciais ou comerciais) que sejam vendidos ou arrendados, além dos edifícios públicos ou de serviços aberto ao público. Nestes dois últimos casos, quando possuírem área maior que 1000 m² (ou 500 m², a partir de 2012, e 250 m², a partir de 2015, segundo a nova Diretiva).

Vale dizer, os edifícios antigos não se sujeitam a parâmetros de eficiência energética, exceto se forem objeto de grande renovação. Já todos os edifícios novos, residenciais ou comerciais (com as exceções da norma, tais como imóveis militares etc.), devem atender a padrões de desempenho estabelecidos por cada Estado Membro, em que são considerados fatores tais como as características térmicas, a aplicação de energia proveniente de fontes renováveis etc.

Os edifícios já existentes sujeitam-se, isso sim, à certificação de seu padrão de consumo de energia, sempre que forem objeto de transação jurídica, tal como venda, permuta ou arrendamento. Nesse caso, não se trata de atender a requisitos mínimos de desempenho, mas apenas avaliar e tornar público o nível de desempenho³³.

Duas inovações operadas pela nova Diretiva, a 2010/31, são particularmente dignas de referência.

A primeira refere-se ao art. 9º, que estatui a obrigação consoante a qual *“o mais tardar em 31 de Dezembro de 2020, todos os edifícios novos sejam **edifícios com necessidades quase nulas de energia**”*. Obrigação essa antecipada em dois anos, ou seja, fixada para 31 de Dezembro de 2018, *“para os edifícios novos ocupados e detidos por autoridades públicas”*.

Pelo que se percebe, com o comando desse art. 9º, a União Europeia pretendeu dar um paço à frente na promoção de uma rede sustentável de edificações. Nesse caso, foi além de simplesmente compelir os Estados Membros a adotarem requisitos mínimos de desempenho energético, senão estabeleceu como paradigma futuro o edifício com necessidades quase nulas de energia³⁴ (*nearly zero-energy building ou net-zero buildings*). Avanço tão brusco pode ser

³³ Em Portugal, a certificação energética de edifícios classifica-os em categorias que seguem de “A” a “G”, no que incluem as subcategorias “A+”, “A-” e “B+” “B-”. Em edifícios residenciais, esta classificação é aferida pela razão entre o consumo previsto e o consumo máximo de energia fixado em lei. O pior desempenho aferível para um imóvel novo que atenda à Legislação corresponde à classificação B-, em que essa razão é igual a um.

³⁴ A Diretiva, no entanto, não explicita a que modalidade de edifícios *net-zero* se refere. Estes podem assumir diferentes características, como se infere do seguinte informe de autoria do Departamento de Energia dos Estados Unidos (disponível em http://www1.eere.energy.gov/buildings/commercial_initiative/m/about.html): “A building may meet multiple Following is a summary of the definitions:

- Net-Zero Site Energy — A building that produces and exports at least as much renewable energy as the total energy it imports and uses in a year, when accounted for at the site. The measurement time frame is annual.

- Net-Zero Source Energy — A building that produces and exports at least as much renewable energy as the total energy it imports and uses in a year, when accounted for at the source. “Source energy” refers to the primary energy required to generate and deliver the energy to the site. To calculate a building’s total source energy, imported and exported energy is multiplied by the appropriate site-to-source conversion multipliers.

- Net-Zero Energy Costs — A building where the amount of money a utility pays the building’s owner for the renewable energy the building exports to the grid is at least equal to the amount the owner pays the utility for the energy services and energy used over the year.

- Net-Zero Energy Emissions — A building that produces and exports at least as much emissions-free renewable energy as it imports and uses from emission-producing energy sources annually. Carbon dioxide, nitrogen oxides, and sulfur oxides are common emissions that NZEBs offset.

Design Implications. During the design phase, the team should determine which net-zero energy definition to pursue based on the project goals and the values of the design team and building owner.

For example, building owners typically care about energy costs and may work to achieve the net-zero energy costs definition. Organizations such as the U.S. Department of Energy are concerned with national energy numbers, and are typically interested in reaching net-zero source energy. A building designer may be interested in site energy use for energy code requirements. Finally, those who are concerned about pollution from power plants and the burning of fossil fuels may be interested in reducing emissions.

explicado pela importância, já várias vezes repisada ao longo deste trabalho, da melhoria de desempenho energético das edificações em cotejo com o quadro geral de medidas que podem ser implementadas na direção do uso mais eficiente de energia e da tutela ambiental daí decorrente.

Nesse particular, a União Europeia não está sozinha, eis que o Departamento de Energia dos Estados Unidos estabeleceu um pretensioso objetivo de, para 2025, criar as bases tecnológicas e de conhecimento para a construção de edifícios *zero-energy* em condições economicamente vantajosas.

A segunda inovação que julgo seja pertinente fazer referência toca à obrigatoriedade de que os **requisitos mínimos de desempenho energético definidos pelos Estados Membros passem a ter em conta os níveis ótimos de rentabilidade**, isto é, o equilíbrio ótimo em termos de rentabilidade entre os investimentos efetuados e os custos de energia poupados ao longo do ciclo de vida do edifício.

Esse conceito de nível ótimo de rentabilidade, então inexistente na Diretiva revogada, veio à baila no intuito de evitar que Estados Membros estabelecessem requisitos de desempenho energético muito baixos, a ponto de tornarem inócuos os termos da Diretiva. Lembre que os requisitos de desempenho eram e são estabelecidos por cada Estado Membro. Na dicção da nova Diretiva, caso haja uma discrepância de mais de 15% entre os níveis mínimos de desempenho energético e os níveis ótimos de rentabilidade, o Estado Membro deverá justificar essa discrepância ou prever medidas para mitigá-la.

Ainda sobre o tema, chama atenção o disposto no preâmbulo da Diretiva em que se estatui: ***“o objectivo de alcançar níveis rentáveis ou ótimos de eficiência energética pode justificar, em certas circunstâncias, como, por exemplo, variações climáticas, que os Estados-Membros fixem, para componentes de edifícios, requisitos de desempenho rentáveis ou ótimos que, na prática, limitariam a instalação de produtos de construção que cumprem as normas estabelecidas pela legislação da União”***. Outorgou-se, aqui, clara preferência aos ditames relativos à segurança energética e ao meio ambiente, em detrimento do princípio da livre circulação de bens.

Como consequência dessa disposição da Diretiva, o estabelecimento de regras, pelos Estados Membros, no que tange à busca pelos níveis ótimos de rentabilidade energética de edifícios pode significar uma limitação a normas gerais, acerca da livre circulação de produtos lícitos, expedidas pela União Europeia. Essa inversão normativa há de se justificar, como se infere do texto de Diretiva, em motivações racionais e com vistas nos resultados a serem obtidos com a medida. Não se trata aqui propriamente de uma propalada deslegalização que subjaz à ideia de um novo Direito Administrativo ou da autonomia do Direito da Energia³⁵, tanto que a norma que fixará os parâmetros de eficiência emanarão do Estado, mas, ainda assim, essa subversão da hierarquia normativa, tendo como alvo a obtenção de níveis ótimos de desempenho (no caso, o energético), deixa antever, mesmo que embrionariamente, alguns traços de um novo Direito Administrativo ou, quiçá, de um autônomo Direito da Energia.

Palavras-chave: eficiência energética; planejamento urbano; dispersão urbana; Directiva 2010/31/UE; novo Direito Administrativo.

Everton Luis Gurgel Soares

Procurador do Município de Fortaleza, Brasil
Mestrando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

³⁵ Conferir DA SILVA, Suzana Tavares. op. cit.

BIBLIOGRAFIA

- CORREIA, Fernando Alves. *Manual de Direito do Urbanismo*. V. 1. 4^a ed. Coimbra: Almedina, 2008.
- GIRARDET, Herbert. *Criar Cidades Sustentáveis*. Águas Santas: Sempre-em-Pé, 2007. Disponível na Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra.
- GONÇALVES, Helder et. al. *Ambiente Construído, Clima Urbano, Utilização Racional de Energia nos Edifícios da Cidade De Lisboa*. Lisboa: INETI, 2004. Disponível na Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra.
- LANDA, José Allende. *Planificación Energética Territorial*. Em *La Ciudad Filoenergética*. Coord. Ramón Martín Mateo. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1981. Disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- DA SILVA, Suzana Tavares. *Um Novo Direito Administrativo*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010.
- DA SILVA, Suzana Tavares. *Sumários Desenvolvidos de Direito da Energia no âmbito do Curso de Mestrado 2010/2011 da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Disponível em http://www.fd.uc.pt/~stavares/FDUC/2010_2011/Entradas/2010/12/6_Direito_da_energia_-8.html.
- A energia nas cidades do futuro*. Coord. Eduardo de Oliveira Fernandes. Lisboa: Direção Geral do Ordenamento do Território e Desenvolvimento Urbano. DGOTDU, 2008. Disponível na Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra e em http://www.dgotdu.pt/filedownload.aspx?schema=ec7b8803-b0f2-4404-b003-8fb407da00ca&channel=86AD646C-08B0-4F63-83B9-7A41EB67DD89&content_id=438E1005-EFB1-466C-9FoC-CDE3A357D7Bo&field=file_src&lang=pt&ver=1
- Em meio eletrônico:**
- ADENE. *Perguntas & Respostas sobre o Sistema Nacional de Certificação Energética e da Qualidade do Ar Interior nos Edifícios*. Março, 2009. Disponível em http://www.adene.pt/NR/rdonlyres/FDF72595-33F6-4B4E-8904-660506CB50B6/860/PRSC_E_12_Mar_2009.pdf
- B. Metz, O.R. Davidson, P.R. Bosch, R. Dave, L.A. Meyer (eds). *Climate Change 2007: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2007*. Cambridge: Cambridge University Press. Disponível em http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/wg3/en/contents.html
- CASTANHEIRA, Luís. *O Planeamento Energético Urbano e o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em <http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/11632/2/Texto%20integral.pdf>
- DATOR, Mariel S. *Green Building Regulations: Extending Mandates to the Residential Sector*. 37 B.C. Envtl. Aff. L. Rev. 393 (2010). Disponível em <http://lawdigitalcommons.bc.edu/ealr/vol37/iss2/5/>
- Executive Agency for Competitiveness and Innovation of the European Commission (EACI). *Intelligent Energy Europe News Review n.º 5, maio de 2009*. Disponível em: http://ec.europa.eu/energy/intelligent/library/doc/ienr_5_en.pdf
- Executive Agency for Competitiveness and Innovation of the European Commission (EACI). *Energy-efficient homes and buildings, The beauty of efficiency. 48 projects funded by the Intelligent Energy-Europe programme. Project report n.º 2, Maio de 2008.*. Disponível em: http://ec.europa.eu/energy/intelligent/library/doc/ka_reports/buildings08_en.pdf
- Fostering the urban dimension. Analysis of the Operational Programmes co-financed by the European Regional Development Fund (2007-2013)*. Disponível em http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/2007/working/urban_dimension_en.pdf
- J.H. Joa, J.S. Goldenb and S.W. Shinc. *Incorporating built environment factors into climate change mitigation strategies for Seoul, South Korea: A sustainable urban systems framework*. Disponível em https://webvpn.uc.pt/http/o/www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi=B6V9H-4TYXKWM-1&_user=2459680&_coverDate=07/31/2009&_rdoc=1&_fmt=high&_orig=search&_origin=search&_sort=d&_docanchor=&view=c&_acct=C000057391&_version=1&_urlVersion=0&_userid=2459680&md5=8e70bcfcb5af12afco633db50e41cebc&searchtype=a
- Pepesec Project. *Energy Planning Guidance, an Introduction*. Disponível em <http://www.pepesec.eu/archives/306>
- Supplement Energie-Cités. Info. n.º 37. Winter 2009/2010*. Disponível em <http://www.energy-cities.eu/-Publications-2009,497->
- The final recommendations of the ASIEPI project: How to make EPB-regulations more effective*. Assessment and Improvement of the EPBD Impact-ASIEPI. Disponível em <http://www.buildup.eu/publications/9170>
- UCHOA, Pablo. *Matriz energética é desafio para reduzir emissões*. Disponível em <http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/o,,012072919-El8278,00.html>
- World and European Sustainable Cities*. European Commission. European Research Area. Socio-economic Sciences and Humanities. Disponível em http://ec.europa.eu/research/social-sciences/pdf/sustainable-cities-report_en.pdf
- Zero Energy Buildings: A Critical Look at the Definition*. P. Torcellini, S. Pless, and M. Deru National Renewable Energy Laboratory. Disponível em <http://www.nrel.gov/docs/fyo6osti/39833.pdf>
- Foto da Capa: European Commission Publication.



A tutela jurídica do etanol no Brasil:

Uma análise deste Biocombustível a luz da Economia e do Meio-Ambiente

Resumo

Sendo o Brasil um dos pioneiros no incentivo do etanol, como uma fonte de energia limpa e uma boa alternativa ao petróleo, tem a responsabilidade de desenvolvê-la pautada em preceitos jurídicos-normativo que garantam o crescimento econômico nacional nos padrões da sócio-economia e da sustentabilidade ambiental.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a regulação jurídica do Etanol no Brasil. Para tanto, faremos uma abordagem dos impactos da utilização deste biocombustível, usado comumente como combustível automotivo, na economia e no ambiente brasileiro, lembrando por alguns momentos a repercussão no mercado mundial.

No primeiro momento, reservaremos espaço dedicado à familiarização do leitor com conceitos econômicos. Buscando ampliar os horizontes para a ciência econômica e sua ligação com a economia do etanol.

Em seguida, procuraremos entender o momento mundial, que busca alternativas as fontes energéticas fósseis. É do nosso desejo que o leitor se anime e tome pra si a idéia de que desenvolvimento e sustentabilidade não podem mais caminhar separados. O Etanol desponta como uma fonte de energia alternativa e limpa. Lembramos que, em matéria de combustíveis automotivo, o maior concorrente do petróleo no Brasil é o etanol.

Hoje o petróleo é o combustível mais valioso e utilizado no mundo. Contudo, é fato que novas alternativas, renováveis de preferência, precisam ser desenvolvidas e introduzidas no mercado energético como forma de sustentar o desenvolvimento humano e iniciar o lento processo de substituição das fontes energéticas não renováveis por fontes alternativas renováveis.

Todavia, essa mudança de rumo energética deve ser tutelado de perto pelo poder público. Só com legislações adequadas é que renovaremos nossa matriz energética dentro de uma ótica econômico-social-ambiental sustentável.

Chamaremos também a atenção para a procura do etanol pelo mercado brasileiro e mundial, enfatizando o aumento da demanda interna e externa que vem para beneficiar a produção e o desenvolvimento da tecnologia nacional.

2. Relacionamentos da Economia com o Meio-Ambiente

2.1 O binômio meio ambiente – crescimento econômico

A expansão econômica é o combustível propulsor da sociedade moderna. É pública a obsessão humana pela conquista de novas técnicas, pelo desenvolvimento de novos materiais, e pelo aperfeiçoamento de novos métodos a fim de buscar uma vida mais confortável.



Ocorre que, os avanços tecnológicos, quase sempre, são obtidos às custas da exploração desenfreada de recursos oriundos do meio ambiente. Diante da interdependência relativa ao bem natural, surge a preocupação da Ciência Econômica e do Direito¹ em criar fórmulas que preservem ou estendam a utilização de tais recursos, idealizando um ambiente sadio e equilibrado em consonância com o desenvolvimento econômico.

Para Sousa Andrade, a economia busca como objetivo “o estudo de como os indivíduos e a sociedade decidem o emprego de recursos escassos, que podem ter usos alternativos, para produzir coisas e serviços e reparti-los para serem consumidos agora ou no futuro pelos agentes econômicos.”²

Ao relacionar a economia com o meio ambiente, torna-se imprescindível o conhecimento do que vem a ser essa ciência.³ No mesmo sentido, o conceito de economia também inspira a ideia de controle de gastos, evitando desperdício de qualquer atividade.

Para Sousa Andrade⁴, a relação da atividade econômica em esfera ambiental deveria ser mais cuidadosa. O Autor destaca o ambiente em que vivemos como um dos principais componentes para tornar possível a aplicação econômica.

Na esfera jurídica, é importante lembrar que o Direito⁵ surge com a finalidade de resolver conflitos sociais e econômicos. Assim, pode-se observar que, em matéria de meio ambiente, a união da ciência econômico-jurídica atende a necessidade de garantir um justo desenvolvimento para toda a sociedade, sempre respeitando a qualidade de vida.⁶

Voltando ao binômio em questão, é natural a aproximação da economia com o meio ambiente, pois deve-se levar em conta que os recursos naturais possuem limite em sua exploração.⁷ Portanto, para um melhor aproveitamento de tais recursos, se faz necessário o planejamento de forma sustentável do bem explorado.

¹ “Com o crescimento da questão ambiental, as empresas têm realizado melhorias ambientais, estimuladas por órgãos de controle ambiental e pela mídia que, por sua vez, reflete a vontade e interesse do público em geral, em buscar de uma melhor qualidade de vida. Por vez, as melhorias são conseguidas por força de leis, regulamentos e muitos outros casos elas decorrem de ações voluntárias, antecipando-se à emissão das leis e procurando criar uma imagem favorável e melhor aceitação da atividade industrial e do próprio produto pelas comunidades e consumidores”. Em, Luiz Antônio Abdalla de Moura. *Economia Ambiental. Gestão de custos e investimentos*. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2006. p. 2.

² João Sousa Andrade. *Introdução à Economia*. Coimbra, Minerva, 1998. p. 8.

³ “É uma ciência social, tendo a pretensão de estudar a conduta humana nas suas interações coletivas, mas de fazê-lo com distanciamento analítico, de um modo sistemático e recorrendo a uma metodologia explícita, com o objectivo de, com essa aproximação ao paradigma formal da ciência, evitar, seja o entorpecimento nas categorias fáceis «*senso comum*», com as suas superficialidades e preconceitos, seja o envolvimento na estridência turbulenta e apaixonada dos debates ideológicos, e poder assim contribuir para o progresso social com um quadro de conhecimentos e com uma forma particular de raciocínio que emprestem a um domínio particular da actividade humana uma imagem rigorosa – mas não demasiada rigorosa, sob pena de se resvalar no irrealismo e na perda de relevância do conhecimento que, daquela actividade, se forma e se transmite; ou, mais sucintamente, sob pena de se ganhar em conhecimento o que se perde em *compreensão*”. Em, Fernando Araújo. *Introdução à Economia*. Coimbra, Almedina, 2002. p.11.

⁴ “isto não significa que os economistas não fossem sensíveis a certas formas de utilizar os recursos naturais. Mas apenas que essas preocupações deveriam ser mais frequentes e deveriam levar a integrar, no nosso pensamento das relações económicas, que o meio em que vivemos é um dos principais criadores de bem estar para os indivíduos.” Em: João Sousa Andrade. *Introdução à... cit.*, p. 24.

⁵ “Quando a Economia analisa o Direito, ela tenta fazer ressaltar a estrutura de incentivos que o Direito põe em marcha, procurando sublinhar as consequências que decorrem da alteração das condutas em resposta a esses incentivos – evidenciando os critérios de racionalidade do acatamento e da violação das normas.” Fernando Araújo. *Introdução à... cit.*, p.34.

⁶ Artigo 225º, C. F. : “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” Em, Luís Roberto Barroso. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada, 4ª Edição*. São Paulo, Saraiva, 2003. p. 814.

⁷ De acordo com ensinamento de Fábio Nudesco, “Os recursos com que conta a humanidade – ou qualquer das suas sociedades componentes – para o atendimento dessas expansivas necessidades são inexoravelmente limitados, finitos numa palavra escassos. Por mais que a produção universal de bens e serviços tenha se multiplicado enormemente desde, pelo menos, a revolução industrial, inclusive por pressão do crescimento demográfico, ela não é e pode imaginar que venha a ser um dia suficiente para o atendimento de todas as necessidades humanas e sociais”. Em, Alaôr Caffé Alves e Arlindo Phillipi Jr. *Curso interdisciplinar de Direito Ambiental*. São Paulo, Manole, 2005. p. 197.

Outro fator que se deve levar em consideração é o impacto ambiental que a atividade econômica provoca no ambiente, seja de forma direta ou indireta. Sendo importante lembrar que o meio ambiente é modificado continuamente pelas atividades do homem. Como exemplo, pode-se analisar o consumo de produtos que gera o descarte de embalagens que, posteriormente, serão esquecidas no próprio ambiente ou ainda, as mudanças que o empreendimento em larga escala pode causar em um determinado espaço ou ecossistema.

Por meio das consequências da conduta humana (para o bem ou mal) é que a economia do ambiente surge como esperança da sociedade para o desenvolvimento sustentável. Ou seja, de que o homem busque artifícios com o objetivo de preservação dos recursos naturais renováveis e não renováveis mantendo uma consciência inter-geracional.

Em suma, a economia atende pela finalidade de fazer com que a sociedade se desenvolva de forma sustentável preservando ao máximo os recursos ambientais esgotáveis e dando espaço de tempo suficiente para que as fontes inesgotáveis se regenerem. Busca-se, garantir o equilíbrio entre a qualidade de vida humana, natural e econômica de um determinado local.

2.2 Políticas ambientais de desenvolvimento

O processo de preservação ambiental requer o preparo da sociedade civil e empresária para lidar com as questões ambientais. É papel fundamental do Estado garantir os meios para promover a educação ambiental⁸ e o desenvolvimento econômico.

É partindo do desenvolvimento de políticas sustentáveis voltadas para a esfera ambiental que a economia ganha destaque na defesa de seus interesses no ambiente. Sendo assim, por meio de medidas econômicas coercitivas ou ainda, por meio de incentivos econômicos⁹, estímulos são gerados com o objetivo de incentivar ou desanimar o mercado para o consumo e produção de determinado produto.

Dessa forma, surge a teoria do «full cost» defendida por Tom Tietenberg¹⁰ na qual se prevê que todos os usuários dos recursos ambientais, produtores e consumidores, deveriam arcar pelo custo integral. É importante saber aplicar tal teoria no caso do combustível fóssil, pois o exagero na aplicação poderá acarretar na confusão com o princípio do poluidor-pagador.

Outro fator a ser levado em consideração, seria a adoção do «full cost» como medida de incentivo para a produção de biocombustíveis tais como o etanol.

Nota-se que o princípio do “custo integral” tem semelhanças com o princípio do poluidor-pagador, expresso no Direito Ambiental. A diferença reside na atribuição da onerosidade, pois o princípio do poluidor-pagador prevê os gastos para aquele que polui, já o “custo integral” está em sentido mais amplo, dividindo os gastos entre o produtor e consumidor.

O governo brasileiro lançou medida semelhante a teoria supra mencionada. O chamado “protocolo verde”¹¹ que visa incentivar produtos que estejam de acordo com as normas ambientais, assim como os empreendimentos que estejam em conformidade com os procedimentos administrativos específicos.

⁸ Art. 225 C. F. VI “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”.

⁹ “A questão dos incentivos, se é relativamente simples no efeito que isoladamente provoca numa conduta individual, é uma das mais complexas e difíceis facetas da modelação da política econômica, não apenas porque ela supõe que se conheça, com um mínimo de rigor, a reacção dos indivíduos a alteração dos incentivos, como ainda, e sobretudo, porque um mesmo incentivo pode ter feitos opostos, quando estamos na presença de destinatários dos incentivos com diferentes padrões de reacção (...)A ênfase nos incentivos é crucial para se compreender a viabilidade econômica em contextos de liberdade social e política”. Fernando Araújo. *Introdução à...cit.*, p. 35 e 36.

¹⁰ Tom Tietenberg. *Environmental and natural resource economics; Meaddows all*. Disponível em: <http://www.eps.ufsc.br/disserta99/soraya/cap3.htm> acesso em 03 de janeiro.

¹¹ “Estabelece que as empresas pretendentes a obter financiamentos de bancos federais precisam realizar análises de risco ambiental em seus projetos e demonstrar que os riscos são aceitáveis”. p. 14. Luiz Antônio Abdalla de Moura. *Economia Ambiental...cit.*, p.12.

Ainda em âmbito governamental, a comunidade internacional vem cobrando medidas diretamente ligadas às questões de ambiente. Assumindo contornos mais específicos, a União Europeia tem demonstrado grande interesse no controle das emissões de Co₂.

Em desacordo com a tendência mundial, os Estados Unidos se negaram publicamente a participar de protocolos que visem diminuir a emissão de Co₂ na atmosfera. O argumento utilizado foi o de que as energias “limpas” são ainda economicamente inviáveis, incetivando assim, o uso da energia fóssil por parte das empresas. Desta forma, não correndo risco de desacelerar o crescimento econômico frente a economia mundial.

O grande reflexo para o problema em evidência é o protocolo de Kyoto, no qual, países signatários se comprometeram a reduzir em até 5,2% a emissão de gases poluentes, enquanto que os Estados Unidos só vêm a crescer seus índices de poluição. É importante observar que Brasil, China e Índia estariam dispensados da participação, pois estão enquadrados como países em desenvolvimento, tendo alguns privilégios¹².

Está claro que o impasse existente no âmbito da emissão do Co₂ é político. De um lado países signatários dispostos a reduzir o crescimento econômico e contribuir para a saúde do ar. Em outra mão os países em desenvolvimento com grandes perspectivas de crescimento, chegando até mesmo a assustar os países desenvolvidos. Por último os Estados Unidos como superpotência mundial que, temendo o crescimento dos países emergentes que ameaçam a sua liderança econômica mundial, não quer abrir mão do seu crescimento em detrimento das melhores condições do ar.

Já em perspectiva privada, é importante observar que as políticas internas adotadas nas empresas, assim como os investimentos em melhorias ambientais continuadas, são perseguidos por meio do ISO 14.001. Atualmente, as empresas já adotam fórmulas por escrito como forma de melhorar o desempenho ambiental, sempre seguindo cartilhas e diretrizes a fim de atingir a excelência ambiental.

Por último, as políticas ambientais servem de estímulo para a sociedade despertar sobre as questões ambientais. É através de tais políticas que a sociedade civil e empresarial aprendem a respeitar os limites ambientais, a preservar, a recuperar e a gerir os recursos naturais da melhor forma possível.

2.3 Externalidades e Interiorização dos custos ambientais

Embora seja um conceito criado no início da década de 20 pelo então economista inglês Arthur Cecil Pigou, a externalidade vem sendo identificada e aplicada, inclusive, nos dias atuais.

Segundo entendimento de Fábio Nudesco, as externalidades observam “pressupostos básicos do mercado que vem a ser o de que custos e benefícios decorrentes de qualquer atividade, seja ela de consumo ou de produção, recaiam sobre a unidade que a esteja conduzido”.¹³

Em entedimento semelhante, Gregory Mankiw define que “uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impactos no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto”.¹⁴

Aqui, pode-se identificar as formas de externalidades, que podem ser positivas ou negativas, bastando que a atividade exerça influência no desempenho da atividade comercial da outra.

Ao fazermos a ligação entre as externalidades e o campo da produção do etanol combustível brasileiro, notamos que inúmeros são os impactos que essa atividade exerce na economia e no ambiente nacional.

¹² “Será dada prioridade especial à situação e às necessidades especiais dos países em desenvolvimento, especialmente dos países menos desenvolvidos e daqueles ecologicamente mais vulneráveis. As ações internacionais na área do meio ambiente e do desenvolvimento devem também atender aos interesses e às necessidades de todos os países” Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, 6º princípio.

¹³ Fábio Nudesco. *Curso de Economia, Introdução...* cit., p. 209.

¹⁴ N. Gregory Mankiw. *Introdução à Economia*; Tradução Allan Vidigal Hasting. São Paulo, Pioneira Thompson Learning, 2005. p. 204.

No campo das externalidades positivas, podemos tomar por exemplo o cultivo da cana-de-açúcar, matéria-prima responsável pela extração e produção do biocombustível etanol. Nela, observa-se o recrutamento de mão-de-obra em massa, necessária para a colheita da cana e seu processamento.

Dessa forma, cidades se formam em torno das usinas de produção com a finalidade exclusiva de dar estrutura e suporte as famílias daqueles que trabalham no seu processo. Assim sendo, desenvolve-se um comércio paralelo das primeiras necessidades, responsável pela manutenção e suporte das pessoas que ali habitam.

Em âmbito de ciências ambientais, observa-se que a cana-de-açúcar tem 100% de aproveitamento. Dela é extraído o biocombustível, da sua palha a termo energia capaz de gerar força elétrica para todo o funcionamento da usina e ainda como adubo biológico para o solo. Também contribui para a redução da emissão de gases poluentes na atmosfera, pois se trata de energia limpa.

Como exemplo de externalidade negativa, ainda se mantendo na cultura sucroalcooleira, podemos citar a queima da cana-de-açúcar próxima a uma cidade. A palha queimada, assim como outras partículas são levadas pelo vento e, acabam por sujar as ruas e casas, bem como pioram a qualidade do ar. Dessa forma, as pessoas da cidade que não ganham nada com a exploração do canavial, acabam por serem prejudicadas, passando a ter despesas isoladas com os problemas citados.

No âmbito das internalizações é importante observar que as empresas, responsáveis pelas externalidades, devem tomar posição frente aos problemas, devendo adotar medidas de mitigação aos efeitos por elas gerados.

Ao citar exemplos de internalização de externalidades negativas, podemos levar em conta a pavimentação privada de uma estrada utilizada pela usina como forma ressarcir a sociedade. Nota-se que o tráfego de veículos transportadores de cana causa danos a estrada pública, dessa forma, estaria a empresa reparando o prejuízo causado.

Uma das formas de controle por parte do Estado seria a adoção de impostos que refletissem nos custos de produção de uma determinada empresa, como no caso citado pelo Autor Gregory Mankiw,¹⁵ sobre as indústrias de alumínio que poluíam a atmosfera.

Por fim, observamos que o entendimento internacional sobre a internalização de custos ambientais é positivo. O 16º princípio da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento¹⁶, que apoia a responsabilidade empresarial em reparar os efeitos causados por sua atividade.

3. Desenvolvimento Sustentável e a Busca pela Expansão Econômica

O desenvolvimento sustentável surge com o objetivo de intermediar o desejo de crescimento econômico com a preservação e prolongação do uso dos recursos naturais.¹⁷ Pretendendo o gerenciamento da atividade econômica como dever ambiental, conseguindo aliar os desejos do crescimento econômico com as condições da melhor qualidade de vida.

¹⁵ “O uso de um imposto como esse é chamado *internalização de uma externalidade* porque dá aos compradores e vendedores de um mercado um incentivo para que levem em conta os efeitos externos de suas ações. Essencialmente, os produtores de alumínio levariam em conta os custos da poluição ao decidir quanto alumínio ofertar, uma vez que o imposto faria com que eles pagassem por esses custos externos. A política se baseia em um dos dez princípios econômicos: as pessoas reagem a incentivos.” Em: N. Gregory Mankiw. *Introdução à...*, cit., p. 207.

¹⁶ “As autoridades locais devem promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando em consideração que o poluidor deve arcar com os custos da poluição”. Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Rio 92 em seu princípio 16º. Disponível em: http://www.vitaecivis.org.br/anexos/Declaracao_rio92.pdf último acesso em: 04/janeiro.

¹⁷ “O princípio do desenvolvimento sustentável vem da fusão de dois grandes princípios jurídicos: o do direito ao desenvolvimento e o da preservação do meio ambiente. O primeiro é originário do direito internacional econômico, mais especificamente do direito do desenvolvimento, um ramo do direito originado dos movimentos de independência após a Segunda Guerra Mundial. O segundo vem do direito ambiental, trabalho sobretudo a partir dos anos 1970.” Em, Marcelo Dias Varella. *Direito Internacional Econômico Ambiental*. Belo Horizonte, Delrey, 2004. p. 5 e 6.

Paulo Affonso Leme Machado, entende por desenvolvimento sustentável como sendo “a continuidade na boa gestão do meio ambiente”.¹⁸

Contudo, se sabe que há desconfiças quanto a real efetividade da união de ambos interesses. Há quem entenda que o sucesso da economia está atrelado ao fracasso do ambiente. Logo, seria incoerente entender que o desenvolvimento econômico consegue reunir interesses ambientais.

A política defendida pela sustentabilidade busca a continuação, o uso racional e equilibrado dos recursos disponíveis no ambiente como forma de prolongá-los, estendê-los para as futuras gerações, havendo assim um compromisso intergeracional firmado com as gerações futuras.¹⁹

Observamos que, em termos negociais, preservar bens para futuras gerações é algo um tanto arriscado. Ao se garantir uma perpetuidade de tais recursos, não há garantias de que as futuras gerações, beneficiadas pelo sacrifício das passadas, irão dar seguimento a preservação.

Dessa forma, emerge um “investimento sem retorno”, um investimento no qual não há garantias de se levar adiante a proposta acordada pela presente geração. Eis que surge a pergunta: Por que garantir a extensão dos recursos naturais se deles a presente geração não poderá tirar proveito no futuro?

Em âmbito legal, podemos responder filosoficamente essa questão baseando-se na Constituição Federal da República Brasileira em seu *artigo 225.º caput* segundo o qual: “...impondo para o poder público e para a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as futuras gerações”.

Já em perspectiva econômica, duas respostas poderiam ser levantadas. Em primeiro lugar, devemos preservar os recursos naturais como forma de manter seu preço, garantir seu valor a partir da política da oferta pela procura. Em segundo plano, a própria questão do dever ético em garantir o desenvolvimento para as gerações vindouras.

É importante lembrar que, antigamente o potencial de consumo da sociedade era menor, não havendo o incentivo ao consumo, consequentemente, uma necessidade de exploração para a produção de bens em larga escala.

Hoje, já se pode identificar o problema do esgotamento dos recursos naturais de uma forma que chegue a comprometer toda a atividade empresarial.²⁰ Estima-se que a humanidade já ultrapasse em cerca de 20% a capacidade de suporte do ecossistema²¹ surgindo então um crescente problema.

Diante dos problemas supra-mencionados, torna importante observar que a sustentabilidade é, inevitavelmente, garantidora da manutenção do estoque dos bens naturais.

A política garante aos recursos naturais renováveis a utilização de forma que se dê tempo suficiente para a natureza recompor aquilo que fora utilizado pelo homem. Em contrapartida, os recursos não renováveis serão utilizados de forma racional, buscando o homem, alternativa para aquelas fontes finitas.

Outro fator marcante a ser analisado é o estímulo que a sustentabilidade traz para a criação de novas tecnologias, ela propõe ao ser humano o despertar para problemas de esgotamento de recursos, desenvolvendo novas estratégias capaz de substituir antigas atividades.

Ao aplicar na prática o conceito da sustentabilidade dos bens não renováveis, pode-se utilizar o exemplo brasileiro do desenvolvimento e produção do etanol como solução para

¹⁸ Paulo Affonso Leme Machado. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006. p. 123.

¹⁹ “Uma geração deve tentar ser solidária entre todos os que a compõem. A continuidade da vida no planeta ultrapassa a própria geração, levando em conta as gerações que virão após. O princípio cria um novo tipo de responsabilidade jurídica: a responsabilidade ambiental entre gerações.” *Idem*.

²⁰ “A dedução óbvia é que quanto mais desenvolvimento ocorre mais o sector privado tem de carregar esse peso. As grandes empresas, com o seu poder e força económico, tem tido praticamente carta branca, por parte dos governos, para se expandirem e investirem. Uma das partes dessa troca de serviços implica que as grandes empresas tem de ter, hoje, muito mais responsabilidade sobre o seu investimento do que anteriormente” Michael Hopkins. *A CSR, Os Negócios, As Nações Unidas e o Desenvolvimento; Sustentabilidade, Competitividade e Equidade Ambiental e Social/ Coord. Sofia Santos, Rita Almeida Dias*. Coimbra, Almedina, 2008. p. 47.

²¹ Luiz Antônio Abdalla de Moura. *Economia Ambiental...*, cit., p. 7.

o problema do petróleo. Aqui, vê-se o uso cada vez maior do biocombustível como forma de garantir uma exploração ainda mais prolongada do combustível fóssil.

Por fim, devemos entender que o desenvolvimento econômico está no centro da política adotada por qualquer liderança,²² seja do Estado, seja da iniciativa privada. Porém, o desenvolvimento baseado na sustentabilidade torna-se mais vantajoso na medida em que causa menos impactos ao ambiente, prolongando o uso dos recursos naturais, garantindo a melhor qualidade de vida e buscando o desenvolvimento tecnológico por meio da procura por fontes alternativas.

4. O Petróleo e a Busca por Fontes Alternativas

Ao analisar os dados brasileiros sobre a produção de petróleo, observa-se que o Brasil é hoje o 16º detentor das reservas de petróleo no mundo, estando ainda em 10º lugar em produção de barril, e a frente de alguns membros da OPEP.

Em termos tecnológicos, o Brasil detém a mais avançada técnica de extração de petróleo em águas profundas, o que possibilita ao país suprir o déficit na extração em terra firme.²³ Sendo o único capaz de explorar petróleo na cama pré sal. Dessa forma, vem levando grande vantagem, pois, mais uma vez, antecipou-se aos demais países no tocante à produção energética.

Por outro lado, a questão da bioenergia possui grande relevância no cenário nacional. Dessa forma, investimentos maciços são feitos, tanto na prospecção para extração de petróleo, quanto no desenvolvimento de fontes alternativas ao uso do combustível fóssil.

Ocorre que, o combustível fóssil tem inúmeras vantagens para a economia global, sendo responsável pelo forte desenvolvimento econômico global após a década de 50. Porém, alguns fatores levantam sérios temores quanto a sua exploração.

O primeiro é de ordem geográfica: as principais reservas de petróleo estão localizadas em zonas de grandes conflitos armados. Seja no Oriente Médio, na Venezuela ou na África.

Em segundo lugar, o uso de petróleo tem sido apontado como um dos principais responsáveis pela destruição da camada de ozônio devido à emissão do CO₂ na atmosfera. É que todo o processo, desde a exploração deste combustível fóssil até sua transformação em energia, são extremamente poluentes. Ou ainda, pelo descarte de produtos sintéticos no ambiente, pois se sabe que seus subprodutos demoram centenas de anos para se decompor, causando enorme impacto ambiental.

Por último, o petróleo é uma fonte de energia não renovável, ou seja, especula-se que o mundo já tenha ultrapassado a curva para o fim do combustível, o que requer a adoção de políticas alternativas, tais como o etanol brasileiro, como forma de substituir ou prolongar o uso do petróleo para as futuras gerações.

A solução encontrada para o problema da oferta no setor petrolífero é o desenvolvimento de fontes alternativas à sua utilização. Partindo dessa premissa, surge a preferência da socie-

²² “A razão é bastante simples: se os países não se comportarem de forma responsável, que esperança existirá para as outras entidades tais como as próprias empresas, muitas delas registrando um volume de negócios maior do que o PIB de alguns países”. HOPKINS, Michael. *CSR, Os Negócios, As Nações Unidas...*, cit., p.44.

²³ Vários projetos colocam o Brasil entre os detentores de tecnologia de ponta, dentre os quais destacam-se as plataformas de produção para águas profundas, os sistemas submarinos de produção, os projetos para construção, ampliação e modernização de refinarias, os robôs e veículos teleoperados para trabalhos submarinos, catalisadores, motores, embarcações especiais, sistemas de ancoragem e muitas outras inovações. Atualmente, a estratégia de desenvolvimento tecnológico da Petrobras aponta para quatro prioridades do Cenpes: aumento da capacitação tecnológica para a produção em águas profundas e ultraprofundas; o aumento da recuperação de petróleo das jazidas; novas tecnologias de refino para adequar a produção de derivados tanto aos petróleos disponíveis no país quanto às características de seu consumo; e tecnologias alternativas para transporte de gás natural e desenvolvimento de energias renováveis. Disponível em: http://www2.petrobras.com.br/portugues/ads/ads_Tecnologia.html. último acesso: 04/janeiro.

dade por fontes energéticas limpas²⁴, pois causam menos impactos ambientais, podem ser produzidas por período indeterminado e, conseqüentemente, as reservas fósseis duram mais.

Uma das fontes alternativas à produção petroquímica é a utilização do gás natural veicular, na qual carros são alimentados pelo gás proveniente dos mesmos poços petrolíferos. Infelizmente, o gás natural também é fonte não renovável, ou seja, existe um sentimento de que um dia irá acabar.

A segunda alternativa ao problema dos combustíveis fósseis em geral é a biomassa. Aqui se busca uma fonte energética sustentável, renovável e com bom desempenho.

5. Os impactos do Etanol na Economia e no Ambiente Brasileiro

5.1 Breve histórico da indústria sucroalcooleira no Brasil

Planta originária do pacífico sul, a cana-de-açúcar chegou ao Brasil no período colonial trazida pelos portugueses em 1520. Introduzida na região nordeste, mais especificamente nos Estados de Pernambuco e Bahia, a cana foi logo se disseminando por toda a costa nordestina, com a finalidade de resguardo da terra e de exportação para a Europa.

Pode-se dizer que o cultivo da cana-de-açúcar foi um dos principais responsáveis pelo desenvolvimento da região, uma vez que o clima tropical nordestino é ideal para a cultura.

Com o crescimento da exportação da cana para a Europa, estradas tiveram que ser construídas para facilitar o escoamento da produção, que já se alargava pela região. Dessa forma, contribuindo para a colonização do espaço e para o surgimento de cidades.

O período de desenvolvimento da cultura agrícola coincidiu com a alta nos preços do açúcar na Europa, foi então que, fatores geoclimáticos favoráveis ao benefício da cana, favoreceram oferta do produto para outros mercados.

O cultivo da cana teve papel importante na reorganização do espaço geopolítico nacional, pois algumas áreas ficaram marcadas pela produção de café, outra pelo cultivo da cana-de-açúcar e outras pela criação de gado.

Outro fator marcante no desenvolvimento e comércio da cana-de-açúcar brasileira é a concorrência gerada pelo açúcar de beterraba, produzido na Europa. O novo concorrente trouxe prejuízos à cultura brasileira, pois o desenvolvimento e a infra-estrutura das fazendas produtoras de cana eram precários, levando, por consequência, ao não cumprimento dos prazos de entrega do produto, em virtude da falta de estradas, gerando a primeira crise no setor.

Com os adventos provenientes da falta de infra-estrutura, o Banco Imperial Português fora obrigado a intervir no mercado por meio de empréstimos aos agricultores.

Em 1930, a cultura da cana-de-açúcar passou por outro período de concorrência, só que, dessa vez contra a cultura do café no sudeste brasileiro. A cultura da cana tentava se expandir para o sul ao mesmo tempo em que a cultura do café tenta buscar espaço no norte. O resultado da disputa é a intromissão governamental impondo barreiras à instalação de novas usinas e ao plantio da cana-de-açúcar.

O impasse político vem a ser resolvido anos mais tarde com o advento da Segunda Guerra Mundial, na qual a mobilidade via costa marítima, responsável pelo escoamento da produção

²⁴ “Mais tarde, já com os problemas ambientais e do clima em perspectiva, começou a utilizar-se a expressão *energias limpas* ou *energias alternativas*, querendo com esta última expressão indicar que estaríamos à procura de energias alternativas às fontes convencionais, quer por serem menos poluentes, quer por garantirem melhor a segurança no abastecimento, o que desde logo indicava estarmos perante uma categoria não inteiramente coincidente com a primeira. Com efeito, a biomassa era entendida como uma energia limpa, mas não podia em rigor qualificar-se como alternativa, pois a sua utilização vinha desde tempos ancestrais, o mesmo sucedendo com a energia hidroelétrica. Deste modo, o que os autores queriam na verdade era encontrar “*novas energias*” que cumprissem aqueles dois objetivos: constituíssem uma alternativa ao petróleo, ao carvão e ao gás natural (energias finitas) e simultaneamente produzissem impactos ambientais menos significantes do que o carvão e a grande hidroelétrica.” Suzana Tavares da Silva em Sumários desenvolvidos de Direito de Energia. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado 2010/2011. Coimbra. Pág. 79 e 80.

canavieira, tornou-se mais difícil, o que forçou o governo brasileiro a liberar a instalação de usinas no sudeste do país, contribuindo para a disseminação da cultura.

Em mesma via, surge o PRÓALCOOL (Programa de Incentivo a Produção de Álcool) que instiga o setor empresarial a retomar a atividade econômica de forma mais estimulada.

5.2 O Potencial do Etanol

Os biocombustíveis²⁵ chegam para atender as necessidades mundiais pela busca de fontes alternativas ao combustível fóssil, o governo brasileiro investe acentuadamente no desenvolvimento de fontes energéticas alternativas, entre elas o Etanol, popularmente conhecido por álcool combustível.

As usinas de álcool brasileiras, tradicionalmente identificadas por panorama de atraso, é hoje um exemplo de investimento e desenvolvimento econômico-social para o Brasil e, estão no centro da mudança de paradigma energético que envolve todo o planeta.

Os investimentos feitos no setor, antes feitos por parte do Governo Federal, hoje ganharam mais liberdade e atenção da iniciativa privada, pois se descobriu que o investimento em fontes alternativas gera vantagens econômicas diretas, ambientais e sociais antes desconhecidas.

Assim, com o despertar da sociedade para o fim dos recursos naturais não renováveis (fósseis), surge à corrida alternativa para ver quem se antecipa na busca pela melhor fonte energética renovável.

Neste sentido, o Brasil antecipou-se em quase 70 anos ao descobrir as vantagens da cana-de-açúcar para a produção de combustível e posteriormente para a produção de energia elétrica,²⁶ matéria a ser tratada nos impactos positivos da cultura.

O etanol surge como um clássico exemplo de sustentabilidade, pois, no decorrer da produção do biocombustível, podemos constatar as várias utilidades que a cana-de-açúcar tem para a sociedade. Seja na produção de termoenergia, ou na produção de combustível automotor, ou ainda na captura de CO₂ da atmosfera.

Por fim, é natural que todas as fontes de energia possuam seus efeitos colaterais, mas devemos analisar a estrutura em seu âmbito geral. Seja nos aspectos positivos, seja nos negativos, a fim de calcular seu custo-benefício como forma de encontrar uma saída sustentável.

5.3 O desenvolvimento da matriz energética etanol e seus efeitos na economia e no meio ambiente brasileiro

5.3.1 Os impactos positivos do etanol

A emissão de CO₂ proveniente da queima de combustível fóssil é, sem dúvida, um dos maiores problemas enfrentados pelo meio ambiente. E o Etanol tem sido visto como uma fonte alternativa de energia que pode ajudar a reduzir a quantidade dos gases responsáveis pelo efeito estufa.

²⁵ “Biocombustível é qualquer combustível originado de espécies vegetais – isto é, que tem origem biológica, desde que não tenha passado por processo de fossilização. De acordo com a definição técnica da Lei 9.478 de 06 de Agosto de 1997, biocombustível é todo combustível derivado de biomassa renovável para uso de motores de combustão interna: ou, conforme regulamento, para outro tipo de geração de energia, que possa substituir total ou parcialmente, combustíveis de origem fóssil”. MMA. Ministério do Meio Ambiente. Secretaria de mudanças climáticas e qualidade ambiental. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/sitio/index.php?ido=conteudo.monta&idEstrutura=164&idConteudo=7448>. Último acesso: 05/janeiro.

²⁶ “Uma tonelada de cana-de-açúcar contém energia primária equivalente à energia presente em 1,2 barris de petróleo. Deste potencial energético, a sacarose a partir da qual se produz o álcool possui apenas 1/3 da energia da cana, os outros 2/3 estão contidos no bagaço e na palha. Logo, nota-se o imenso potencial para a geração de eletricidade a partir da biomassa da cana-de-açúcar.” Nivalde José de Castro; Guilherme de A. Dantas; André Luiz da Silva Leite e Roberto Bradão. *Bioeletricidade e a indústria de álcool e açúcar: possibilidades e limites*. Rio de Janeiro, Ed. Synergia, 2008. p. 50.

Segundo Sabino Ometto,²⁷ “o etanol é praticamente neutro nas emissões de CO₂”, tal fator contribui para o incentivo governamental ao desenvolvimento do biocombustível para mover os veículos. Sabemos que um dos grande responsáveis pela poluição nas grandes cidades é a queima da gasolina pelos automóveis.

Outro aspecto que contribui para o progresso da tecnologia dos biocombustíveis é a disponibilidade do recurso no ambiente e sua infinitude. Identificamos o uso do etanol como fator positivo frente ao combustível tradicional que vem ultrapassando problemas de ordem econômica e política, por meio da especulação quanto ao seu fim.

A cana-de-açúcar é fonte renovável, possuindo até dois ciclos de produção em um mesmo ano. Ao observar a situação brasileira, notamos que o mesmo se encontra em posição confortável devido as grandes extensões de terra produtível e ao aproveitamento da matéria-prima.

Identificamos que a cultura da cana-de-açúcar pode ser aproveitada, ainda, na produção de termoenergia. Essa conversão se dá por meio do aproveitamento do bagaço da cana nas caldeiras das usinas, sendo transformado em energia elétrica e, podendo até mesmo ser vendida para o Estado, que irá aproveitá-la nas cidades. Essa venda de energia promovida pelos canavieiros ao Estado é denominado de “leilão de energia”.²⁸

A cana-de-açúcar se trata de uma cultura agrícola que dispensa o uso indiscriminado de tóxicos, pois se serve dos elementos contidos em sua própria composição²⁹ para criar defensivos agrícolas naturais, evitando assim problemas ambientais de poluição dos rios ou águas subterrâneas.

Em termos sociais, as usinas de cultivo da cana necessitam de extensa mão-de-obra para a execução de seus serviços. Para Carvalho Macedo e Horta Nogueira, “a geração de empregos agrícolas e industriais tem sido um dos pontos forte da indústria da cana”³⁰ chegando, até mesmo, a reverter o processo do êxodo rural e devolvendo os cidadãos ao campo.

Entendemos que a produção e o cultivo da cana atua como pivô no desenvolvimento das partes mais afastadas da cidade. Primeiro por que as usinas de cana encontram-se em locais afastados das zonas urbanas devido às grandes extensões de terra, segundo por que é atrativo para aqueles que não conseguiam se encaixar na mão-de-obra urbana, forçando-os a retornar ao campo e contribuir para sua ocupação.

Por fim, observamos a comodidade que o consumidor tem ao poder escolher o combustível que irá usar em seu veículo. Dessa forma, poderá este optar pelo uso de um combustível mais limpo, mais econômico e mais barato.

Esses são alguns fatores econômicos e ambientais que contribuem para o incentivo e para a regulamentação do uso do etanol ao ponto de poder concorrer com a gasolina, derivado do petróleo e poluente.

5.3.2 Os impactos negativos do etanol

É natural que uma cultura com a dimensão da cana-de-açúcar no Brasil provoque alguns impactos negativos. Contudo, é dever do Estado em conjunto com a sociedade observar as vantagens e os prejuízos a fim de decidir sobre seu futuro.

²⁷ João Guilherme Sabino Ometto. *O álcool combustível e o desenvolvimento sustentado*. São Paulo, PIC, 1998. p. 98 e 99.

²⁸ “trata-se do leilão de contratação de energia de reserva, regulamentado pelo Decreto 6.353/08, cuja primeira edição será reaúalizada este mês. O Decreto define energia de reserva como a destinada a aumentar do Sistema Interligado Nacional (SIN) a partir de energia proveniente das usinas especialmente contratadas para este fim.” Em: Nivalde José de Castro e Guilherme de A Dantas e André Luiz da Silva Leite; Roberto Bradão. *Bioeletricidade e a indústria de... cit.*, p. 55 e seguintes.

²⁹ “nos últimos anos, experimentos de produção de cana sem, herbicidas, pesticidas e fertilizantes minerais, devidamente certificados, têm sido conduzido em grande escala.” Em: Isaías de Carvalho Macedo e Luiz Augusto Horta Nogueira. *Avaliação da expansão da produção de etanol no Brasil*. Brasília, Centro de gestão de Estudos Estratégicos, 2004. p. 27.

³⁰ Os Autores apontam para o fato de o programa do etanol ter ajudado a reverter a realidade da migração no Brasil, contribuindo para melhorar a realidade de vida nas cidades. Em: Isaías de Carvalho Macedo e Luiz Augusto Horta Nogueira. *Avaliação da... cit.*, p. 28 e 29.

O primeiro e principal fator, ao nosso ver, se trata da monocultura. Entendemos como prejudicial, do ponto de vista científico e econômico, pois, em casos de grande proporção, como no Brasil, se não existir um plano de exploração eficaz, a monocultura poderá vir a limitar o desenvolvimento de novas fontes, ou ainda a congelar culturas pré-adotadas. Acabando assim, por limitar os conhecimentos científico e condicionar o país a uma única fonte de renda.

Caminhando ao lado da monocultura, a grande concentração de terras nas mãos de uma minoria, popularmente conhecidos como latifúndios, é outro fator que desperta temor na sociedade brasileira.

Nota-se que a grande luta nacional pela reforma agrária esbarra no domínio, em especial no nordeste brasileiro, nas grandes fazendas responsáveis pelo desenvolvimento da cana-de-açúcar. A vertente latifundiária, ao nosso ver, acaba por prejudicar a democracia no uso da terra.

Em um segundo momento, destacamos o problema da mão-de-obra na colheita da cana. Nota-se que as delegacias do trabalho recebem constantes queixas de maus tratos ou outros crimes trabalhistas associados à colheita da própria cana. O controle das condições de trabalho, pelos órgãos públicos competentes, tem sido bastante dificultado tanto pelo poder político pertencente aos senhores usineiros como pela extensão dos canaviais.

Em âmbito internacional, líderes políticos mundiais atribuíram a última crise dos alimentos ao crescimento acelerado da produção da cana. Ao nosso ver, tais acusações não passaram de um mero jogo político para desestabilizar o mercado agrícola brasileiro. Apesar de nosso pensamento não se coadunar com essa corrente, tratamos do assunto neste tópico a título informativo.

Ora, sabemos que a última crise fora atribuída ao conjunto de fatores e não à um único fato isolado (produção canavieira). Os produtores agrícolas mundiais não estavam preparados para atender ao mercado crescente da Índia e da China, responsável por boa parte do consumo mundial. Dessa forma, o crescimento da produção agrícola não acompanhou os inacreditáveis índices de crescimento econômico e demográfico obtidos pelas potências emergentes.

Outro fator que entendemos contribuir para a questão dos alimentos no mundo diz respeito a um meio ambiente equilibrado. É que, nos anos que se passaram, as mudanças climáticas prejudicaram o desempenho do cultivo de alimentos, contribuindo sensivelmente para o problema no abastecimento dos mesmos. Assim, não se pode atribuir a falta de alimentos a apenas um único fator, como bem aponta o Ex-Presidente brasileiro Luiz Inácio Lula da Silva.³¹

6. A Tutela Jurídica do Etanol no Brasil

6.1 A posição dos biocombustíveis na Política Energética Nacional

É crescente no Brasil o relevo dado aos biocombustíveis, que são destacados como grande alternativa para a substituição dos combustíveis de origem fóssil. Isto se dá ao fato de termos a disposição grandes áreas propícia ao cultivo dessas biomassas, além de mão-de-obra e tecnologia adequada.

A busca por fontes alternativas de energia ganha destaque na política energética nacional, no entanto, é fundamental analisar se essas políticas públicas estão sendo implementadas considerando, além dos aspectos econômicos, as questões ambientais e sociais. É que mesmo energias renováveis são passíveis de gerar danos ao ambiente.

³¹ “esse comportamento não é neutro, nem desinteressado. Vejo com indignação que muitos dos dedos apontados contra a energia limpa dos biocombustíveis estão sujos de óleo e de carvão. Vejo com desolação que muitos dos que responsabilizam o etanol – inclusive o etanol da cana-de-açúcar – pelo alto preço dos alimentos, são os mesmos que há décadas matêm políticas protecionistas, em prejuízo dos agricultores dos países mais pobres e dos consumidores de todo o mundo.” Palavras do Presidente Brasileiro Lula da Silva, em defesa do etanol, ao rebater as críticas na Conferência sobre a Segurança Alimentar em Roma, Itália.

A teor dos dispositivos legais brasileiros³², biocombustível é o “combustível derivado de biomassa renovável para uso em motores a combustão interna ou, conforme regulamento, para outro tipo de geração de energia, que possa substituir parcial ou totalmente combustíveis de origem fóssil”.

Denota de 1997 a compilação jurídica brasileira melhor estruturada em matéria energética. Com o advento da Lei 9.478/97 instituiu-se o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, além de dispor sobre a Política Energética Nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo.

Dentre os objetivos da nova política energética nacional destacava-se o uso racional das fontes de energia, garantindo o fornecimento de derivados do petróleo em todo o território nacional, promovendo assim o desenvolvimento. Percebam que o enfoque principal da lei era o setor de gás natural e petróleo, notadamente com a criação da Agência Nacional do Petróleo.

Neste mesmo contexto, coaduna-se com a dita norma jurídica a Emenda Constitucional nº 09/95. Esta emenda quebrava o monopólio da União no que tange às atividades decorrentes da indústria do petróleo.

Entretanto, apesar do norte principal desta lei ter sido os combustíveis fósseis, ela não deixou de fazer menção a possibilidade de exploração de outros tipos de matrizes energéticas. Vejamos o Art 1º, IV e VIII:

Lei nº 9.478/97

“Art. 1º As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos:

(...)

IV - proteger o meio ambiente e promover a conservação de energia;

(...)

VIII - utilizar fontes alternativas de energia, mediante o aproveitamento econômico dos insumos disponíveis e das tecnologias aplicáveis;”

“Art. 2º

(...)

III - rever periodicamente as matrizes energéticas aplicadas às diversas regiões do País, considerando as fontes convencionais e alternativas e as tecnologias disponíveis;”

No entanto, apesar de ventilar a possibilidade de se fazer uso de matrizes energéticas alternativas, somente com a edição da Medida Provisória nº 214/04, convertida na Lei nº 11.097/05, tratou-se da introdução dos biocombustíveis, notadamente o biodiesel, na matriz energética brasileira.

É sintomática a mudança de nome da antiga Agência Nacional do Petróleo para Agência Nacional do Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis. Passa a ser objetivo da política nacional de energia “incrementar, em bases econômicas, sociais e ambientais, a participação dos biocombustíveis na matriz energética nacional”³³.

Quanto ao álcool, a Lei nº 9.478/97, bem como a lei nº 11.097/05, não fizeram expressa referência sobre o tema, todavia existem normas, antigas e esparsas, que disciplinam essa matéria. Dentre elas, surge como marco na regulação jurídica do Etanol o Decreto nº 76.593/75 que criou o programa nacional do álcool (Proalcool).

³² Art. 6º, XXIV, da Lei 9.478/97, que teve seu texto alterado pela Lei nº 11.097/05. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm último acesso em 15/dezembro

³³ Art. 1º, XII, da Lei 9.478/97, que teve seu texto alterado pela Lei nº 11.097/05. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm último acesso em 15/dezembro

6.2 O programa nacional de incentivo ao Etanol: PROALCOOL

Em matéria de álcool combustível, as primeiras legislações remontam a década de 30. O Decreto nº 19.717/31 determinou a adição de 5% (cinco por cento) de álcool anidro nacional a gasolina importada é o primeiro normativo que faz expressa referência a matéria. Contudo, apesar dos esforços da época, inclusive com incentivos fiscais na fabricação do álcool combustível (Lei 700/37), não conseguiu-se atingir o seu uso em escala comercial.

Sendo assim, anos mais tarde, por força do Decreto nº 76.593/75, o governo brasileiro lançou o Programa nacional de incentivo ao Álcool, que ficou conhecido por PROÁLCOOL,³⁴ criado para dar condições ao setor sucroalcooleiro nacional se tornar, três décadas mais tarde, um dos mais modernos produtores de combustível a partir da cana-de-açúcar. A ação repercutiu de forma significativa na economia e no meio ambiente.

O objetivo principal era “estimular a expansão da oferta de matérias-primas, com especial ênfase no aumento da produtividade agrícola, da modernização e ampliação das destilarias existentes e da instalação de novas unidades produtoras, anexas a usinas ou autônomas, e de unidades armazenadoras”³⁵.

A introdução no mercado da mistura na gasolina ao álcool era o objetivo principal. Buscava-se o desenvolvimento de veículos movidos exclusivamente a etanol como alternativa à crise energética.

Nota-se que, o biocombustível teve de cumprir todo um ciclo de desenvolvimento composto por quatro fases distintas de produção, inclusão e uso em larga escala, posteriormente atingindo o mercado exterior.

A primeira fase foi marcada pela crise do petróleo de 1973, no mesmo período que ocorreu à queda do preço do açúcar no mercado internacional, que comprometeu toda a classe de produção sucroalcooleira. Dessa forma, o Governo, ao confrontar-se com o problema, decidiu tomar medidas de incentivo ao aumento da produção de etanol por meio da inclusão da mistura da bioenergia à gasolina. O objetivo governamental era ressuscitar o parque industrial sucroalcooleiro e garantir a independência frente ao combustível fóssil.

A fase seguinte começa com a segunda grande crise no setor petrolífero, ocorrida entre 1977 e 1989, quando os preços da *commodity* internacional, mais uma vez, dispararam no mercado mundial em virtude do conflito armado entre Irã e Iraque.³⁶ Dado período, o PRO-ÁLCOOL atingiu seus anos dourados após uma série de medidas de incentivos adotadas pelo Governo Federal, abrangendo desde o produtor até seu consumidor final, e visando à diminuição da dependência do petróleo na época.

Dentre tais medidas destacam-se: o Decreto nº 80.762/77, que estabelecia medidas de distribuição de álcool às empresas distribuidoras de petróleo; o Decreto nº 82.476/78, que criou normas de escoamento e comercialização do álcool; o decreto nº 83.700/79, que criou o Conselho nacional do Álcool; o Decreto nº 84.575/80, que incluía bancos como agentes financeiros do programa. O objetivo principal de todas essas medidas era reduzir a importação de petróleo e equilibrar a balança comercial.

Contudo, a década de 80 foi marcada pela redução do preço do petróleo após o fim dos conflitos armados, aliada a recuperação da cotação do mercado de açúcar. Fatores que

³⁴ “Com a deterioração do balanço de pagamentos e aumento da inflação, causados pelo preço elevado do petróleo, o Brasil, que importava 80% das suas necessidades, se viu obrigado a buscar formas alternativas renováveis de combustível. Dentre os vários programas propostos o que obteve maior êxito foi o Programa Nacional do Álcool (PROÁLCOOL), lançado em 1975, que visava a produção de álcool anidro de cana-de-açúcar, em destilarias anexas as usinas, para ser adicionada à gasolina”. XLVI Congresso da Sociedade Brasileira de Econômica, Administração e Sociologia Rural. Disponível em: <http://www.sober.org.br/palestra/9/574.pdf>. último acesso em: 16/dezembro.

³⁵ Art. 2º do Decreto 76.593/75. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=123069> Último acesso em 16/dezembro.

³⁶ Nota-se que o conflito armado envolvendo as duas potências produtoras de petróleo representou grandes problemas na produção petrolífera. Dessa forma, prejudicou a distribuição do produto no mundo. Outro agravante foi a especulação no mercado que contribuiu para a tensão no mercado, provocando assim do disparar dos preços.

levaram ao desinteresse na produção, e, posteriormente, à falta do álcool nas bombas de combustível, o que abalou gravemente a confiabilidade do consumidor que optou ou optaria pela nova tecnologia do carro exclusivamente movido a álcool.

A terceira fase,³⁷ entre 1989 e 2000, foi marcada pelo desmonte do conjunto de incentivos econômicos oferecidos pelo governo ao programa de incentivo. Em 1990, foi extinto o Instituto do Açúcar e do Alcool (IAA), que regulou o mercado brasileiro sucroalcooleiro durante quase seis décadas. Além disso, com o fim dos subsídios, o uso do álcool combustível enfrentou uma grande retração.

Outro fato jurídico interessante e decisivo no processo de solidificação do álcool etílico como fonte alternativa de energia, foi a necessidade de redução da emissão de gases poluentes por veículos automotores como parte integrante da política nacional do meio-ambiente³⁸.

Essa diretiva culminou com a edição da Lei nº 8.723/93 que, por decisão governamental, estabeleceu a mistura obrigatória de 22% de álcool em toda a gasolina distribuída para revenda nos postos de combustível. Tem-se essa medida como a principal responsável pela manutenção da produção de álcool naquele período.

Na prática, a diretiva governamental gerou uma expansão de mercado para o álcool que vigora até o presente, com o percentual sendo fixado pelo Conselho Interministerial do Açúcar e do Alcool e podendo variar dentro da faixa de 20% a 25%.

Por fim, a quarta fase, que vai de 2000 até os dias atuais, iniciou-se com a revitalização do álcool combustível, sendo marcada pela criação do Conselho Interministerial do Açúcar e do Alcool (Decreto nº 3.546/00), pela liberalização dos preços dos produtos setoriais em 2002, pela introdução dos veículos flexfuel em 2003, pelas possibilidades de aumento nas exportações de etanol e pelos elevados preços do petróleo no mercado mundial.

Nessa fase, a dinâmica do setor sucro-alcooleiro passou a depender muito mais dos mecanismos de mercado, em especial do mercado externo, do que do impulso governamental.

Outro fator que entendemos ter dado crédito ao ressurgimento do comércio do álcool combustível foi o surgimento dos carros flexíveis. Antigamente, como já nos referimos, os carros exclusivamente a álcool geraram certos transtornos aos seus proprietários devido à instabilidade do mercado. Hoje, o Brasil detém a tecnologia flexível, ou seja, caso o programa do álcool venha a sofrer uma crise, os proprietários poderão optar, imediatamente, por outro combustível, não passando mais por esse problema.

O setor realizou investimentos, expandiu a produção, modernizou-se tecnologicamente e, hoje, o etanol de cana-de-açúcar é produzido no Brasil de modo eficiente e a preços competitivos nacional e internacionalmente.

Soma-se a isso tudo a conjuntura mundial na busca por matrizes energéticas sustentáveis, uma vez que o álcool, além de ser renovável, é muito menos poluidor que o petróleo.

Nesse contexto, tem-se clara a influência da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a mudança do clima, uma vez que os biocombustíveis se mostram como produto eficaz no combate a redução de emissão de gases causadores do efeito estufa.

7. Conclusão

Em vias de conclusão, podemos constatar que a proteção ambiental é dependente direta das políticas econômicas adotadas pelo Estado. Também podemos observar que o conhecimento científico é o melhor caminho para a gestão dos recursos naturais de forma eficaz.

³⁷ Buscar maiores informações em: <http://www.sober.org.br/palestra/9/574.pdf> último acesso em 16/dezembro.

³⁸ O art. 1º da Lei nº 8.723/93 dispõe que “Como parte integrante da Política Nacional de Meio Ambiente, os fabricantes de motores e veículos automotores e os fabricantes de combustíveis ficam obrigados a tomar as providências necessárias para reduzir os níveis de emissão de monóxido de carbono, óxido de nitrogênio, hidrocarbonetos, álcoois, aldeídos, fuligem, material particulado e outros compostos poluentes nos veículos comercializados no País, enquadrando-se aos limites fixados nesta lei e respeitando, ainda, os prazos nela estabelecidos”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8723.htm> Último acesso em 16/dezembro.

Quanto ao petróleo, sabemos que o mesmo não irá se acabar do dia para a noite. O processo de extinção levará tempo, todavia, é dever da sociedade científica se preparar, ainda que gradativamente, para substituir esse recurso não renovável.

Além do mais, ainda que infinito fosse, os danos causados pela queima dos combustíveis fósseis, e consequente emissão de CO₂ na atmosfera, são insustentáveis. As tragédias advindas das mudanças climáticas recentes faz com que o mundo entre em alerta e tenha urgência em encontrar meios alternativos de energia menos danosos.

O etanol, como uma fonte de energia limpa, é uma boa alternativa para a substituição do petróleo. O biocombustível agrega vantagens ímpares que despertarão o desejo mundial, quer seja pela sua eficiência energética, quer seja pela sua sustentabilidade.

Em termos ambientais, observamos que as vantagens do uso do etanol superam, de longe, seus pontos negativo. Logo, um combustível que emite menos CO₂ e ainda tem a capacidade de capturar o mesmo CO₂ da atmosfera, por intermédio do seu cultivo, apresenta-se como um “*ÁS*” para a proteção do clima, da saúde e do meio-ambiente.

Todavia, sendo o Brasil um dos pioneiros no incentivo dessa matriz energética, temos a responsabilidade de desenvolvê-la pautada em preceitos jurídicos-normativo que garantam o crescimento econômico nacional nos padrões da sócio-economia e da sustentabilidade ambiental.

Até então, a regulação jurídica sobre o etanol continua antiga e esparsa, de tal forma que não se amolda perfeitamente ao momento atual. Na busca pelo rótulo de grande potência energética, precisaremos, além de boas idéias, de um regime jurídico consolidado, que dê segurança no abastecimento de energia a esse mercado em expansão, qual seja o das renováveis.

O Estado deve atuar como incentivador, como um parceiro do setor privado, jamais querendo ser protagonista nessa renovação energética. Cabe ao Estado fazer políticas públicas de incentivo, bem como a tutela jurídica do setor.

Apesar de iniciante na tutela jurídica dos biocombustíveis, entendemos que o Brasil pode ocupar um papel de protagonista mundial no que tange a exploração de fontes alternativas de energia, respaldada pela sua biodiversidade, pela sua extensão territorial e pela sua diversidade climática. O investimento no Etanol, e em outros biocombustíveis, como o biodiesel, são imprescindíveis à preservação ambiental e econômica, brasileira e mundial.

Palavras-chave: Etanol; biocombustíveis; fontes de energia renovável; externalidades ambientais; política energética.

Caio de Oliveira Cavalcanti

Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Bibliografia

- ALVES, Alaôr Caffê; JR. Arlindo Phillipi. *Curso Interdisciplinar de Direito Ambiental*. São Paulo, Editora Manole, 2005.
- ANDRADE, João Sousa. *Introdução à Economia*. Coimbra, Minerva, 1998.
- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. Coimbra, Almedina, 2002.
- _____. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios*. O Problema Econômico do Nível Ótimo de Apropriação. Coimbra, Almedina, 2008.
- CASTRO, Nivalde José de; DANTAS, Guilherme de A.; LEITE, André Luiz da Silva; BRANDÃO, Roberto. *Bioeletricidade e a Indústria de Álcool e Açúcar: Possibilidades e Limites*. Rio de Janeiro, Ed. Synergia, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. 4^a Edição. São Paulo, Saraiva, 2003.
- GOMES, Carla Amado. *Textos Dispersos de Direito do Ambiente (e matérias relacionadas)*. II Volume. Lisboa, AAFDL, 2008.
- HOPKINS, Michael. *CSR, Os Negócios, As Nações Unidas e o Desenvolvimento; Sustentabilidade, Competitividade e Equidade Ambiental e Social/ Coord. Sofia Santos, Rita Almeida Dias*. Ed. Coimbra, Almedina, 2008.
- LOPEZ, Philippe Sébille. *Geopolítica do Petróleo*. Lisboa, Ed. Instituto Piaget, 2006.

MACEDO, Isaías de Carvalho; NOGUEIRA, Luiz Augusto Horta. *Avaliação da Expensão da Produção de Etanol no Brasil*. Brasília, Centro de gestão de Estudos Estratégicos, 2004.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à Economia*; Tradução Allan Vidigal Hasting. São Paulo, Pioneira Thompson Learning, 2005.

MOURA, Luiz Antônio Abdalla de. *Economia Ambiental. Gestão de custos e investimentos*. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2006.

NDIAYE, P. *L'empire des Rockefeller In*, Histoire n.º 279 Septembre 2003.

OMETTO, João Guilherme Sabino. *O Álcool Combustível e o Desenvolvimento Sustentado*. São Paulo, PIC, 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

NUDESCO, Fábio. *Curso de Economia, Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo, RT Editora, 2000.

SILVA, Suzana Tavares da. Sumários desenvolvidos de Direito de Energia. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestrado 2010/2011.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Econômico Ambiental*. Belo Horizonte, Ed. Delrey, 2004.

Bibliografia eletrônica

ANP. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e biocombustível. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/biocombustiveis/alcool.asp#etilico>. Último acesso em: 18/dezembro.

BRASIL. Art. 6º, XXIV, da Lei 9.478/97. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9478.htm último acesso em 15/dezembro.

_____. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8723.htm> ultimo acesso em: 16/dezembro.

_____. Art. 2º do Decreto 76.593/75. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=123069> ultimo acesso em: 16/dezembro.

XLVI Congresso da Sociedade Brasileira de Econômica, Administração e Sociologia Rural. Disponível em: <http://www.sober.org.br/palestra/9/574.pdf>. ultimo acesso em: 16/dezembro.

Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Rio 92 em seu princípio 16º. Disponível em: http://www.vitaecivilis.org.br/anexos/Declaracao_rio92.pdf ultimo acesso em: 04/janeiro.

EMBRAPA. Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária. Disponível em: <http://www.embrapa.br/embrapa/imprensa/artigos/2006/artigo.2006-03-28.5134771600>. ultimo acesso em: 13/dezembro.

MME. Ministério das Minas e Energia. Legislação. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/site/legislation/detail.do?areald=104&legislationTypeld=o&channelld=39>. Último acesso em: 05/janeiro.

PETROBRAS. Empresa Brasileira de Petróleo. Disponível em: http://www2.petrobras.com.br/portugues/ads/ads_Tecnologia.html último acesso: 04/janeiro.

SALVADOR, Regina; MARQUES, Bruno Pereira. Geopolítica do Petróleo: De Estrabão à(s) Guerra (s) do Iraque. Disponível em: <http://rsalvador.planetaclix.pt/geopoliticadopetroleo.pdf>. Último acesso em: 21/dezembro.

TIETENBERG, Tom. *Environmental and natural resource economics; Meadows all*. Disponível em: <http://www.eps.ufsc.br/disserta99/soraya/cap3.htm> acesso em 03/janeiro

UNICA. União da Agroindústria Canavieira de São Paulo. Disponível em: www.portalunica.com.br Último acesso em: 22/dezembro.

*RevCED*ÖUA

Jurisprudência

“Novas Soluções para Velhos Problemas”

Anotação ao Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, Secção de Contencioso Administrativo (2.º Juízo), de 14 de Dezembro de 2011, proferido no processo 08186/11, relator Paulo Pereira Gouveia

Acordam, em conferência, na Secção do Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul:

I.RELATÓRIO

O PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CASCAIS intentou no TAC de Sintra um processo contra A..., pedindo o **suprimento de consentimento ao abrigo do disposto nos arts 106º e 107º do DL nº 555/99 de 16.12, na redacção dada pelo DL nº 26/2010 de 30.3(1), e no art. 34º nº 2 da Constituição da República Portuguesa.**(2)

Por decisão de 3-8-11, o referido tribunal julgou o pedido PROCEDENTE.

Inconformado, vem o requerido recorrer para este T.C.A.-Sul, tendo formulado as seguintes CONCLUSÕES: 1. Há preterição de formalidade essencial, pois não foi dado até ao seu termo o prazo para o recorrente/requerido poder apresentar nova contestação, a contar da notificação do despacho de fls. 116. 2. É, nesta medida a sentença recorrida nula, por não ter sido respeitado o princípio do contraditório. 3. O recorrente nunca pôs em causa a competência dos tribunais administrativos mas sim o expediente/forma utilizada pelo recorrido. 4. A forma suprimento de consentimento é especial e exclusiva do direito processual civil e, consequentemente, inexistente e nula no direito processual administrativo. 5. O recorrido omitiu na petição inicial a forma e/ ou espécie de processo pretendida. 6. Essa omissão obriga a que em primeira linha a secretaria recuse a petição e, em segunda linha, o (a) Senhor(a) Juiz(a) a indefira oficiosamente. 7. É assim a PI inepta e, consequentemente, nula. 8. Pelo que nunca o pedido poderia proceder. 9. Foram, deste modo, violadas as disposições conjugadas dos artºs. 3º, 1 e 201º, 1, ambos do CPC, dos artºs. 35º, 2, 78º 2, al. j) e 80º, 1, al. c), todos do CPTA, art. 474º, al. d) do CPC, “ex vi” do artº. 42º CPTA, e 27º, n 1, al. f) do CPTA, devendo os mesmos dispositivos legais ter sido aplicados com a interpretação que resulta das presentes alegações e conclusões. 10. Nestes termos, deve a sentença recorrida ser declarada nula e, consequentemente, revogada e, quanto muito, sem conceder, substituída por decisão que ordene a baixa dos autos com concessão de novo prazo para contestação, dando procedência ao recurso.

Foram apresentadas CONTRA-ALEGAÇÕES:

1. A invocação da preterição de formalidade essencial é uma pura manobra dilatória por parte do recorrente para atrasar o pedido de suprimento judicial.
2. Não existe qualquer violação do princípio do contraditório por impossibilidade de consulta ao processo instrutor, porque não está em causa a impugnação de nenhum acto de demolição em si ou o procedimento onde aquele correu (processo de demolição, processo instrutor);
3. O que apenas se discute neste tipo de pretensão judicial (suprimento judicial) é uma restrição à inviolabilidade de domicílio que se encontra sob reserva de decisão judicial. Artigo 34º nº 2 da CRP;
4. Isto é, a entrada no domicílio do requerido mediante autorização judicial.
5. Pelo que não é obrigatória a junção de qualquer processo instrutor.
6. O recorrente, quando citado da PI do Pedido de Suprimento, recebeu os documentos que fundamentam o pedido de suprimento e nunca se opôs aos mesmos.
7. Esses documentos não são mais do que os documentos que constam do processo instrutor.
8. O que pretende o recorrente é através do processo de demolição (processo instrutor) vir por em causa a execução do acto de demolição já praticado há muito e com o qual o próprio se conformou.
9. É no TAF de Sintra que o requerimento para suprimento do consentimento nos termos do artigo 106º e 107º do RJUE deve ser apresentado pelo recorrido;
10. O que está subjacente ao requerimento para suprimento do consentimento é uma relação jurídica administrativa de tutela da legalidade urbanística.

11. Por relação jurídica administrativa deve entender-se as relações em que um dos sujeitos, pelo menos seja entidade pública ou uma entidade particular, no exercício de um poder público, actuando com vista à realização de um interesse público legalmente definido e fundado num regime de administração executiva em que Administração é dotada de poderes de autoridade para cumprimento das suas principais tarefas de interesse público.

12. Esta hoje assente na Constituição, artigo 65º nº 4, secundarizadas nas leis ordinárias que as matérias de ordenamento do território e do urbanismo são matérias de interesse público, mais concretamente de interesse público urbanístico.

13. Interesse público urbanístico apresenta-se como um interesse geral prosseguido pela Administração, quer na parte em que regula a ocupação, uso e transformação do espaço através de diplomas legais e de planos territoriais, quer na parte em que coordena, programa e controla a realização de operações urbanísticas, dando assim efectivo cumprimento aos princípios da boa, correcta e racional utilização do espaço, da adequada sustentabilidade ambiental e da justa ponderação de interesses sociais e económicos a ela inerentes.

14. Dispõe o artigo 212º nº 3 da Constituição (CRP) que “competem aos Tribunais Administrativos o julgamento de acções emergente de relações jurídico-administrativas”,

15. Semelhante disposição encontra no artigo 1º do nº 1 do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF) “Os tribunais da jurisdição administrativa e fiscal são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo nos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”.

*

O Exmº Representante do Ministério Público junto deste Tribunal foi notificado para, em defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, de interesses públicos especialmente relevantes ou de algum dos valores ou bens referidos no n.º 2 do artigo 9.º do CPTA, se pronunciar sobre o mérito do recurso (art. 146º nº 1 do CPTA).

*

Cumpra agora, após os demais trâmites legais, apreciar e decidir em conferência.

II. FUNDAMENTAÇÃO

II.1. OS FACTOS

A factualidade declarada provada pelo tribunal de 1ª instância foi a seguinte:

A) Em 4.11.2005 foi elaborada a participação nº 296/05, confirmando que o requerido estava a levar a efeito, sem que para tal possuísse a respectiva licença ou autorização administrativa, a *construção de um acrescento à cozinha, a tijolo e cimento, com placa, com cerca de 4 m2, na Rua de Viseu, nº 22, na Rebelva* – ver doc nº 1 junto com a petição inicial.

B) Em 14.9.2006 o Vereador da Câmara Municipal de Cascais proferiu decisão final no processo de demolição, com o teor seguinte:

(...) mantém-se a existência de uma obra que violou o disposto no art. 4º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, aprovado pelo DL nº 555/99, de 16.12.

Determino a demolição/ reposição da obra de construção de um acrescento à cozinha, a tijolo e cimento, com placa, com cerca de 4m2.

A demolição voluntária da obra tem que ser efectuada no prazo de 10 dias, após a notificação.

Decorrido o prazo para a conclusão dos trabalhos de demolição sem que a ordem se mostre cumprida, poderá ser ordenada a demolição da obra por conta do infractor, ordenando-se a tomada de posse administrativa do terreno para aí ser instalado o estaleiro de apoio – ver doc nº 3 junto com a petição inicial, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

C) A decisão foi notificada ao requerido através de edital nº 877, de 15.12.2006, afixado em 20.12.2006, cujo teor foi do perfeito conhecimento do requerido – ver docs nº 4 e 5 juntos com a petição inicial, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

D) Por despacho de 20.5.2010 foi determinada a posse administrativa, *(pelo prazo de 10 dias) do prédio onde se localiza a obra a demolir, construção de um acrescento à cozinha, a tijolo e cimento, com placa, com cerca de 4m2, por forma a facilitar a circulação dos trabalhadores durante os trabalhos de demolição, bem como dos equipamentos necessários à execução da mesma* – ver doc nº 6 junto com a petição inicial, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

E) Através do requerimento de 18.6.2010 e outros, anteriores, o requerido procurou, junto do Departamento do Urbanismo da Câmara Municipal de Cascais, legalizar a obra realizada – ver docs juntos aos autos.

F) O requerimento de legalização foi rejeitado, em 14.9.2010 – ver doc nº 7 junto com a petição inicial.

G) A 1.3.2011 os serviços do requerente, sobre a susceptibilidade de legalização da obra, verteram a informação seguinte:

1. *O pedido de legalização, processo 1073/2010 obteve despacho de rejeição do Sr. Presidente em 14.9.2010, nos termos da informação técnica de 2010.9.13 (...);*

2. *No departamento de Gestão Urbanística não existem processos em curso para o local;*

3. *A obra em causa não é susceptível de legalização, considerando:*

. *o alvará de loteamento nº 121, por desrespeito do polígono de implantação, do afastamento da construção ao limite do lote, da área de implantação e da área máxima de construção;*

. *a al a) do art 25º do Regulamento do PDM, por falta de enquadramento nas características morfológicas dominantes, designadamente os alinhamentos de fachada e afastamentos licenciados* – ver docs nº 8 e 9 juntos com a petição inicial.

H) Em 4.10.2010 o requerido não permitiu o acesso à sua propriedade para execução coerciva da demolição – ver docs nº 10 e 11 juntos com a petição inicial, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

I) O requerido não efectuou a demolição da obra objecto do acto de 14.9.2006 – ver os docs juntos aos autos.

J) A obra em causa constitui parte da habitação do requerido – por confissão.

K) O acto que ordenou a demolição em 14.9.2006, o acto que determinou a posse administrativa, em 20.4.2010, o acto que indeferiu o pedido de legalização da obra, de 14.9.2010, não foram objecto de impugnação judicial – ver processo administrativo apenso e posição das partes em juízo.

L) B...e C...intentaram acção declarativa de condenação, com processo ordinário, registada sob o nº 5801/06.3TBCSC, que correu termos no 1º juízo do Tribunal de Família e Menores e de Comarca de Cascais, contra o ora requerido, A..., pedindo a condenação deste a proceder à demolição da construção de uma obra de ampliação ao nível da cozinha, no rés-do-chão a tardoz do seu prédio, junto ao muro de separação de ambos os prédios, e ainda a pagarem-lhes a quantia de €: 15.000,00 e juros, por danos patrimoniais e não patrimoniais – ver doc nº 1 junto com a contestação, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

M) Naqueles autos foi proferida sentença, em 8.5.2008, que julgou a acção totalmente improcedente por não provada e absolveu o Réu do pedido – ver doc nº 1 junto com a contestação, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

N) Da decisão que antecede foi interposto recurso que decidido, em 17.3.2009, pelo Tribunal da Relação de Lisboa, julgou parcialmente procedente a apelação e, em consequência, revogou a sentença recorrida e substituiu-a por outra que condenou o Réu a:

a) *fechar a porta que abriu na obra que efectuou, melhor identificada sob a al N) da matéria de facto assente e, consequentemente, a demolir o patamar e escadas exteriores adjacentes à referida porta;*

b) *e a pagar aos Autores:*

. *a título de danos patrimoniais, a quantia que vier a ser liquidada;*

. *a título de danos não patrimoniais, a quantia de €: 1.000,00 acrescida de juros de mora vencidos desde a citação e vincendos até integral pagamento, à taxa legal.*

Absolvendo-se o Réu do demais peticionado – ver doc nº 2 junto com a contestação, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

O) A presente acção entrou em juízo em 22.3.2011, foi instaurada pelo Presidente da Câmara Municipal de Cascais, contra A..., vindo requerido o *suprimento do consentimento do requerido para a entrada dos serviços da requerente no domicílio de A..., sito na ..., nº 22, ..., e a que se refere o processo de demolição nº 296/2005, com vista à execução coerciva da mesma, emitindo-se para o efeito o competente mandato judicial, conforme o disposto no art. 34º, nº 2 da Constituição da República Portuguesa e arts 106º e 107º do RJUE, na redacção dada pelo DL nº 26/2010* – ver petição inicial, cujo teor aqui se dá por reproduzido.

II.2. APRECIAÇÃO DO RECURSO

O âmbito do recurso jurisdicional, cujo objecto é a decisão recorrida, é delimitado pelo Recorrente nas conclusões (sintéticas e com a indicação das normas jurídicas violadas) das suas alegações, apenas podendo incidir sobre questões que tenham sido ou devessem ser anteriormente apreciadas

(sem prejuízo do conhecimento das questões de conhecimento oficioso) e não podendo confrontar o tribunal *ad quem* com questões (coisa diversa das considerações, argumentos ou juízos de valor) novas ou cobertas por caso julgado - v arts. 684º-3-4, 716º e 668-1-d do CPC.

Assim, cabe analisar o seguinte: 1. foi violado o princípio do contraditório no que diz respeito ao despacho de 30-6-11, pelo facto de a sentença ou resolução ter sido emitida durante o prazo que o r. tinha para responder? 2. como a p.i. não indica a forma de processo, é inepta?

O-

Faremos uma pequena introdução, atenta a raridade deste tipo de questão nos TAFs, sendo certo que a competência foi bem esclarecida na 1ª instância sem discordância das partes (resulta da revisão constitucional de 1989 que a jurisdição administrativa passou a ser a jurisdição “comum” para o conhecimento de litígios emergentes de relações jurídicas administrativas) e sendo que estas também não colocaram em crise o modelo processual seguido; o R apenas invoca a violação do contraditório quanto a um momento concreto.

O legislador define o âmbito da jurisdição administrativa por referência aos litígios emergentes das relações jurídicas administrativas, conceito este – de «relação jurídica administrativa» – que, apenas, concretiza na generalidade das alíneas do nº 1 do art. 4º do Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

A relação jurídica administrativa é uma relação entre sujeitos de direito que actuem no exercício de poderes ou deveres públicos conferidos por normas de direito administrativo.(3)

Nos presentes autos, atentos os intervenientes, a causa de pedir e o pedido, estamos perante um litígio emergente de relação jurídica administrativa de tutela da legalidade urbanística. Está em causa dar execução ao acto administrativo que, em 14.9.2006, determinou a demolição da obra de construção de um acrescento à cozinha, a tijolo e cimento, com placa, com cerca de 4 m2, na Rua de Viseu, nº 22, na Rebelva.

Note-se que não vem posto em crise o acto que determinou a demolição, com fundamento na falta de licenciamento municipal, ao abrigo do disposto nos arts 4º e 106º do RJUE (DL nº 555/99, de 16.12, na redacção dada pelo DL nº 177/2001, de 4.6).

O acto de demolição não foi impugnado judicialmente.

O mesmo sucedeu com o acto de indeferimento do pedido de legalização da obra de construção levada a efeito sem a licença emitida pela Câmara Municipal de Cascais. Também este acto não foi impugnado judicialmente.

Foi determinada a posse administrativa (pelo prazo de 10 dias) do prédio onde se localiza a obra a demolir, construção de um acrescento à cozinha, a tijolo e cimento, com placa, com cerca de 4m2, de forma a facilitar a circulação dos trabalhadores durante os trabalhos de demolição, bem como dos equipamentos necessários à execução da mesma.

A posse administrativa é um acto administrativo desfavorável para os seus destinatários, na medida em que implica a possibilidade de entrada e permanência em terrenos de titularidade privada, sem o consentimento destes e sem recurso prévio aos Tribunais (FERNANDA P. OLIVEIRA, *RJUE Comentado*, 3ª ed., p. 668).

No caso concreto, a obra ilegal situa-se na residência do requerido, que não permitiu o acesso à sua propriedade para execução coerciva da demolição, sendo assim impossível materializar a posse administrativa.

A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei (art. 34º CRP).

A inviolabilidade do domicílio principal, secundário, permanente ou eventual, sendo o domicílio uma projecção espacial da pessoa, decorre do direito à intimidade pessoal. Daí que restringir tal inviolabilidade dependa de reserva de lei e de reserva de decisão de um juiz (GOMES CANOTILHO *et al.*, *CRP Anot.*, 3ª ed., p. 212 ss).

Já vimos o teor do art. 106º RJUE, aqui essencial.

O CPC, aqui aplicável por força do art. 1º do CPTA, dispõe o seguinte:

ARTIGO 1425.º (*Suprimento de consentimento no caso de recusa*)

1. *Se for pedido o suprimento do consentimento, nos casos em que a lei o admite, com o fundamento de recusa, é citado o recusante para contestar.*

2. *Deduzindo o citado contestação, é designado dia para a audiência de discussão e julgamento, depois de concluídas as diligências que haja necessidade de realizar previamente.*

3. *Na audiência são ouvidos os interessados e, produzidas as provas que forem admitidas, resolver-se-á, sendo a resolução transcrita na acta da audiência.*

4. *Não havendo contestação, o juiz resolve, depois de obter as informações e esclarecimentos necessários.*

É este processo de jurisdição voluntária, sujeito aos arts. 302^ºa 304^º do CPC e à CRP, o tipo de processo aqui aplicável(4), pois parece de se entender que o art. 95^º RJUE(5) não é aqui aplicável por se referir a inspecções e não a demolições ou a posse administrativa e sobretudo pelo facto de o Ac. n^º 145/2009 do TC ter declarado o n^º 3 daquele artigo 95^º organicamente inconstitucional, enquanto atribui competência ao juiz da comarca para conceder mandado para entrada em domicílio de pessoa que não dê o seu consentimento, no qual se desenvolvam actividades sujeitas a fiscalização por parte de funcionários municipais, por violação do disposto na alínea p) do n^º 1 do artigo 165^º da Constituição da República Portuguesa. (6)

1-

Foi violado o princípio do contraditório no que diz respeito ao despacho de 28-6-11, pelo facto de a sentença ou resolução ter sido emitida durante o prazo que o r. tinha para responder?

Vejamos.

O tribunal *a quo* despachou assim:

Requerimento de 21.6.2011:

O processo administrativo constitui um documento que é apenso ao processo judicial e devolvido à parte que o apresenta uma vez transitada em julgado a sentença – cfr art. 84^º, n^º 1, n^º 3 do CPTA, art. 535^º e segs do CPC e art. 5^º da Portaria n^º 1417/2003, de 30.12.

No caso concreto, o Autor juntou aos autos o original do processo administrativo, devidamente numerado, em 15.4.2011.

Assim sendo, o requerido, querendo, pode consultar o processo administrativo apenso na secretaria ou pedir a respectiva confiança – cfr art. 6^º, n^º 3 da Portaria n^º 1417/2003, de 30.12, e art. 169^º do CPC.

O que se defere, por 15 dias, podendo o requerido pronunciar-se sobre o processo administrativo apenso, completar ou substituir a respectiva contestação.

Notifique o presente despacho às partes.

Sintra, 2011-06-28.

Tal despacho foi recebido pelo R em 3-7-2011 e, certo ou errado, fez caso julgado formal.

O R consultou o tal p.a.i. referente à demolição de 7 a 15-7-11.

O tribunal resolveu o litígio em 3-8-11.

Daqui o recorrente conclui que, estando-se em férias judiciais desde 16-Julho, o prazo de 15 dias fixado pelo tribunal *a quo* não terminou antes da decisão ser emitida. Ou seja, o tribunal não esperou pelo fim de tal prazo para decidir o litígio.

Ora, uma vez que este processo não é urgente (v. art. 1409^º CPC(7)), os seus prazos não correm em férias judiciais (art. 144^º CPC(8)). Pelo que o R tem razão ao dizer que o tribunal *a quo* se antecipou ao prazo fixado no seu despacho de 28-6-11.

Resulta do art. 201^º-1 CPC(9) que esta irregularidade só é uma nulidade processual se a lei o declarar (o que aqui não ocorre) ou se puder influenciar no exame ou decisão da causa.

No caso em apreço, a verdade é que o p.a.i. em causa não tinha de ser junto aos autos como ocorre nas AAE (art. 84^º CPTA(10), mal invocado pelo tribunal *a quo*). *Com efeito, não estamos numa AAE em que o demandado é o autor de um acto administrativo impugnado; aqui o autor é uma autoridade municipal e o réu é um administrado; aplica-se aqui sim o art. 303^º CPC(11), como resulta do 1^º despacho do tribunal a quo.*

Por outro lado, todos os aspectos prévios ao processo especial presente constam, como devia ser, da p.i. e seus documentos (art. 303^º CPC ex vi arts. 1409^º e 1425^º CPC(12) e 95^º e 106^º RJUE), num ónus exclusivo do autor (art. 342^º CC). Se este não juntar eventualmente os meios de prova necessários, perderá a acção; ou seja, não há qualquer prejuízo para o ora R e recorrente se o p.a.i. relativo a actos administrativos praticados em sede de RJUE e que constituem caso decidido.

Nada disto tem a ver com o equívoco criado pelo R, ao invocar o p.a.i. como se estivessemos numa AAE em que ele, R, seria o A e o ora A estaria do lado demandado, situação em que teria de cumprir o art. 84^º CPTA. Mas não é assim, como se disse e é óbvio.

Ora, o A juntou os meios de prova que quis (11 docs.: N^º 1= participação; n^º 2= fotografias; n^º 3= decisão final de demolição e posse administrativa; n^º 4= edital; n^º 5= requerimento do ora réu; n^º 6= ordem de posse administrativa; n^º 7= comunicação prévia de obras do ora R para legalizar as obras, rejeitada; n^º 8 e 9= instrução de suprimimento judicial de consentimento; n^º 10= auto de posse administrativa; n^º 11 auto de notícia), sob sua conta e risco, e o R, aqui recorrente, contestou ou deduziu oposição como quis, cumprindo-se assim os arts. 302^º a 304^º CPC.

Neste contexto, o R impugnou genericamente a p.i. (v. arts. 490^º-1(13) e 303^º CPC). O tribunal depois aplicou as regras dos arts 1409^º, 1425^º e 302^º a 304^º CPC, donde nunca o R sairia prejudi-

cado pelo facto de o A juntar ou não juntar o p.a.i. relativo aos actos administrativos pressupostos à presente acção especial.

Mais: os 11 docs juntos com a p.i. referem-se a tais actos administrativos, ou seja, são o núcleo da questão de origem desta causa, estejam ou não integrados num p.a.i. como se espera no aqui inaplicável art. 84º CPTA.

Finalmente, cabe dizer e sublinhar que o R não põe em causa a factualidade dada como provada com base nos cit. 11 docs.

Concluimos, assim, que

- o R não foi, nem podia ser, minimamente prejudicado pelo facto de o tribunal *a quo* se ter antecipado ao prazo fixado no despacho de 28-6-11 e que

- a eventual tomada de posição do R sobre o p.a.i. referente aos actos administrativos (de mandar demolir e de tomar posse administrativa para executar a ordem de demolição), além dos 11 docs. juntos à p.i., foi e sempre seria irrelevante para o exame e decisão da causa, nomeadamente para a matéria de facto provada, que teve origem na p.i. e seus documentos notificados aquando da citação.

Pelo que não há nesta irregularidade uma nulidade processual.

2-

Como a p.i. não indica a forma de processo, é inepta?

A p.i. não indica a forma de processo, mas o tribunal *a quo* seguiu, sem discordância, a constante dos arts. 1409º, 1425º e 302º a 304º CPC (ex vi art. 1º CPTA).

Mas é elementar que tal omissão do A não é, de todo, causa de ineptidão da p.i., como resulta simples e claro do art. 193º-1 CPC(14).

Por outro lado, o facto de o juiz *a quo* não ter feito, no seu despacho liminar de citação, um convite ao aperfeiçoamento da p.i., ou melhor, não ter recusado a p.i. pelo facto de o A não indicar a forma de processo, significa que o tribunal ignorou os arts. 467º-1-c(15) e 474º-1-d CPC(16), cometendo assim uma nulidade processual.

Esta sanou-se, no entanto, porque o R não a invocou no prazo exigido no art. 205º CPC(17); só agora o fez.

Improcedem, assim, todas as conclusões do recurso.

III – DECISÃO

Pelo que acordam os juízes da Secção de Contencioso Administrativo do Tribunal Central Administrativo Sul em julgar improcedente este recurso e, em consequência, manter a decisão recorrida.

Custas a cargo dos recorrentes.

Lisboa, 14-12-11

Paulo Pereira Gouveia, relator

António C. da Cunha

Fonseca da Paz

1- Artigo 106.º Demolição da obra e reposição do terreno

1 — O presidente da câmara municipal pode igualmente, quando for caso disso, ordenar a demolição total ou parcial da obra ou a reposição do terreno nas condições em que se encontrava antes da data de início das obras ou trabalhos, fixando um prazo para o efeito.

2 — A demolição pode ser evitada se a obra for susceptível de ser licenciada ou objecto de comunicação prévia ou se for possível assegurar a sua conformidade com as disposições legais e regulamentares que lhe são aplicáveis mediante a realização de trabalhos de correcção ou de alteração.

3 — A ordem de demolição ou de reposição a que se refere o n.º 1 é antecedida de audição do interessado, que dispõe de 15 dias a contar da data da sua notificação para se pronunciar sobre o conteúdo da mesma.

4 — Decorrido o prazo referido no n.º 1 sem que a ordem de demolição da obra ou de reposição do terreno se mostre cumprida, o presidente da câmara municipal determina a demolição da obra ou a reposição do terreno por conta do infractor.

Artigo 107.º Posse administrativa e execução coerciva

1 — Sem prejuízo da responsabilidade criminal, em caso de incumprimento de qualquer das medidas de tutela da legalidade urbanística previstas nos artigos anteriores, o presidente da câmara pode

determinar a posse administrativa do imóvel onde está a ser realizada a obra por forma a permitir a execução coerciva de tais medidas.

2 — O acto administrativo que tiver determinado a posse administrativa é notificado ao dono da obra e aos demais titulares de direitos reais sobre o imóvel por carta registada com aviso de recepção.

3 — A posse administrativa é realizada pelos funcionários municipais responsáveis pela fiscalização de obras, mediante a elaboração de um auto onde, para além de se identificar o acto referido no número anterior, é especificado o estado em que se encontra o terreno, a obra e as demais construções existentes no local, bem como os equipamentos que ali se encontrarem.

4 — Tratando-se da execução coerciva de uma ordem de embargo, os funcionários municipais responsáveis pela fiscalização de obras procedem à selagem do estaleiro da obra e dos respectivos equipamentos.

5 — Em casos devidamente justificados, o presidente da câmara pode autorizar a transferência ou a retirada dos equipamentos do local de realização da obra, por sua iniciativa ou a requerimento do dono da obra ou do seu empreiteiro.

6 — O dono da obra ou o seu empreiteiro devem ser notificados sempre que os equipamentos sejam depositados noutro local.

7 — A posse administrativa do terreno e dos equipamentos mantém-se pelo período necessário à execução coerciva da respectiva medida de tutela da legalidade urbanística, caducando no termo do prazo fixado para a mesma.

8 — Tratando -se de execução coerciva de uma ordem de demolição ou de trabalhos de correcção ou alteração de obras, estas devem ser executadas no mesmo prazo que havia sido concedido para o efeito ao seu destinatário, contando -se aquele prazo a partir da data de início da posse administrativa.

2- Artigo 34.º (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência)

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.

2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.

3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.

4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal

3- D. FREITAS DO AMARAL, Curso..., II, 2ª ed., p. 168-169.

4- Não nos chocamos com o facto de, assim, o processo não ser urgente; mas é célere. Diferentemente, tendo de fazer demasiadas adaptações, cfr. DULCE LOPES, *in Mandado, por quem?* - Ac. do Tribunal Constitucional n.º 145/2009 de 24.3.2009, P. 558/08, in CJA n.º 78.

5- Artigo 95.º Inspecções

1 — Os funcionários municipais responsáveis pela fiscalização de obras ou as empresas privadas a que se refere o n.º 5 do artigo anterior podem realizar inspecções aos locais onde se desenvolvam actividades sujeitas a fiscalização nos termos do presente diploma, sem dependência de prévia notificação.

2 — O disposto no número anterior não dispensa a obtenção de prévio mandado judicial para a entrada no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento.

3 — O mandado previsto no número anterior *é concedido pelo juiz da comarca respectiva a pedido do presidente da câmara municipal e segue os termos do procedimento cautelar comum.*

6- V. FERNANDA P. OLIVEIRA et al., RJUE Comentado, 3ª ed., anot. ao art. 95.º.

7- ARTIGO 1409.º (Regras do processo)

1. São aplicáveis aos processos regulados neste capítulo as disposições dos artigos 302.º a 304.º.

2. O tribunal pode, no entanto, investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes; só são admitidas as provas que o juiz considere necessárias.

3. As sentenças são proferidas no prazo de 15 dias.

4. Nos processos de jurisdição voluntária não é obrigatória a constituição de advogado, salvo na fase de recurso.

8- ARTIGO 144.º (Regra da continuidade dos prazos)

1. O prazo processual, estabelecido por lei ou fixado por despacho do juiz, é contínuo, suspendendo-se, no entanto, durante as férias judiciais, salvo se a sua duração for igual ou superior a seis meses ou se tratar de actos a praticar em processos que a lei considere urgentes.
2. Quando o prazo para a prática do acto processual terminar em dia em que os tribunais estiverem encerrados, transfere-se o seu termo para o primeiro dia útil seguinte.
3. Para efeitos do disposto no número anterior, consideram-se encerrados os tribunais quando for concedida tolerância de ponto.
4. Os prazos para a propositura de acções previstos neste Código seguem o regime dos números anteriores.

9- ARTIGO 201.º (Regras gerais sobre a nulidade dos actos)

1. Fora dos casos previstos nos artigos anteriores, a prática de um acto que a lei não admita, bem como a omissão de um acto ou de uma formalidade que a lei prescreva, só produz nulidade quando a lei o declare ou quando a irregularidade cometida possa influir no exame ou na decisão da causa.
2. Quando um acto tenha de ser anulado, anular-se-ão também os termos subsequentes que dele dependam absolutamente. A nulidade de uma parte do acto não prejudica as outras partes que dela sejam independentes.
3. Se o vício de que o acto sofre impedir a produção de determinado efeito, não se têm como necessariamente prejudicados os efeitos para cuja produção o acto se mostre idóneo.

10- Artigo 84.º Envio do processo administrativo

- 1 - Com a contestação, ou dentro do respectivo prazo, a entidade demandada é obrigada a remeter ao tribunal o original do processo administrativo, quando exista, e todos os demais documentos respeitantes à matéria do processo de que seja detentora, que ficarão apensados aos autos.
- 2 - Quando o processo administrativo se encontre já apensado a outros autos, a entidade demandada deve dar conhecimento do facto ao tribunal, indicando a que autos se refere.
- 3 - O original do processo administrativo pode ser substituído por fotocópias autenticadas e devidamente ordenadas, sem prejuízo da sua requisição, quando tal se mostre necessário.
- 4 - Na falta de cumprimento do previsto no n.º 1, sem justificação aceitável, pode o juiz ou relator determinar a aplicação de sanções pecuniárias compulsórias, nos termos do artigo 169.º, sem prejuízo do apuramento da responsabilidade civil, disciplinar e criminal a que haja lugar.
- 5 - A falta do envio do processo administrativo não obsta ao prosseguimento da causa e determina que os factos alegados pelo autor se considerem provados, se aquela falta tiver tornado a prova impossível ou de considerável dificuldade.
- 6 - Da junção aos autos do processo administrativo é dado conhecimento a todos os intervenientes no processo.

11- ARTIGO 303.º (Indicação das provas e oposição)

1. No requerimento em que se suscite o incidente e na oposição que lhe for deduzida, devem as partes oferecer o rol de testemunhas e requerer os outros meios de prova.
2. A oposição é deduzida no prazo de 10 dias.
3. A falta de oposição no prazo legal determina, quanto à matéria do incidente, a produção do efeito cominatório que vigore na causa em que o incidente se insere.

12- ARTIGO 1425.º (Suprimento de consentimento no caso de recusa)

1. Se for pedido o suprimento do consentimento, nos casos em que a lei o admite, com o fundamento de recusa, é citado o recusante para contestar.
2. Deduzindo o citado contestação, é designado dia para a audiência de discussão e julgamento, depois de concluídas as diligências que haja necessidade de realizar previamente.
3. Na audiência são ouvidos os interessados e, produzidas as provas que forem admitidas, resolver-se-á, sendo a resolução transcrita na acta da audiência.
4. Não havendo contestação, o juiz resolve, depois de obter as informações e esclarecimentos necessários.

13- ARTIGO 490.º (Ónus de impugnação)

1. Ao contestar, deve o réu tomar posição definida perante os factos articulados na petição. ...

14- ARTIGO 193.º (Ineptidão da petição inicial)

1. É nulo todo o processo quando for inepta a petição inicial.
2. Diz-se inepta a petição:
 - a) Quando falte ou seja ininteligível a indicação do pedido ou da causa de pedir;
 - b) Quando o pedido esteja em contradição com a causa de pedir;
 - c) Quando se cumulem causas de pedir ou pedidos substancialmente incompatíveis.

...

15- Artigo 467.º Requisitos da petição inicial

- 1 - Na petição, com que propõe a acção, deve o autor:
 - a) Designar o tribunal em que a acção é proposta e identificar as partes, indicando os seus nomes, domicílios ou sedes e, sempre que possível, profissões e locais de trabalho;
 - b) Indicar o domicílio profissional do mandatário judicial;
 - c) Indicar a forma do processo;

...

16- Artigo 474.º Recusa da petição pela secretaria

A secretaria recusa o recebimento da petição inicial indicando por escrito o fundamento da rejeição, quando ocorrer algum dos seguintes factos: *

- a) Não tenha endereço ou esteja endereçada a outro tribunal ou autoridade;
- b) Omita a identificação das partes e dos elementos a que alude a alínea a) do nº 1 do artigo 467.º que dela devam obrigatoriamente constar;
- c) Não indique o domicílio profissional do mandatário judicial
- d) Não indique a forma de processo;

...

17- Artigo 205.º Regra geral sobre o prazo da arguição 1 - Quanto às outras nulidades, se a parte estiver presente, por si ou por mandatário, no momento em que forem cometidas, podem ser arguidas enquanto o acto não terminar; se não estiver, o prazo para a arguição conta-se do dia em que, depois de cometida a nulidade, a parte interveio em algum acto praticado no processo ou foi notificada para qualquer termo dele, mas neste último caso só quando deva presumir-se que então tomou conhecimento da nulidade ou quando dela pudesse conhecer, agindo com a devida diligência. 2 - Arguida ou notada a irregularidade durante a prática de acto a que o juiz presida, deve este tomar as providências necessárias para que a lei seja cumprida. 3 - Se o processo for expedido em recurso antes de findar o prazo marcado neste artigo, pode a arguição ser feita perante o tribunal superior, contando-se o prazo desde a distribuição.

Comentário

I. Introdução

O presente Acórdão ilustra várias temáticas centrais ao direito do urbanismo, que se cruzam na resolução de uma situação de facto relativa à concretização de medidas de tutela da legalidade.

Estas questões têm vindo crescentemente a ocupar os nossos Tribunais — provavelmente devido à maior atenção e ação que as mesmas têm merecido por parte da Administração, central e local, e por parte dos particulares — que, assim, se vêm perante a decisão de núcleos problemáticos que, ainda que não sejam inovadores, passam a ser analisados à luz com uma outra perspectiva: a judicial.

Faremos referência a três destas temáticas que têm relevo, ora substantivo, ora processual, para a resolução da situação em apreciação: a primeira, a da determinação, *in casu*, de uma situação de ilegalidade; a segunda, a verificação de espaços de decisão cobertos tanto pela jurisdição cível e pela jurisdição administrativa; e a terceira, a identificação do adequado modelo processual dos mandados judiciais para entrada em domicílio.

II. Concretização, *in casu*, da noção de ilegalidade

A questão subjacente ao presente recurso é a de construção de um acrescento a uma cozinha, a tijolo e cimento, com placa, com cerca de 4 m². Em 2005 foi elaborada uma participação confirmando que ora recorrente estava a levar a efeito, sem que para tal possuísse a respectiva licença ou autorização administrativa, uma construção com tais características.

Hodiernamente (na sequência da alteração ao Regime Jurídico da Urbanização e Edificação introduzida pela Lei n.º 60/2007, de 4 de Setembro) esta situação não seria, *do ponto de vista procedimental*, objeto de censura, na medida em que as edificações, contíguas ou não, ao edifício principal com altura não superior a 2,2 m ou, em alternativa, à cêrcea do rés-do-chão do edifício principal com área igual ou inferior a 10 m² e que não confinem com a via pública são consideradas pelo legislador como *obras de escassa relevância urbanística*.

Estas obras têm como característica particular o facto de não estarem sujeitas a um qualquer procedimento administrativo autorizativo, seja de licenciamento, seja de comunicação prévia¹, por o legislador presumir que as mesmas não têm uma carga lesiva tal do ponto de vista urbanístico que justifique a sua sujeição a controlo prévio. O que significa que, caso a ilegalidade verificada *in casu* se cingisse à inexistência de licença ou de admissão de comunicação prévia para aquela edificação teria a mesma de se ter, atualmente, por irrelevante, tanto do ponto de vista da adoção e concretização de medidas de tutela de legalidade, como do ponto de vista contraordenacional.

A inexistência, hoje em dia, de um procedimento autorizativo quanto a este tipo de operações leva a que as mesmas se esquivem controlo municipal, na medida em que, mesmo que o seu início seja objecto de informação à Câmara Municipal², não há necessidade de o interessado instruir qualquer procedimento específico nem de entregar um projeto a levar a cabo para o efeito.

O que conduz a que, muitas vezes, só depois de a obra se encontrar concluída, dado o seu carácter evolutivo, é que se conseguirá aferir se se cinge às previsões do artigo 6.º-A do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação ou nos regulamentos municipais aplicáveis, ou se afinal, as excede (por exemplo, a obra não é apenas de 4m² como parecia na primeira ação de fiscalização, mas chega a atingir 14m²).

Efetivamente, ao contrário do que sucedia com as obras de escassa relevância urbanística à luz da versão do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação anterior à Lei n.º 60/2007 – as quais, para além de terem de ser necessariamente definidas nos regulamentos municipais de urbanização e edificação, não estavam sujeitas a licença ou autorização, mas estavam sempre sujeitas a comunicação prévia –, estas operações urbanísticas não se encontram agora sujeitas a qualquer procedimento formal de controlo preventivo, não obstante permaneçam sujeitas a controlos sucessivos (cfr. o artigo 93.º, n.º 1, *in fine*, referente à fiscalização) podendo, ainda, ser objecto de medidas de tutela de legalidade.

Certo é que, ainda que estejam em causa operações que, isoladamente, o legislador considera de escassa relevância urbanística, a verdade é as mesmas, na sua globalidade, podem potenciar uma desorganização territorial se não cumprirem as normas legais e regulamentares aplicáveis ao uso, ocupação e transformação do solo. É por isso que o facto de uma obra não estar sujeita a controlo prévio não significa que a mesma seja sempre admissível

¹ Seja igualmente ao procedimento de autorização de utilização, uma vez que o elenco das obras de escassa relevância urbanística previsto no artigo 6.º-A do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação enquadra edificações e usos que não têm autonomia relativamente ao uso principal na parcela ou no edifício.

² Quanto a este aspecto foram levantadas dúvidas sobre se o artigo 89.º-A, n.º 1 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, obriga à comunicação destas obras cinco dias antes do seu início. Ainda que o faça — e entendemos que sim —, não estabelece qualquer contraordenação para o desrespeito de tal obrigação, o que diminui a sua força constringente. Por este motivo, devem os regulamentos municipais de urbanização e edificação suprir estas deficiências ou omissões, prevendo a obrigação de comunicação das obras isentas de controlo prévio e uma contraordenação para o seu desrespeito. Para maiores desenvolvimentos cfr. Maria José Castanheira Neves, Fernanda Paula Oliveira, Dulce Lopes e Fernanda Maçãs, *Regime Jurídico da Urbanização e Edificação Comentado*, Coimbra, Almedina, 3.ª ed., 2010, anotação 4 ao artigo 6.º-A

à luz do disposto em diplomas legais, planos urbanísticos, outros regulamentos municipais vigentes e, mesmo, licenças ou comunicações prévias de loteamento.

É claro, a este propósito, o 6.º, n.º 8, aplicável a todas as situações de isenção de controlo prévio, segundo o qual *“o disposto no presente artigo não isenta a realização das operações urbanísticas nele previstas da observância das normas legais e regulamentares aplicáveis, designadamente as constantes de planos municipais ou especiais de ordenamento do território, de servidões ou restrições de utilidade pública, as normas técnicas de construção, as de protecção do património cultural imóvel, e a obrigação de comunicação prévia nos termos do artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 73/2009, de 31 de Março, que estabelece o regime jurídico da Reserva Agrícola Nacional”*.

No nosso caso, tal conduzir-nos-ia sempre a um nível adicional de análise, agregando à dimensão procedimental a indagação do regime jurídico substantivo aplicável àquela operação, por mais singela que a mesma possa parecer do ponto de vista do seu impacto urbanístico.

E aqui sim chegaríamos à conclusão que, do ponto de vista material, o acrescento com área de construção de apenas 4m² era então e continuaria hoje a ser ilegal, por se encontrar em desconformidade com o respectivo projecto ou com as condições do licenciamento ou comunicação prévia de loteamento admitida [cfr. artigo 102.º, n.º 1, alínea b) do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação].

Atesta-o o indeferimento do pedido de legalização apresentado pelo interessado, do qual este não recorreu, segundo o qual *“A obra em causa não é susceptível de legalização, considerando: . o alvará de loteamento nº 121, por desrespeito do polígono de implantação, do afastamento da construção ao limite do lote, da área de implantação e da área máxima de construção; . a al a) do art 25º do Regulamento do PDM, por falta de enquadramento nas características morfológicas dominantes, designadamente os alinhamentos de fachada e afastamentos licenciados”*.

Aduza-se ainda que a fundamentação mobilizada pelo Município de Cascais foi bem concebida ao não invocar no caso apenas a violação das prescrições do loteamento, mas igualmente ao vedar a possibilidade de o mesmo vir a ser alterado para enquadrar aquela construção de 4m². O recurso ao Plano Director Municipal para justificar que qualquer tentativa de legalização daquela obra, ainda que pudesse em abstrato ser possível por intermédio de uma alteração ao loteamento, sempre esbarraria na falta de enquadramento nas características morfológicas dominantes, permitiu resolver, de uma vez só e decisivamente, a questão da insusceptibilidade de legalização da obra realizada, por ser certo que aquela alteração ao loteamento nunca seria aprovada por contrariar o Plano Director Municipal³.

A ilegalidade encontra-se destarte afirmada e confirmada, não tendo o recorrente colocado judicialmente em causa a mesma, nem reagido contra a adoção das medidas de tutela de legalidade que tiveram consequentemente lugar (referimo-nos, mais precisamente, à ordem de demolição parcial e à tomada de posse administrativa tomadas na ausência de cumprimento voluntário daquela ordem).

III. Confluência de Jurisdições

A segunda reflexão que o Acórdão em anotação nos merece prende-se com a possibilidade de, perante uma mesma situação de facto, serem deduzidas distintas pretensões, de direito público e de direito privado, perante os Tribunais.

³ Se existirem motivos de indeferimento ou de rejeição no momento em que aprecia o pedido de alteração ao loteamento, o órgão municipal tem que indeferir o pedido; assim, se se propõe uma alteração de uso que tem como consequência uma redução, comparativamente com a situação anterior, das áreas que se encontravam funcionalizadas a estacionamento ou espaço verde ou de utilização colectiva, com o que se deixa de poder dar cumprimento às exigências do Plano ou da Portaria aplicável, terá de ser indeferido ou rejeitado tal pedido; da mesma forma sucederá se com a alteração se violam disposições relacionadas com a inserção urbanística do loteamento que podem ser reconduzidas aos motivos de indeferimento ou rejeição legalmente previstos.

Sendo o direito urbanístico um ramo especial do direito administrativo e, por isso, um ramo de direito público, nos atos de gestão urbanística (designadamente nos de controlo preventivo de operações urbanísticas) e nas ações de fiscalização municipal, o que se pretende aferir é a conformidade das mesmas com as *regras de direito urbanístico* (designadamente, as constantes dos planos), excluindo dessa apreciação a conformidade de tais operações com as regras jurídicas de direito privado, que se assumem, assim, como independentes daquelas.

Assim, mesmo que existam regras específicas de direito civil referentes à construção (o designado *direito privado de construção*), o mesmo visa apenas regular estritas relações de vizinhança civil (e salvaguardar interesses privados) e não, como acontece com o direito administrativo da construção, salvaguardar interesses públicos como os da salubridade, higiene e segurança. As entidades administrativas, na apreciação dos projetos urbanísticos ou na fiscalização das obras em curso ou já concluídas devem atender apenas a estas últimas regras e não às primeiras.

Tal não significa que o direito urbanístico não possa, ainda que em limitada medida, ter contactos com o direito civil. É que, desde logo, é no direito civil que se encontram, em regra, definidos e regulados os direitos de natureza privada que incidem sobre os solos, direitos esses que são claramente afectados ou tocados pelas normas urbanísticas, designadamente as dos planos, que conformam o seu conteúdo. De facto, na medida em que em causa esteja um ato administrativo que confere ao particular o poder de realizar uma operação urbanística, a efetivação desta pode vir a afectar a esfera de terceiros, ou seja, pode produzir efeitos reflexos sobre as suas respectivas posições jurídicas, o que será o mesmo que dizer que o ato de licenciamento afecta, de modo indireto, a esfera jurídica daqueles. É isto que a doutrina designa por efeitos *jurídicos multipolares ou poligonais* das licenças de urbanismo, sendo neste sentido que *Gomes Canotilho* afirma não se reconduzir o procedimento de licenciamento a uma relação entre a autoridade administrativa e o requerente da licença, fazendo antes emergir várias relações em que se interpenetram interesses públicos e interesses privados conflituantes, merecedores de uma cuidadosa ponderação⁴.

Por outro lado, a legitimidade nos procedimentos urbanísticos é aferida, em regra⁵, pela titularidade de direitos de natureza privatística (propriedade, superfície, etc.), que a Administração urbanística tem de aferir e sem a existência da qual não pode decidir sobre a concreta operação urbanística objecto de pretensão⁶.

A apreciação da titularidade do direito que confere ao particular legitimidade para iniciar o procedimento não significa, no entanto, um afastamento da cláusula *salvo direitos de terceiros*. É que a apreciação da legitimidade é *meramente formal*, isto é, limitada a verificar se o requerente apresentou documento comprovativo de legitimidade sem ter que fazer quaisquer outras diligências no sentido de apurar se, de facto, o requerente é ou não titular da qualidade que invoca. E isto é assim porque, para além da submissão exclusiva dos atos administrativos de gestão urbanística a regras de direito do urbanismo, elas caracterizam-se também por serem emitidas tendo em consideração, não o requerente mas a conformidade do projeto com as regras urbanísticas aplicáveis ao terreno em causa. Trata-se do *carácter real* destes atos, segundo o qual os mesmos são emanadas em função das características objectivas do terreno, tendo em conta a regulamentação de urbanismo, e não em função da qualidade do requerente.

A consequência imediata que resulta do controlo meramente formal da legitimidade do requerente ou comunicante é a de que a licença, comunicação prévia ou autorização deve ser emanada, mesmo que o seu direito *seja contestado por terceiros*. Do mesmo modo a

⁴ J.J. Gomes Canotilho, “Relações Jurídicas Poligonais, Ponderação Ecológica de Bens e Controlo Judicial Preventivo”, *Revista Jurídica do Urbanismo e Ambiente*, n.º 1, Junho de 1994, n.º 1, p. 58.

⁵ O que não invalida, porém, que haja direitos ou posições jurídicas de natureza pública, como sucede com a concessão de uso privativo que possam conferir legitimidade para a realização de operações urbanísticas por privados.

⁶ Para maiores desenvolvimentos cfr. Fernanda Paula Oliveira, “A Legitimidade nos Procedimentos Urbanísticos”, *Boletim da ATAM*, n.º 264, Janeiro de 2003, p. 10; n.º 265, Fevereiro de 2003, p. 8 e n.º 266, Março de 2003, p. 8.

constatação da ocorrência de uma ilegalidade urbanística (a realização de uma obra em desconformidade com o plano diretor municipal) não pode deixar de ser perseguida mesmo que se demonstre que os proprietários vizinhos permitiram a realização daquela obra ou eles próprios realizaram obras análogas.

Acresce que, existindo um litígio entre o agente urbanístico e terceiros no que concerne à titularidade do direito de propriedade ou à afetação dos direitos destes, não deve a Administração resolvê-lo, sob pena de usurpação de poderes, uma vez que em causa estão litígios privados, cuja resolução compete aos Tribunais e não à Administração.

A existência de duas ordens de tribunais, os judiciais e os administrativos, permite transportar esta diferenciação entre relações jurídicas privadas e relações jurídicas administrativas (nas quais se incluem as urbanísticas), para o âmbito contencioso.

Assim, a apreciação e decisão, em última linha, de questões urbanísticas está cometida aos Tribunais Administrativos⁷ ao passo que é aos Tribunais Judiciais que compete apreciar e decidir sobre litígios que convoquem a aplicação de disposições de direito privado⁸.

Como resulta do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 17 de Abril de 2005, proferido no processo n.º 0714/03, *“aos tribunais Administrativos não cabe o julgamento de conflitos de vizinhança, designadamente relativos a invocadas ofensas de reserva de privacidade e intimidade de vida privada e familiar”*. Ainda assim, assistirá sempre *“a um vizinho o direito de questionar perante as autoridades e tribunais administrativos o cumprimento e respeito pelas normas de direito público, ligados ao licenciamento de construção e cujo incumprimento lese, também os seus indicados direitos privados”*.

A possibilidade de uma mesma situação de facto — no caso a extensão de uma edificação em 4m² — ser perspectivada de duas formas distintas, suscitando, assim, duas questões de direito submetidas à apreciação de ordens de tribunais diferenciadas, mostra bem a sua autonomia.

Desta autonomia resulta não apenas a sujeição a enquadramentos normativos substantivos e processuais distintos, mas também a possibilidade de as decisões tiradas apontarem em sentidos diferentes e, em certos casos, contraditórios (por exemplo decidindo o Tribunal Administrativo pela inexistência de ilegalidade por uma edificação se conformar com a altura máxima admitida pelo plano, mas concluindo os Tribunais judiciais pela necessidade de demolição por violação de uma servidão de vistas)⁹.

Situações desta natureza não devem causar estranheza e, salvo em situações limite em que pode colocar-se em causa a harmonia do sistema jurídico visto como um todo, este desdobramento de questões jurídicas leva apenas a uma aplicação cumulativa das decisões a que se chegue, conduzindo à prevalência em concreto daquela decisão que é a mais restritiva ou que tem um impacto mais forte na esfera jurídica do demandado.

O caso vertente ilustra parcelarmente esta situação — ainda que não tenha havido intervenção dos Tribunais Administrativos por os atos administrativos praticados não terem sido impugnados, estabilizando-se, por isso, na ordem jurídica — já que, para além da ordem

⁷ Para maiores desenvolvimentos *vide* Fernando Alves Correia, Rapport National Portugal, Le Juge et l'Urbanisme dans les Pays de l'Europe de l'Ouest, *Les Cahiers du Gridauih*, n.º 14, 2003, p. 254 e ss.

⁸ Afirma-se, não obstante, que a via mais correta de entender a competência dos tribunais judiciais e a dos tribunais administrativos deve ser aquela que dá uma certa liberdade ao legislador de definir quais os tipos de litígios que devem ser decididos por cada ordem de tribunais, desde que, naturalmente, não descaracterize o núcleo essencial de cada uma destas jurisdições. Assim, apesar de, em princípio, deverem ser os tribunais administrativos a decidir as questões administrativas — sendo, por isso, os tribunais comuns nesta matéria —, nada impede que, em certas categorias de litígios, se possa determinar — por Lei da Assembleia da República ou Decreto-Lei Autorizado para o efeito — que o foro competente é o judicial (*e vice versa*), em casos em que essa atribuição de competências seja fundada em motivos legítimos e atendíveis.

⁹ Não obstante a existência de duas ordens jurisdicionais — a administrativa e a judicial — estas não devem ser vistas como absolutamente separadas entre si, na medida em que entre elas se estabelecem vasos comunicantes. Por outro lado, ainda, situações há em que questões de ordem civil ou, ao invés, questões de ordem administrativa se afiguram como questões prévias a ser resolvidas nos Tribunais respectivamente competentes, surgindo como pressuposto para a decisão da questão principal que assume natureza diversa (cfr. expressamente neste sentido o artigo 11.º, n.º 7 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação).

de demolição praticada pela autoridade administrativa competente, também foram proferidas decisões judiciais pelos Tribunais comuns, a última das quais pelo Tribunal da Relação [pontos L) e seguintes dos Factos].

Neste âmbito, apesar do pedido inicial de condenação para o requerido proceder à demolição da construção de uma obra de ampliação ao nível da cozinha, no rés-do-chão a tardo do seu prédio, junto ao muro de separação de ambos os prédios, veio o Tribunal da Relação condená-lo apenas a fechar a porta que abriu na obra que efetuou e, consequentemente, a demolir o patamar e escadas exteriores adjacentes à referida porta.

Isto por ter entendido que o artigo 1360.^o do Código Civil, sob a epígrafe “Abertura de janelas, portas, varandas e obras semelhantes”, ao visar o devassamento, por “invasão”, do terreno do vizinho, não justifica sequer, no caso, o fecho de uma janela da obra de extensão da cozinha por esta dar para o logradouro do proprietário, justificando apenas o fecho da porta e respetivos acessos, por deitarem diretamente para o prédio dos vizinhos.¹⁰ Não obstante esta decisão judicial com efeitos limitados, o Município de Cascais continua vinculado a concretizar as medidas de tutela da legalidade urbanística que adoptou — e que apontam para a solução mais onerosa de demolição integral do edificado ilegal —, tendo dado, precisamente por isso, início a um processo judicial para obtenção de mandado para entrada em domicílio.

IV. Modelo processual dos Mandados para entrada em domicílio

No caso *sub iudicio* discute-se o modelo processual da autorização para entrada na habitação dos recorrentes para concretização da ordem de demolição emanada previamente, de modo a concluir-se se foi violado o princípio do contraditório pelo facto de a sentença ou resolução ter sido emitida durante o prazo que o Réu (o titular da habitação) tinha para responder.

É certo que, de acordo com o n.º 2 do artigo 34.^o da Constituição da República Portuguesa, a entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei, o que impõe uma necessária intervenção das autoridades judiciais (reserva de juiz) para salvaguarda de direitos fundamentais dos cidadãos.

No seu seguimento, o artigo 95.^o, n.º 3 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação identifica como forma de processo o procedimento cautelar comum a conceder pelo juiz da comarca respectiva.

Porém, esta solução legislativa na parte em que comete aos tribunais comuns o conhecimento de litígios emergentes de uma relação jurídica administrativa¹¹ sem que tenha existido inequívoca autorização da Assembleia da República para o efeito — sendo esta uma matéria integrada nas questões de organização e competência dos tribunais na reserva relativa de competência leg-

¹⁰ Relativamente à demolição, invocaram os autores o Regime Geral das Edificações Urbanas diploma que visa garantir as condições de salubridade (arejamento, iluminação e exposição direta à ação dos raios solares), estética e segurança das edificações urbanas, tendo o Tribunal considerado, e bem, que o mesmo não atribui nenhum direito subjetivo aos proprietários dos prédios vizinhos (por se referir a disposições que visam a tutela de interesses públicos referidos às próprias construções a erigir), ainda que estes possam ser ressarcidos dos danos derivados da realização de trabalhos em violação das normas do Regime Geral das Edificações Urbanas que afetem o seu património. Afecção essa que, contudo, não ficou provada no caso. Assim sendo, não procedeu a pretensão dos Autores de ver demolida a construção efectuada pelo R., com base na violação dos mencionados preceitos legais. Vide Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Março de 2009, proferido no processo 10521/2008-7, disponível no sítio www.dgsi.pt.

¹¹ O mandado, apesar de ter um objecto próprio, distinto do acto de demolição que lhe deu motivo, assume relevo enquanto condição para que este produza os efeitos para que tende ou seja objecto de execução coerciva, o que demonstra que o ambiente em que o mandado se move é de direito administrativo. Como refere o Acórdão em anotação, “Nos presentes autos, atentos os intervenientes, a causa de pedir e o pedido, estamos perante um litígio emergente de relação jurídica administrativa de tutela da legalidade urbanística. Está em causa dar execução ao acto administrativo que, em 14.9.2006, determinou a demolição da obra de construção de um acrescento à cozinha...”, e sem o qual é “impossível materializar a posse administrativa”.

islativa da Assembleia da República [artigo 165.º, n.º 1, alínea p) da Constituição da República Portuguesa] —, incorre numa inconstitucionalidade orgânica, como foi ajuizado pelo nosso Tribunal Constitucional no seu Acórdão n.º 145/2009, proferido no âmbito do Processo nº 558/08.

Competindo a apreciação destes litígios aos Tribunais Administrativos, coloca-se irremediavelmente a questão de saber qual será, então, a forma de processo aplicável, ou seja qual o entendimento que se deve dar ao segmento da norma que remete para o “procedimento cautelar comum”¹². Fizemos este exercício a outro propósito¹³ e propusemos que, por razões de lógica e adequação processual, se deveria compreender a remissão feita no artigo 95.º, n.º 3 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação como apontando para as providências cautelares reguladas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, uma vez que assim se garantiria a aplicação, pelos Tribunais Administrativos, de regras processuais similares àquelas que regem o processo cautelar comum no âmbito processual civil.

Com esta solução não se perderia celeridade e eficácia, já que também as providências cautelares são processos urgentes ao abrigo do artigo 36.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, correndo em férias judiciais e dispensando vistos prévios, beneficiando, ainda, de um regime de urgência ao nível de recurso (artigo 147.º). Ademais, estabelece-se um regime particular de produção de prova (artigo 118.º, n.º 1), prazos curtos de decisão (artigo 119.º) e mecanismos especiais ao nível do contraditório que, de acordo com a doutrina, pode não ser garantido, por aplicação supletiva do disposto no artigo 385.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, caso se considere que a audiência põe em risco sério o fim ou a eficácia da providência¹⁴.

Não foi essa a solução judicial encontrada que considerou aplicável o processo de jurisdição voluntária regulado no artigo 1425.º do Código de Processo Civil (Suprimento de consentimento no caso de recusa), aplicável por força do artigo 1.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos¹⁵.

Não duvidamos que esta é uma solução ponderada e possível para resolver a questão da forma de processo que permite uma resposta célere às situações de necessidade de entrada no domicílio.

Já não nos parece, no entanto, que as razões invocadas para o recurso a esta forma de processo sejam as mais adequadas¹⁶.

¹² Outra das questões que se colocou no presente Acórdão foi a da ineptidão da petição inicial por não indicar a forma de processo. Apesar de esta nulidade processual ter sido sanada, por não ter sido impugnada atempadamente, tal constitui um claro indicador da importância da definição do adequado modelo processual dos mandados.

¹³ Cfr. a nossa anotação “Mandado, por quem? – Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 145/2009 (Proc.º 558/08)”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 78, 2009, p. 33-46.

¹⁴ José Carlos VIEIRA DE ANDRADE, *A Justiça Administrativa (Lições)*, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 364-365.

¹⁵ “Artigo 1425.º (Suprimento de consentimento no caso de recusa)”

1. Se for pedido o suprimento do consentimento, nos casos em que a lei o admite, com o fundamento de recusa, é citado o recusante para contestar.

2. Deduzindo o citado contestação, é designado dia para a audiência de discussão e julgamento, depois de concluídas as diligências que haja necessidade de realizar previamente.

3. Na audiência são ouvidos os interessados e, produzidas as provas que forem admitidas, resolver-se-á, sendo a resolução transcrita na acta da audiência.

4. Não havendo contestação, o juiz resolve, depois de obter as informações e esclarecimentos necessários.”

Segundo o Acórdão “... parece de se entender que o art. 95.º RJUE(5) não é aqui aplicável por se referir a inspecções e não a demolições ou a posse administrativa e sobretudo pelo facto de o Ac. n.º 145/2009 do TC ter declarado o n.º 3 daquele artigo 95.º organicamente inconstitucional, enquanto atribui competência ao juiz da comarca para conceder mandado para entrada em domicílio de pessoa que não dê o seu consentimento, no qual se desenvolvam actividades sujeitas a fiscalização por parte de funcionários municipais, por violação do disposto na alínea p) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa.”

¹⁶ Segundo o Acórdão “... parece de se entender que o art. 95.º RJUE(5) não é aqui aplicável por se referir a inspecções e não a demolições ou a posse administrativa e sobretudo pelo facto de o Ac. n.º 145/2009 do TC ter declarado o n.º 3 daquele artigo 95.º organicamente inconstitucional, enquanto atribui competência ao juiz da comarca para conceder mandado para entrada em domicílio de pessoa que não dê o seu consentimento, no qual se desenvolvam actividades sujeitas a fiscalização por parte de funcionários municipais, por violação do disposto na alínea p) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa.”

Por um lado, não vemos como é que o artigo 95.º, n.º 3 não deve ser aqui aplicável, uma vez que, apesar de o mesmo se inserir numa parte relativa a inspeções, no âmbito da fiscalização municipal, a sua ligação desta matéria com a das medidas de tutela da legalidade (no âmbito da qual se insere a demolição e o artigo 106.º do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação) é umbilical¹⁷. Para além de que se pode sempre continuar a questionar qual o modelo processual previsto no artigo 95.º, n.º 3 do Regime Jurídico da Urbanização e Edificação, pois decorre do aresto em anotação que o mesmo não é, em princípio, o do suprimimento do consentimento. Ficaremos, assim, com, pelo menos, dois modelos processuais, um aplicável às situações de inspeção preventiva (cuja forma está ainda por determinar) e outro aplicável à concretização de medidas de tutela da legalidade (o suprimimento do consentimento), o que não nos parece, de todo, razoável.

Por outro lado, o recurso — que parece ter sido decisivo — ao argumento da declaração de inconstitucionalidade do n.º 3 daquele artigo 95.º, enquanto atributivo de competência ao juiz da comarca para conceder mandado para entrada em domicílio de pessoa que não dê o seu consentimento, não pode proceder. Isto porque aquela declaração de inconstitucionalidade respeita apenas à dimensão orgânica da norma e não à parte em que a mesma regula a forma de processo. Naturalmente que a declaração de inconstitucionalidade da remissão para os Tribunais judiciais tem implicações ao nível processual, como, aliás, apurou o Tribunal Central Administrativo Sul, mas a verdade é que o aresto do Tribunal Constitucional não indica, nem poderia indicar, qualquer via processual a seguir, muito menos determina a substituição de aplicação do processo cautelar comum (previsto no Código de Processo Civil) pela aplicação de um processo de jurisdição voluntária (previsto também ele no Código de Processo Civil), ainda que em razão da remissão feita pelo artigo 1.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos¹⁸.

Por último, a solução por nós proposta é recusada pelo Tribunal Central Administrativo sul por implicar demasiadas adaptações, o que concedemos que possa suceder. No entanto, para além de a solução avançada pelo Tribunal não exigir menos adaptações do que aquelas que propomos, colocou-o perante uma tarefa incómoda, a de ajuizar em concreto se o princípio do contraditório não teria sido desrespeitado, pelo facto de a sentença ou resolução ter sido emitida durante o prazo que o Réu tinha para responder, quando o artigo 1425.º do Código de Processo Civil não permite qualquer derrogação àquele princípio. É certo que o Tribunal concluiu que não tinha ocorrido preterição do princípio do contraditório (por o Réu não ter saído prejudicado e por não ter impugnado a factualidade dada como provada), mas teria sido mais simples e claro aplicar as regras aplicáveis aos processos cautelares comuns, que para além de serem processos urgentes (correndo, por isso, em férias), permitem, como vimos, soluções ajustadas ao nível do contraditório.

Dulce Lopes

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹⁷ Cfr., neste sentido o nosso “Medidas de tutela da legalidade urbanística”, Revista do CEDOUA, n.º 14 Ano VII, 2-2004, pp. 49-90. Cláudio Monteiro inclui mesmo as medidas de tutela de legalidade no âmbito de uma fiscalização de tipo repressivo (“A fiscalização municipal das operações urbanísticas”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, 2010, Vol. IV, pp. 419-443).

¹⁸ Esta disposição manda aplicar supletivamente a lei de processo civil, com as necessárias adaptações, mas apenas quando o referido Código e o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais não incluam uma disposição ou solução processual adequada. Ora, pensamos, como já referimos, que esta passa pelo recurso direto às providências cautelares previstas no Código de Processo nos Tribunais Administrativos, pela similaridade que as mesmas apresentam com o processo cautelar comum previsto no âmbito judicial.

*RevCED*ÖUA

Recensões

Intergenerational Justice,
Axel Grosser e Lukas H. Meyer (org.),
Oxford University Press,
Oxford, 2009 (418 páginas).

Questões de justiça intergeracional já tomam a atenção de filósofos e pensadores políticos desde séculos atrás. Mas foi nas últimas décadas do século XX e início desse novo século, entretanto, que o tema se tornou alvo de profunda análise teórica por parte de diversos autores, bem como passou a figurar concretamente em diversas questões práticas. Hoje, preocupações sobre ética entre gerações estão em todo lugar, desde à necessidade de se combater o aquecimento global e outras questões ligadas ao meio ambiente até à assegu-
ração de fundos para futuras aposentadorias.

É nesse contexto que se insere a obra “Intergenerational Justice”, na qual dezesseis filósofos, incluindo os editores Axel Grosser e Lukas H. Meyer, examinam e exploram o tema da justiça intergeracional, tanto sob uma perspectiva estritamente filosófica quanto sob uma perspectiva prática. Nesse sentido, a obra foi dividida em duas partes: a primeira parte propõe-se a examinar de que forma varias teorias filosóficas encaram a questão. São elas: comunitarismo, libertarianismo, rawlsianismo, suficientismo, contractualismo, marxismo e abordagens baseadas em reciprocidade. A segunda parte, por sua vez, traz questões práticas e específicas, a exemplo de como essas teorias abordam a questão da motivação, como elas lidam com flutuações demográficas ou, ainda, como elas podem ser aplicadas nas questões do mundo real tais como a mudança climática.

De uma forma preliminar, a introdução da obra traz o seguinte questionamento: “O que há de tão especial na justiça intergeracional”? Em linhas gerais, a resposta para essa pergunta reside na possibilidade de existirem obrigações entre as gerações e na necessidade de se determinar o conteúdo de tais obrigações. Essa é a ideia mestra para todos os capítulos que se seguirão.

O capítulo primeiro abre a análise filosófica trazendo consigo a abordagem comunitarista. Segundo a autora Janna Thompson, uma sociedade política é, por sua própria natureza, intergeracional – seus membros, tomados em grupos, possuem um passado e um futuro. Sendo assim, nações são melhores descritas como ordenamentos políticos transgeracionais. Consequentemente, teorias de justiça, direitos e responsabilidade política devem refletir a importância de relações transgeracionais. Teorias liberais, em geral, falham em fazer isso por razões relacionadas ao problema da não-identidade (não saber quem serão exatamente as gerações futuras) ou à impossibilidade de contratar com pessoas que não existem. A perspectiva comunitarista, por sua vez, é aquela que consegue mais facilmente incorporar obrigações intergeracionais. Mas também esta enfrenta alguns problemas. O maior deles é o de que a vertente do “comunitarismo-forte” requer a existência de uma identidade comum para todos os cidadãos de uma nação, exigência esta que acaba por esmagar a multiculturalidade. Por essa razão é que a autora vem a defender a vertente do “comunitarismo-fraco”, segundo a qual as identidades das pessoas podem ser complexas e as nações podem (e devem) ser multi-culturais.

Aliado a isso, a razão para a qual a geração presente deve aceitar obrigações relacionadas ao passado ou ao futuro reside, segundo a autora, na ideia de “interesses transcendentais ao período de vida” (*lifetime-transcending interests*), que seriam aqueles interesses que possuem como objeto eventos, assuntos ou estados de coisas que já existiam antes do período de vida de uma pessoa e/ou que irão (ou poderão) existir após o seu período de vida. Esta ideia é bem ilustrada quando tomamos como exemplo as preocupações que temos

com o bem-estar de nossos filhos, netos e demais descendentes no futuro, ou com a nossa reputação póstuma, ou com o destino de projetos inacabados, ou ainda com a perpetuação de idéias, obras e trabalhos nossos ou dos nossos antecessores. E a grande razão de tomarmos esses interesses transcendentais ao período de vida em consideração reside no fato de que os mesmos, em essência, desempenham um papel fundamental na vida das pessoas e na formação de suas identidades: são eles que trazem significado à vida, e portanto são estritamente necessários para o estabelecimento de um plano de vida, seja uma vida tomada individualmente, seja uma vida em comunidade.

Nesse sentido é que membros de uma comunidade possuem um interesse moral em manter ou construir práticas e instituições que permitam que legítimos interesses transcendentais ao período de vida sejam cumpridos. Sendo assim, nascem o que a autora denominou de “obrigações transgeracionais”, que seriam as obrigações que os membros de uma sociedade política possuem no objetivo de garantirem condições para que os legítimos interesses transcendentais ao período de vida possam ser concretizados. Ao final, a autora lança a seguinte conclusão: a de que o comunitarismo, assim entendido, embasa e justifica uma convicção compartilhada por muitas pessoas: a de que elas pertencem a uma comunidade histórica de obrigação.

O capítulo 2, em seguida, traz reflexões baseadas na escola libertária, a qual apresenta uma diferente visão sobre a justiça intergeracional. Os autores Steiner and Vallentyne tomam como ponto de partida um tipo lockeano de libertarianismo. Nessa base, eles questionam sobre o que uma condição lockeana – que requer que se deixe o suficiente e tão bom quanto para os outros – exigiria se fosse aplicada no contexto intergeracional. A partir daí, os autores tecem considerações sobre várias questões, desde a quem recai a responsabilidade por prover crianças ao mundo (uma vez que a procriação é geralmente um ato voluntário) até o esgotamento de recursos naturais (como o petróleo) e a degradação do meio ambiente (a exemplo do aquecimento global). Sobre essas duas últimas questões (esgotamento e degradação), os autores arriscam uma análise que eles próprios reconhecem como especulação, devido à complexidade do tema: se o esgotamento ou degradação de um recurso natural ocorrer em benefício do avanço da tecnologia ou do conhecimento, por exemplo, então a falta desse recurso no futuro pode ser compensada com as vantagens advindas desse avanço tecnológico e científico.

O capítulo 3 analisa os problemas existentes ao se estender teorias de contrato à questões de justiça intergeracional, entre eles o de saber se é possível a cooperação entre gerações para além daquelas que se sobrepõem (que coexistem) e, se sim, se cada geração terá razões suficientes para comprometer-se. O autor Stephen Gardiner sugere que sim, e que a melhor forma de conceber essa relação seria se deixássemos de pensar no modelo individualizado de geração e passássemos a utilizar a forma mais universal possível da teoria contratual.

No capítulo 4, Axel Grosser discute a ideia da reciprocidade intergeracional. Usando uma estreita definição de reciprocidade, isto é, uma que impede qualquer das partes em uma relação recíproca de ser ou contribuinte líquido ou beneficiários líquido, Grosser examina fórmulas de contabilidade baseadas em reciprocidade acerca de nossas obrigações intergeracionais.

O objetivo do capítulo 5, por sua vez, é analisar como a obrigação de evitar exploração, entendida como um tipo distinto de injustiça, pode nos ajudar a entender o que nós devemos às gerações futuras. O autor Christopher Bertram desenvolve a seguinte ideia: a de que no núcleo das acusações de exploração, tais como a que Marx fez sobre a sociedade capitalista, reside a alegação de que a exploração, em essência, consiste na violação de um princípio de justa reciprocidade. E essa violação ocorre quando pessoas comprometidas em cooperarem em conjunto, geralmente dentro de um sistema institucional comum (mas não necessariamente), agem de forma a obterem um benefício que é imensamente desproporcional em relação àquilo com o que contribuíram. Desta forma, conclui o autor, uma vez que explorar pessoas é moralmente errado, temos que tomar cuidado para não agirmos de formas que pareçam piorar a relação contribuição-benefício daqueles que irão nos suceder. Exemplos

de ações que à partida já possuem esse caráter explorativo são a criação de altos débitos a serem pagos por gerações futuras e a degradação do meio ambiente.

Os capítulos 6 e 7, dos autores David Heyd e Daniel Attas, respectivamente, debatem a viabilidade da teoria contractualista de Rawls em obrigações intergeracionais. A pequena discussão de Rawls acerca do “princípio de poupança justa” em *A Theory of Justice* e as suas posteriores revisões têm sido altamente influentes na definição dos problemas de como nós podemos e devemos nos relacionar com as pessoas do futuro. Esses dois capítulos, assim, apresentam suas próprias visões (em alguns pontos contrastantes) sobre a teoria rawlsiana e a obrigação da geração presente de preservar, por exemplo, recursos naturais para as gerações futuras.

E para finalizar a primeira parte da obra, no capítulo 8 os autores Meyer and Roser nos apresentam razões para adotar a teoria suficientista na seara intergeracional. Uma das principais razões refere-se ao fato de que o suficientismo consegue responder satisfatoriamente ao problema da não-identidade. O fato de não sabermos quem serão as pessoas do futuro, ou seja, o fato delas não possuírem ainda uma identidade, é constantemente argumentado por alguns como razão para não termos quaisquer obrigações com as gerações futuras. Várias teorias que defendem as obrigações intergeracionais, entretanto, têm enfrentado esse problema da não-identidade, inclusive a teoria comunitarista apresentada no capítulo 1 e, agora, a teoria suficientista.

A parte II, que se propõe a trabalhar questões específicas de justiça intergeracional, traz temas variados dentro dessa seara, desde o combate à mudança climática (capítulo 13) até a ideia da constituição perpétua (capítulo 14), duas questões de caráter intergeracional por excelência. A ideia de constituição perpétua, inclusive, vêm sendo discutida desde Thomas Jefferson no século XVIII e apresenta-se, assim, como o primeiro debate filosófico sério sobre justiça intergeracional.

O tema da mudança climática, por sua vez, tem sido um dos grandes alvos de discussões sobre justiça intergeracional nos últimos anos. Aqui, o autor Clark Wolf primeiramente desenvolve toda uma análise filosófica que integra na mesma base noções do suficientismo com a teoria de Rawls's. Ao final, o autor propõe um modelo político-filosófico para a política climática que engloba dois estágios, à semelhança dos dois estágios na teoria da poupança de Rawls.

Segundo esse modelo, durante o estágio de austeridade, em resposta à natureza insustentável das emissões de gás estufa pelo homem no passado e no presente, a geração atual teria que aceitar a imposição de metas de emissão desses gases abaixo do nível de sustentabilidade, ou seja, teria que emitir menos do que daquilo que a natureza comprovadamente consegue depurar num ritmo normal. Com o passar do tempo e com a normalização de tais gases na atmosfera, então poderíamos voltar a subir as emissões para o limite de seu nível de sustentabilidade.

Chegamos ao fim da obra, e é interessante notar que, embora não exista uma vinculação entre os capítulos e entre os seus autores, os temas da segunda parte acabam por mencionarem ou mesmo por se utilizarem de teorias filosóficas já discutidas na primeira parte, tal como ocorreu na aproximação da teoria de Rawls com o tema da mudança climática.

De uma forma geral, portanto, percebe-se que o intuito da obra não está apenas em provocar uma discussão filosófica abstrata sobre justiça intergeracional; é igualmente intuito da obra apresentar pontos de contato entre a discussão filosófica e o mundo real, aquele onde situações, fatos e eventos sobre justiça intergeracional estão em ocorrência e precisam urgentemente de algo que lhes indique a melhor direção a ser tomada. Uma filosofia prática, portanto, seja talvez parte desse algo que consiga fornecer a resposta necessária.

Isabella Pearce de Carvalho Monteiro

Mestre e Doutoranda, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

RevCEDÖUA

Dossier



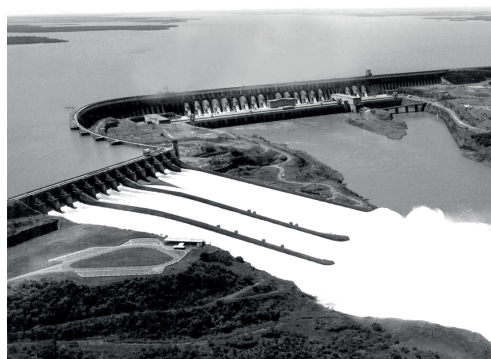
Segurança energética, ambiente e apagões

1. Introdução

Actualmente não são já apenas os impactos ambientais das diferentes fontes energéticas que se apresentam como a preocupação central da doutrina ambiental: nestes domínios têm vindo a adquirir um relevo crescente as questões associadas à segurança energética. O acidente ocorrido em março de 2011, envolvendo a Central Nuclear de Fukushima Daichii no Japão, demonstrou que existem importantes repercussões não apenas ambientais, mas também económicas e sociais decorrentes de falhas energéticas.

A falha do fornecimento de energia elétrica ocorrida no Brasil em 2001, conhecida como “crise do apagão”¹, é bem prova disso, muito embora fosse previsível a sua ocorrência, principalmente nas suas grandes metrópoles, tendo em conta a forte queda

dos índices pluviométricos e a prolongada seca daí decorrente, devido à escassez de água nos reservatórios das hidrelétricas². O problema foi ainda agravado por um déficit na capacidade de transmissão de eletricidade entre as regiões brasileiras.



¹ Especialistas afirmam que a falta de planejamento aliada aos equívocos cometidos durante a privatização do setor e da ausência de investimentos, públicos ou privados, levaram o Brasil à maior crise energética das últimas décadas. DIAS, Jefferson Aparecido. *Crise Energética*. Revista de Direito do Consumidor, nº 39, ano 10, jul./set. 2001, pp. 181/198.

² Os reservatórios das hidrelétricas funcionam como uma espécie de poupança, em razão da variação dos níveis de chuva a cada ano. Para se ter uma idéia de como a forte queda dos índices pluviométricos afetaram o nível de água nos reservatórios, verificou-se que em 1997 os reservatórios terminaram o período seco com 66% de água armazenada. Em 1999, esse índice caiu para 18%, e em 2001, permaneceu em níveis dramáticos. TOLMASQUIM, Maurício. *As origens da crise de energia elétrica*. Ambiente & sociedade, nº 6-7, Campinas, jan./jun. 2000. Disponível em: www.scielo.br. Acesso em: 28 de dezembro de 2011.

Para conter os efeitos da crise, o então presidente, Fernando Henrique Cardoso, editou a Medida Provisória nº 2.152/2001 que determinava metas de consumo de energia, com o escopo de diminuí-lo em 20% relativamente à média dos meses de maio, junho e julho do ano anterior (2000)³. Caso os consumidores residenciais, rurais, comerciais industriais e do setor de serviços e outras atividades ultrapassem as referidas metas, seria cobrada uma tarifa especial e determinada a suspensão temporária do fornecimento de energia aos reincidentes. As consequências desta medida foram a maior, mais rápida e significativa poupança de energia por parte da população brasileira jamais verificada.

Apesar desta poupança, foram elevadas as perdas econômicas resultantes desta crise. Segundo a estimativa da Fundação Getú-

lio Vargas, a crise do apagão foi responsável pela redução de 2% do PIB (Produto Interno Bruto) brasileiro⁴: o apagão custou R\$ 60 bilhões ao Brasil o que, dividido pelos 186 milhões de brasileiros, comporta um custo individual na ordem dos R\$ 320,00⁵.



³ Art.14. Os consumidores residenciais deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a: I - cem por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, para aqueles cuja média de consumo mensal seja inferior ou igual a 100 kWh; e II - oitenta por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, para aqueles cuja média de consumo mensal seja superior a 100 kWh, garantida, em qualquer caso, a meta mensal mínima de 100 kWh. [...]

Art. 16. Os consumidores comerciais, industriais, do setor de serviços e outras atividades enquadrados no grupo B constante do inciso XXIII do art. 2º da Resolução ANEEL nº 456, de 2000, deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a oitenta por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000. [...]

Art. 17. Os consumidores comerciais, industriais e do setor de serviços e outras atividades enquadrados no grupo A constante do inciso XXII do art. 2º da Resolução ANEEL nº 456, de 2000, deverão observar metas de consumo de energia elétrica correspondentes a percentuais compreendidos entre setenta e cinco e oitenta e cinco por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000, na forma estabelecida pela GCE, que disporá inclusive sobre as hipóteses de regime especial de tarifação e de suspensão e interrupção do fornecimento de energia elétrica decorrentes do descumprimento das respectivas metas. [...]

Art. 18. Os consumidores rurais deverão observar meta de consumo de energia elétrica correspondente a noventa por cento da média do consumo mensal verificado nos meses de maio, junho e julho de 2000. _____ MP nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001. *Cria e instala a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, do Conselho de Governo, estabelece diretrizes para programas de enfrentamento da crise de energia elétrica e dá outras providências.* Disponível em: <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/2001/2152-2.htm>. Acesso em: 29 de dezembro de 2011.

⁴ A FGV calcula o prejuízo, por cima, em 2 pontos percentuais do crescimento do PIB previsto para 2001 e 800 mil empregos. SCHWARTSMAN, Hélio. *O apagar de uma era ou o Iluminismo de FHC*. Pensata. Folha Online, maio 2001. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/pensata/helioschwartzman/ult510u356043.shtml>. Acesso em: 03/01/2012.

⁵ Incidentalmente, o gráfico confirma o fantástico custo imposto à sociedade brasileira pela barbearagem administrativa que se chamou “apagão de FHC”. Ele confirma a estimativa feita pela Fundação Getúlio Vargas, no segundo trimestre de 2001, que o crescimento do PIB do ano se reduziria entre 2% e 2,5%. No nível do PIB nominal atual, isso representa 50 bilhões de reais, além dos quase 10 bilhões de reais, em valor atual, pagos pelos consumidores como “taxa do apagão” para remendar a surpresa causada pela tragédia anunciada desde 1999! Ao todo, uma nota de 60 bilhões de reais que, trocada em miúdos, corresponde a uma cobrança de 320 reais que o governo FHC pendurou na conta de cada um dos 186 milhões de brasileiros. NETTO, Delfim. *Crescimento e Apagão*. Sextante. Revista Carta Capital. Brasil: Editora Confiança LTDA., jun. 2006.

A Angola é outro país que tem sofrido com a falta de segurança energética. Luanda é alvo de inúmeros cortes de energia que têm deixado praticamente a cidade inteira na escuridão. De acordo com as justificativas dadas pela Empresa Nacional de Electricidade (ENE), os apagões na capital angolana “têm a ver com a fraca produção de energia causada pela avaria de vários equipamentos”⁶.

Os apagões em Angola transformam a vida dos habitantes num verdadeiro caos, já para não mencionar a poluição sonora causada pelo barulho ininterrupto de geradores.

Em Portugal, em dezembro de 2010, um tornado com rajadas de vento de mais de 200 km por hora, durou apenas alguns segundos mas provocou feridos e avultados danos materiais, além de estragos em mais de 100 postes de electricidade, que provocaram um apagão de alguns dias em diversas localidades na zona do Oeste.

Ora, os problemas sociais resultantes da falta de abastecimento energético são também relevantes, assumindo maior impacto quando estão em causa sistemas sensíveis – como os sistemas hospitalares – que não tenham um gerador ou outra fonte alternativa de energia, o que pode provocar a paralisação de unidades de cuidados intensivos, o impedimento de cirurgias e a morte de muitos pacientes. Além de questões de saúde pública, os apagões afetam também, quase sempre, sistemas ligados à segurança pública, o que pode ser catastrófico se deixarem de funcionar.

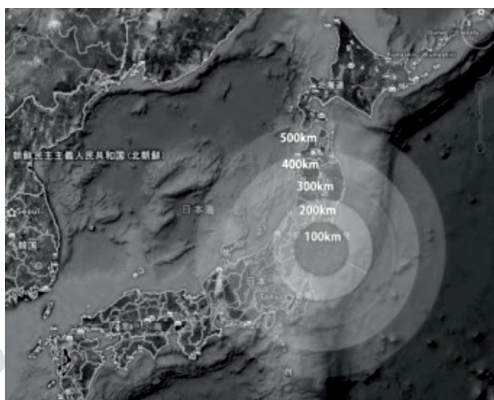
Partindo do que foi afirmado, principalmente da existência de uma série de sistemas sensíveis que dependem do fornecimento energético, como a produção de energia nuclear, é de extrema importância indagar se estão a ser garantidas alternativas para minimizar os riscos caso ocorra uma tragédia que impeça o seu fornecimento.



⁶ ANGONOTÍCIAS. *Energia insuficiente causa apagões em Luanda*. Disponível em: <http://www.angonoticias.com/Artigos/item/27342>. Acesso em: 02/01/2012.

2. Riscos naturais e tecnológicos em cadeia

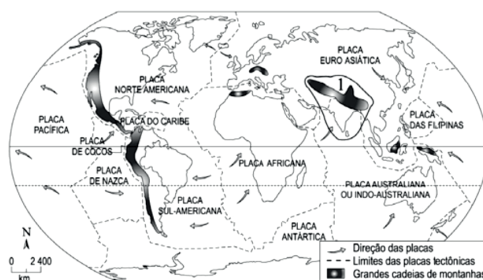
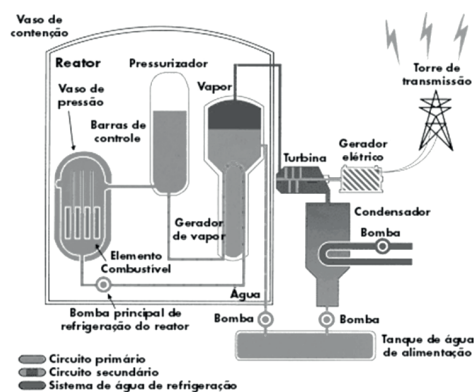
O acidente de Fukushima, provocado por um terremoto seguido de um tsunami, colocou na ordem do dia os problemas suscitados por catástrofes ambientais, imprevisões dos riscos e de segurança associada à energia nuclear, afectando a sua produção e o seu futuro, como o realçou o relatório anual da Agência Internacional de Energia (AIE), publicado em novembro de 2011, que previu que as capacidades mundiais de produção nuclear podem cair de 393 giga watts no final de 2010 para 335 giga watts em 2035, correspondendo a uma redução de cerca de 15%⁷.



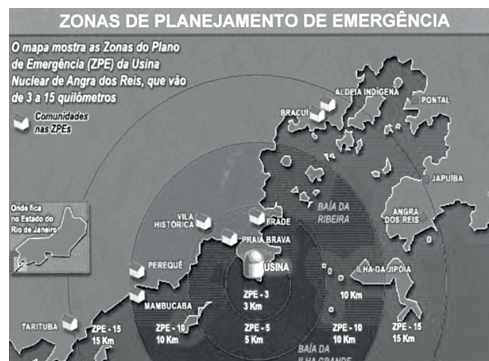
O complexo acidente nuclear de Fukushima resultou da incapacidade de controlar o processo de fissão, pelo arrefecimento do núcleo do reator, em virtude da falha energética que se seguiu ao abalo sísmico e ao tsunami.

No caso brasileiro, as duas usinas nucleares em operação, situadas no município

de Angra do Reis, no litoral sul do Rio de Janeiro, apresentam condições de segurança substancialmente diferentes.



Apesar de no raio de 20 km viverem 170 mil pessoas, a grande diferença é, desde logo, a localização (longe do ponto de encontro de placas tectônicas), e depois, a tecnologia (reatores de água pressurizada com dois circuitos independentes). No entanto, existem outros factores de preocupação, como as chuvas abundantes e as difíceis condições de acesso rodoviário.



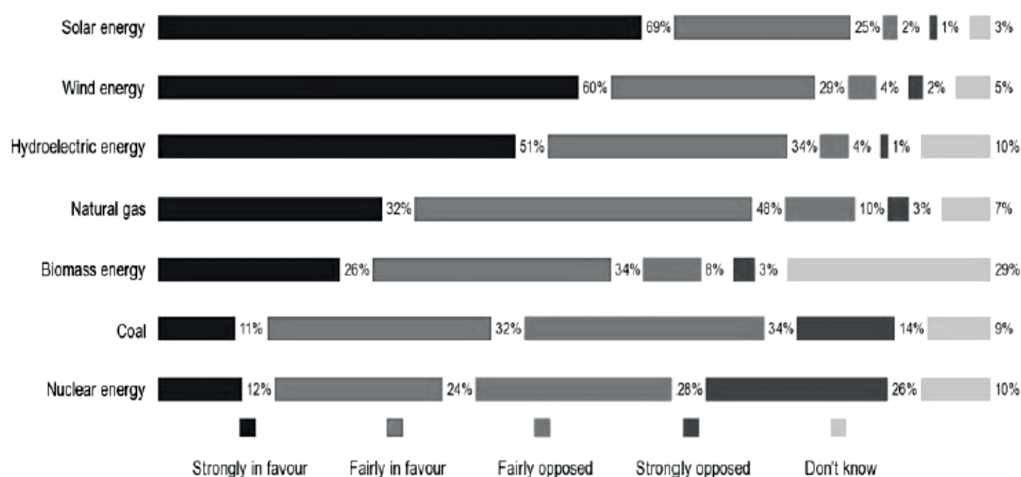
⁷ AGENCY, International Energy. *World Energy Outlook*. Paris, França, nov. 2011.

3. Percepção Social do Risco Nuclear

O desastre com a usina de Fukushima contribuiu para o aumento da rejeição da opinião pública mundial ao uso de energia nuclear, ressuscitando a problemática da percepção social dos riscos da atividade atômica.

A energia nuclear é a fonte energética de menor popularidade. Esta é uma das conclusões do Eurobarômetro sobre a visão dos europeus em relação ao uso de diferentes fontes de energia. Analisando o gráfico abaixo, mais da metade (54%) dos entrevistados se opuseram ao nuclear, quase três em cada dez (28%) indicaram que possuem “bastante oposição” e mais um quarto (26%) relatou ser “fortemente contra”, muito maior do que o nível de oposição a outros modelos energéticos. O relatório “Public Awareness and Acceptance of CO₂ capture and storage”⁸, publicado em maio de 2011, revela que as pessoas estão mais favoráveis à energia renovável do que outras fontes de energia, principalmente a solar (94%), a eólica (89%) e hidrelétricas (85%).

QE12. To what extent are you in favour of or opposed to the use of the following sources of energy in (OUR COUNTRY)?



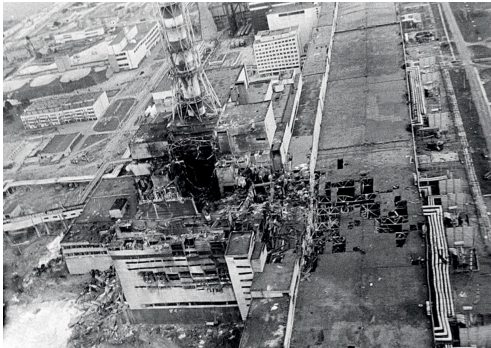
Base: TOTAL (n=13091)

Já de acordo com a pesquisa encomendada pela BBC e realizada pela GlobeScan, publicada em novembro de 2011, no resultado entre os 12 países que possuem usinas nucleares em operação, 69% dos entrevistados disseram se opor a construção de novas centrais, enquanto 22% são a favor⁹. O que demonstra as “ondas de choque” do desastre de Fukushima em todo mundo.

Esta foi uma das características que determinou a singularidade do acidente nas usinas do Japão, traduzindo-se num fator que não estava presente nos desastres de Three Mile Island nem no de Chernobyl, pois a sua cobertura diária era acompanhada praticamente ao vivo e on-line por todo o mundo.

⁸ 364, Special Eurobarometer. *Public Awareness and Acceptance of CO₂ capture and storage*: Conducted by TNS Opinion & Social at the request of Directorate-General for Energy. Disponível em: http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_364_en.pdf. Acesso em: 27/12/2011.

⁹ BRASIL, bbc. *Após Fukushima, 79% dos brasileiros não querem novas usinas nucleares*. Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/11/111124_pesquisa_nuclear_bbc_pai.shtml. Acesso em: 05/01/2012.



Evidentemente que isso joga com a questão fundamental da aceitabilidade social da atividade atômica, mais importante até do que a discussão da técnica da energia nuclear.

Dessa forma, a evolução da política energética deve garantir o cuidado ambiental das novas fontes de energia, mas ao mesmo tempo deve assegurar a segurança energética, já que as falhas desse sistema podem causar efeitos ambientais, sociais e econômicos certamente muito graves, merecendo, portanto, ser analisada sob uma perspectiva do desenvolvimento sustentável.

Caio César Torres Cavalcanti
Mestrando da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

RevCEDÖUA

Abstracts

Algumas considerações sobre a justiça e a eficiência da tributação ambiental

Este artigo analisa a importância da introdução de considerações de equidade, a par das tradicionais questões de eficiência, na configuração de impostos com finalidade ambiental, concluindo-se que tal diferença em termos de abordagem é previsível que conduza a resultados diferentes daqueles que normalmente estão associados a este tipo de instrumento de regulação. A adopção de instrumentos de regulação ambiental coerentes neste âmbito tem sido colocada em causa pela insuficiência das construções teóricas que a suportam e da consideração das referidas questões de equidade, gerando ineficiência e oposição pública à adopção de impostos ambientais. Os aspectos sobre os quais recai a análise proposta incluem a identificação do sujeito passivo do imposto, a delimitação da fronteira da sua responsabilidade, os potenciais usos da receita fiscal e a utilização de regimes preferenciais e de subsídios.

Palavras-chave: Princípio de accountability; princípio do poluidor pagador; racionalidade económica; racionalidade ética; racionalidade normativa; alocação de custos; teoria de Pigou; mudanças comportamentais; subsídios aos poluidores.

Keywords: Accountability Principle; Polluter Pays Principle; economic rationale; ethical rationale; normative rationale; concept of justice; cost allocation; Pigouvian theory; behavioural change; subsidies to polluters.

Claudia Dias Soares

Professora Auxiliar. Universidade Católica Portuguesa.

A electricidade verde, a remuneração razoável e a harmonização de sistemas tarifários: quem tem medo da regulação económica?

Renewable electricity generation is everyone's desire, but it also represents a difficult issue when one has to define fair and equitable economic regulation regimes for renewable generating stations that, at the same time, guarantee a sustainable price afforded by final consumers. Portugal has not yet approved a unitary legal regime for the renewable electricity generation activity and faces now a difficult problem to be solved: warranting the universality of the service through efficient and fair prices without comprising investments in renewable generating stations, which represent nowadays a relevant market share. If we assemble this concerns with the European directives accomplishment and the harmonization with Spain's options under MIBEL, we have highlighted all unsettled matters. The answers developed in other electricity markets experiences let us conclude that difficulties are mainly political, because legally the solution can only be an efficient economic regulation requiring a clever interpretation of juridical principles under the new economic world order.

Keywords: renewable energies; feed-in tariff; economic regulation; electricity markets

Suzana Tavares

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

The “instrumentalization” of natural monopolies against opening routes to energy efficiency measures

This article intends to analyze some of the various issues raised by the current legal framework for low-voltage electricity distribution, particularly regarding public lighting management. The author essentially aims to discuss the traditional argument that – based on the “theory” of “natural monopolies” – advocates the indivisibility of the granting of low-voltage electricity distribution, which would thus render it impossible for the grantors to adopt the legal and management measures designed to improve energy efficiency.

Keywords: granting of low voltage electric power distribution network; “natural monopolies”; competition; public lighting; energy efficiency.

Licínio Lopes Martins

Assistant at the Faculty of Law of the University of Coimbra

Oil exploration and production at the sea and Brazilian Environmental Law

The work aims to discuss the relations between Brazilian Environmental Law and Oil & Gas exploration and production (UPSTREAM). After the discovery of a huge deep water oil reserve in Brazil (known as “pré-sal”) there are a lot of changes in different aspects of Oil and Gas Law. After a short notice of those changes, the article turns to environmental permits and environmental impact assessment regulations – also recently changed – and then to different aspects of liability, including environmental tort Law, criminal, and administrative Law. Finally, the article briefly discuss some recent developments on carbon capture and storage (CCS) regulations under the clean development mechanism (CDM) of the United Nations Framework Convention on Climate Change and its possible future application in Brazil.

Keywords: Oil and Gas (upstream) exploration and production offshore. Environmental Law in Brazil. Environmental permits and liability. CCS. CDM.

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas

Procurador do Estado do Rio de Janeiro e doutorando da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

The City and Energy Planning

Improving energy efficiency is vital not only because it represents a considerable saving in financial resources, but also because it leads both to the reduction of greenhouse gases and to the attenuation of the usually conflicting dependency between suppliers and consumers of fossil fuels. On this particular matter, is often disregarded the fact that cities should play an important role. First, by reason of a quantitative aspect: since 2008, world population is mostly urban. Hence, there would be no mistake in a statement which says that “humanity is urban”. Second, by reason of a qualitative aspect: urban planning is a fertile field for the implementation of measures aimed at efficient energy expenditure. Such measures should be brought together in a regulatory framework in order to cope properly with the issue.

Keywords: energetic efficiency; urban planning; Directive 2010/31/EU; new administrative law.

Everton Luis Gurgel Soares

*City Prosecutor for the Environment and Urban Planning in Fortaleza, Brazil
Master student at the Faculty of Law of the University of Coimbra*

Legal regulation of ethanol in Brazil

Being a clean energy source, ethanol has more advantages than disadvantages. Its energetic efficiency as well as its sustainability will make it an appealing alternative for oil. Brazil was a pioneer state in the promotion of ethanol. Now it must create a legal framework for this expanding market, ensuring both socio-economic development and environmental sustainability.

Keywords: Ethanol, biofuel; renewable energy sources; environmental externalities; energetic policy.

Caio de Oliveira Cavalcanti

Master student at the Faculty of Law of the University of Coimbra

Últimas Aquisições
Bibliográficas

Livros entrados – Revista cedoua n.º 28

AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE

Knowledge base for Forward-Looking Information and Services (FLIS): a platform to support long-term decision-making / European Environment Agency. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. <http://dx.doi.org/10.2800/63246>

ISBN 9789292131692 DOI 10.2800/63246 TH-30-11-020-EN-C [Centro de Documentação Europeia]

AGÊNCIA EUROPEIA DO AMBIENTE

O ambiente na Europa: situação perspectiva 2010: síntese / Agência Europeia do Ambiente. - Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010. <http://dx.doi.org/10.2800/50651>

ISBN 9789292131241 DOI 10.2800/50651 TH-31-10-694-PT-C [Centro de Documentação Europeia]

AGUA, UN DERECHO Y NO UNA MERCANCÍA

Agua, un derecho y no una mercancía: propuestas de la sociedad civil para un modelo público de agua / coord. Jaume Delclòs. - 1ª ed. - Barcelona: Icaria, 2009. - (Icaria. Ecología Humana; 103). ISBN 9788498880670

ALEGRIA, Márcia Cristina Estrela

O direito ao ambiente: natureza, exercício e tutela público-privada / Márcia Cristina Estrela Alegria. - Coimbra: [s.n.], 2010. - Dissertação do 2º ciclo em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

BESONDERES VERWALTUNGSRECHT

Besonderes Verwaltungsrecht / hrsg. S. Bachmann... [et al.]. - 8., aktual. Aufl. - Wien; New York: Springer Verlag, 2010. - xxxi - (Springers Kurzlehrbücher der Rechtswissenschaft).

ISBN 9783709103401

BIRNIE, Patricia W.

International law and the environment / Patricia Birnie, Alan Boyle, Catherine Redgwell. - 3rd ed. - Oxford; New York: Oxford University Press, 2009.

ISBN 9780198764229

BOTELHO, Catarina Isabel Almeida

A informação prévia no ordenamento jurídico-urbanístico português / Catarina Isabel Almeida Botelho. - Coimbra: [s.n.], 2010. - Dissertação do 2º ciclo em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

CARVALHO, Catarina Paula Faria

O lugar dos animais no ordenamento jurídico português: direitos dos animais ou direito ao bem-estar animal? / Catarina Paula Faria Carvalho. - Coimbra: [s.n.], 2010. - Dissertação do 2º ciclo em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

CENTRO EUROPEU DE PREVENÇÃO E CONTROLO DAS DOENÇAS

Climate change and communicable diseases in the EU Member States: handbook for national vulnerability, impact and adaptation assessments: ECDC technical document / European Centre for Disease Prevention and Control. - [Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011]. <http://dx.doi.org/10.2900/27967>

ISBN 9789291932061 DOI 10.2900/27967 TQ-32-10-238-EN-C [Centro de Documentação Europeia]



COMISSÃO CE

Alterações climáticas: de que se trata?: uma introdução para os jovens / Comissão Europeia; Direcção-Geral do Ambiente. - Luxemburgo: Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2009. <http://dx.doi.org/10.2779/70703>
ISBN 9789279095542 [Centro de Documentação Europeia].

COMISSÃO EUROPEIA. Centro Comum de Investigação

PV status report 201: research, solar cell production and market implementation of photovoltaics / [ed.] European Commission. DG Joint Research Centre, Institute for Energy, Renewable Energy Unit; [aut.] Arnulf Jäger-Waldau. - Luxembourg: Office for Official Publications of the European Union, 2011. - (JRC Scientific and technical reports). - (EUR scientific and technical research, 1831-4155). <http://dx.doi.org/10.2788/15590>
ISBN 9789279201714 DOI 10.2788/15590 LB-XB-11-001-EN-C [Centro de Documentação Europeia]

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente

52 gestos para a biodiversidade / Comissão Europeia. Direcção-Geral do Ambiente. - Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011. - <http://dx.doi.org/10.2779/9708> ISBN 9789279186295 DOI 10.2779/9708 KH-32-10-600-PT-C [Centro de Documentação Europeia]

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente

EU environment policy supporting jobs and growth / European Commission. Directorate-General for Environment. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011.
<http://dx.doi.org/10.2779/7532>
ISBN 9789279199899 DOI 10.2779/7532 KH-32-11-715-EN-C [Centro de Documentação Europeia]

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente

Imagina e desenha um melhor ambiente com o Tom / Comissão Europeia. Direcção-Geral do Ambiente. - Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011. - Livro ilustrado para colorir. <http://dx.doi.org/10.2779/77386>
ISBN 9789279184314
DOI 10.2779/77386 KH-31-10-910-PT-C [Centro de Documentação Europeia]

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente

LIFE preventing species extinction: safeguarding endangered flora and fauna through ex-situ conservation / European Commission. Directorate-General for the Environment. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. - (LIFE Focus, 1725-5619). <http://dx.doi.org/10.2779/91189>
ISBN 9789279200267 DOI 10.2779/91189 KH-AJ-11-003-EN-C [Centro de Documentação Europeia]

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente

Natura 2000: conservação em parceria: actualização 2009 / Comissão Europeia. Direcção-Geral do Ambiente. - Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2009. (Natura 2000). <http://dx.doi.org/10.2779/7148> KH-71-09-401-PT-C [Centro de Documentação Europeia]

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente

O Benny é um campeão! / Comissão Europeia. Direcção-Geral do Ambiente; texto, Benoît Coppée; ilustr. Nicolas Viot; realização técnica, European Service Network. - Luxembourg: Serviço das Publicações da União Europeia, 2011. <http://dx.doi.org/10.2779/72005>
ISBN 9789279183775 DOI 10.2779/72005 KH-32-10-583-PT-C [Centro de Documentação Europeia]

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral do Ambiente

Soil: the hidden part of the climate cycle / European Commission. Directorate-General for the Environment. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011 <http://dx.doi.org/10.2779/30669>

ISBN 9789279192692 DOI 10.2779/30669 KH-79-11-105-EN-C [Centro de Documentação Europeia]

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Educação e da Cultura

The Culture Programme 2007-2013: Culture in Motion / European Commission. Directorate -General for Education and Culture. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. <http://dx.doi.org/10.2766/69887>

ISBN 9789279164255 10.2766/69887 NC-32-10-385-EN-C [Centro de Documentação Europeia]

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Energia

EU energy trends to 2030: update 2009 / European Commission. Directorate-General for Energy; in collab. with Climate Action DG and Mobility and Transport DG. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. <http://dx.doi.org/10.2833/21664>.

ISBN 9789279161919 DOI 10.2833/21664 MJ-31-10-512-EN-C [Centro de Documentação Europeia]

COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Mobilidade e dos Transportes

White Paper on transport: roadmap to a single european transport area: towards a competitive and resource-efficient transport system / European Commission. Directorate-General for Mobility and Transport. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. <http://dx.doi.org/10.2832/30955>

ISBN 9789279182709 DOI 10.2832/30955 MI-32-10-580-EN-C [Centro de Documentação Europeia]

COMISSÃO EUROPEIA. Eurostat EU transport in figures / European Commission

Eurostat – Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2011. (Statistical pocketbook, 1831-998x). <http://dx.doi.org/10.2832/47741>

ISBN 9789279195082 DOI 10.2832/47741 MI-AA-11-001-EN-C [Centro de Documentação Europeia]

COMISSÃO EUROPEIA. Eurostat

Energy, transport and environment indicators / European Commission. Eurostat. - 2010 ed. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011. (Pocketbooks, 1725-4566). <http://dx.doi.org/10.2785/52270>

ISBN 9789279163036 DOI 10.2785/52270 KS-DK-10-001-EN-C

COMISSÃO EUROPEIA. Eurostat

Forestry in the EU and the world: a statistical portrait / European Commission. Eurostat. - 2011 ed. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011– (Statistical books. Agriculture and fisheries). <http://dx.doi.org/10.2785/13022>

ISBN 9789279199882 DOI 10.2785/13022 KS-31-11-137-EN-C [Centro de Documentação Europeia]

COMISSÃO EUROPEIA. Eurostat

Using official statistics to calculate greenhouse gas emissions: a statistical guide / European Commission. Eurostat. - 2010 ed. - Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2010. (Statistical books).

CONSELHO DA EUROPA. Secretariado-Geral

Climate change: key terms in 23 languages / European Council. General Secretariat. - Brussel: European Council, 2011. - (Expert series). <http://dx.doi.org/10.2860/78767>

ISBN 9789282429273 DOI 10.2860/78767 QC-32-11-695-EN-C [Centro de Documentação Europeia].



CRISTO, Andreia Alexandra Ferreira

A especificidade do instituto da caducidade no direito administrativo, em especial no âmbito da gestão urbanística / Andreia Alexandra Ferreira Cristo. - Coimbra: [s.n.], 2010. - Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

CUNHA, Gabriel Pacheco Melo

A responsabilidade ambiental e a garantia bancária autónoma / Gabriel Pacheco Mello Cunha. - Coimbra: [s.n.], 2010. - Dissertação do 2º ciclo de Estudos em Direito, em Ciências Jurídico-Civilísticas, Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

DAS PROJEKT EINES UMWELTGESETZBUCHS 2009

Das Projekt eines Umweltgesetzbuchs 2009 / hrsg. Eberhard Bohne, Michael Kloepfer. - Berlin: Duncker & Humblot, c. 2009. - (Schriften zum Umweltrecht ; Band 165). ISBN 9783428131730

DRIVERS AND BARRIERS FOR IMPLEMENTING SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN HIGHER EDUCATION

Drivers and Barriers for Implementing Sustainable Development in Higher Education: Goteborg Workshop december 7-9, 2005 / ed. J. Holmberg, B.E. Samuelsson. - Paris: UNESCO, 2006. - (Education for sustainable development in action. Technical paper; 3).

ECO-EFFICIENCY AND BEYOND

Eco-efficiency and beyond: towards the sustainable enterprise / ed. Jan-Dirk Seiler-Hausmann, Christa Liedtke, Ernst Ulrich von Weizsäcker. - Sheffield: Greenleaf Publishing, 2004. ISBN 1874719608

ENVIRONMENTAL LAW AND JUSTICE IN CONTEXT

Environmental law and justice in context / ed. Jonas Ebbesson, Phoebe Okowa. - Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780521879682

FERREIRA, Susana Catarina Carvalho

As medidas de tutela da legalidade urbanística / Susana Catarina Carvalho Ferreira. - [S.l.: s.n.], 2009. Dissertação de mestrado em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

FRANÇA. Leis, decretos, etc

Code de l'environnement: commenté / annotée et commenté par Chantal Cans, Philippe Billet; coordination éditoriale par Edith Dejean. - 13e éd. - Paris: Dalloz, 2010. ISBN 9782247086405

FRANÇA. Leis, decretos, etc

Code de l'environnement et autres textes relatifs au développement durable / sous la direction de Cristian Huglo, Jehan de Malafosse; avec la collaboration de Marie-Pierre Maître... [et al.]. - 4e éd. - Paris: Litec, 2010. ISBN 9782711009022

GAS, Tonio

Baurecht: Schnell erfasst / Tonio Gas. - Berlin; Heidelberg ; New York: Springer, 2006. - (Recht-schnell erfasst). ISBN 354023683X

GLOBAL CONFERENCE ON ENVIRONMENTAL TAXATION, 8., Munique, 2007

Critical issues in environmental taxation / edited by Jacqueline Cottrell... [et al.]. - Oxford: Oxford University Press, 2009. - xlix, (International and comparative perspectives; Vol. 6). - "This volume consists of a selection of the best papers presented at the Eight Global Conference on Environmental Taxation, entitled 'Innovation, Technology and Employment: Impacts of Environmental Fiscal Reform and other Market-Based Instruments', which took place in Munich from 18 to 20 October 2007". ISBN 9780199566488

GUIMARÃES, Natália Arruda

O direito à cidade culturalmente preservada: os planos diretores municipais e a tutela do patrimônio cultural imóvel no Brasil / Nathália Arruda Guimarães. - Coimbra: [s.n.], 2010. - Tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

ITÁLIA. Leis, decretos, etc

Codice dell'ambiente: annotato con dottrina, giurisprudenza e formule / Raffaele Greco. - Roma: Nel Diritto Editore, 2009. (Codice del Professionista). ISBN 9788895675404

LEGAL DESIGN OF CARBON CAPTURE AND STORAGE

Legal design of carbon capture and storage: developments in the Netherlands from an international and EU perspective / ed. Martha M. Roggenkamp, Edwin Woerdman. - Antwerp; Oxford; Portland: Intersentia, c. 2009. - (Energy & Law; 10). ISBN 9789050958011

LEUENBERGER, Deniz Zeynep

Sustainable development for public administration / Deniz Zeynep Leuenberger, John R. Bartle. - Armonk; London: M.E. Sharpe, c. 2009. ISBN 9780765622723

LINS, Gabriela Maria Pinho

Responsabilidade penal internacional das empresas transnacionais quanto aos crimes do ambiente / Gabriela Maria Pinho Lins. - Coimbra: [s.n.], 2010. Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

LUZ, Nereida Simone do Rosário da,

O regime jurídico cabo-verdiano de avaliação de impacte ambiental / Nereida Simone do Rosário da Luz. - Coimbra: [s.n.], 2010. - Dissertação do 2º ciclo em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Dissertação do 2º ciclo - 2010 / Avaliação de impacto ambiental / Direito do ambiente -- Cabo Verde

MACHADO, Carla Sofia Ferreira

Operações urbanísticas: com ou sem cedências?: o contributo das cedências para o adequado crescimento das cidades / Carla Sofia Ferreira Machado. - Coimbra: [s.n.], 2010. - Dissertação do 2º ciclo em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

MARKUS, Till

European fisheries law: from promotion to management / Till Markus. - Groningen: Europa Law Publishing, 2009. ISBN 9789089520036

MAURÍCIO, Ana Rita Moreira de Carvalho

O acto de aprovação do projecto de arquitectura / Ana Rita Moreira de Carvalho Maurício. - [S.l.: s.n.], 2009. - Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

MELO, Roberta Correia Vaz de,

A insônia da princesa da fábula: acordos ambientais e governância / Roberta Corrêa Vaz de Mello. - Coimbra: [s.n.], 2009. - Dissertação de mestrado em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

NAIDU, B. David

Biotechnology & nanotechnology: regulation under environmental, health, and safety laws / B. David Naidu. - Oxford [England]; New York: Oxford University Press, c2009. ISBN 9780195340082

PARQUE NATURAL SIERRA DE ANDÚJAR

Parque Natural Sierra de Andújar: PORN, PRUG / coord. Rafael Pinilla Muñoz. - [Andújar]: Consejería de Medio Ambiente. Junta de Andalucía, 2005. + CD-ROM.

OLIVEIRA, Fernanda Paula,

Nulidades urbanísticas: casos e coisas / Fernanda Paula Oliveira. - Coimbra: Almedina, 2011 (Monografias). ISBN 9784045665

PEREIRA, João Filipe de Brito Sol

A execução dos planos de pormenor / João Filipe de Brito Sol Pereira. - Coimbra: [s.n.], 2010. - Dissertação do 2º ciclo em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

PISCO, Soraia

As nulidades dos actos urbanísticos / Soraia Pisco. - Coimbra: [s.n.], 2010. - Dissertação do 2º ciclo em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

PLANOS DIRETORES NO ESTADO DO AMAZONAS

Planos diretores no Estado do Amazonas / organizadores Fernando Antonio de Carvalho Dantas, Jussara Maria Pordeus e Silva, Renato Cymbalista. - Manaus: Editora UEA, 2010. - Projeto apoiado pelo Ministério Público do Estado do Amazonas, Instituto Polis e FAPEAM. ISBN 9788578831325

PORTUGAL. Leis, decretos, etc

Código florestal: Decreto-Lei n.º 254/2009, de 24 de Setembro. - Lisboa: DisLivro, 2009. ISBN 9789896391119

PORTUGAL. Leis, decretos, etc

Lei do ruído: decreto-lei nº 9/2007, de 17 de Janeiro (Regulamento Geral do Ruído): anotado e comentado / Francisco Cabral Metello. - Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 9789724039503

PORTUGAL. Leis, decretos, etc

Regime jurídico da urbanização e edificação: comentado / Fernanda Paula Oliveira... [et al.]. - 3ª ed. - Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 9789724045573

SILVA, Laís Helena Pais e,

A relação homem-natureza e o direito: ética, ecologia e direito do ambiente / Lays Helena Paes e Silva. - Coimbra: [s.n.], 2009. - Dissertação de mestrado em Direito, especialização em Ciências Jurídico-Filosóficas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SENNEWALD, Marlene Sarah

A discricionária flexibilização do conteúdo do PDM / Marlene Sarah Sennewald. - [S.l. : s.n.], 2009. - Dissertação do 2º ciclo de estudos em Direito Administrativo apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SOCIAL AND ENVIRONMENTAL POLICIES IN EC PROCUREMENT LAW

Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions / ed. Sue Arrowsmith, Peter Kunzlik. - Cambridge [etc.]: Cambridge University Press, 2009. ISBN 9780521881500

SOUSA, Ana Pereira de,

A relevância dos princípios jurídicos na demolição de obras e edificações ilegais no âmbito do regime jurídico da urbanização e edificação / Ana Pereira de Sousa. - Coimbra: [s.n.], 2010 - Dissertação do 2º ciclo em Ciências Jurídico-Políticas, Direito Administrativo, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SUNDSETH, Kerstin

Natura 2000 na região mediterrânica / Kerstin Sundseth. - Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2010. <http://dx.doi.org/10.2779/17826> ISBN 9789279147197 DOI 10.2779/17826 KH-78-09-610-PT-C [Centro de Documentação Europeia]

RevCED^ÖUA

N.º 29 _ Ano XV _ 1. 12

Próximo número

Tema:
**“Desmaterialização. Aspectos
jurídicos e materiais”**

› 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 carácter 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 electrónico (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. Excepcionalmente, 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 colectivos 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: CEDOUA

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) _____

DATA - -

ASSINATURA

Pode consultar a REVCEDOUA na Internet no endereço: **www.cedoua.fd.uc.pt**

e/ou solicitar mais informações pelo correio electrónico: **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 DIRECTO (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 DIRECTOS

Nome _____

[illegible]

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 efectuar 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 efectuadas.
- 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 efectuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

INFORMACÕES

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 electrónicos, 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

