

DIREITO DO AMBIENTE

Anotações jurisprudenciais
dispersas

2ª EDIÇÃO - 2017
REVISTA E AMPLIADA

CARLA AMADO GOMES



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

FCT Fundação
para a Ciência
e a Tecnologia

DIREITO DO AMBIENTE

Anotações jurisprudenciais
dispersas



CARLA AMADO GOMES

2ª EDIÇÃO REVISTA E AMPLIADA - 2017

Edição:

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

www.icjp.pt | icjp@fd.ulisboa.pt

Centro de Investigação de Direito Público

www.icjp.pt/cidp | cidp-icjp@fd.ulisboa.pt

2ª Edição revista e ampliada

Janeiro de 2017

ISBN: 978-989-8722-19-5



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

Imagem da capa:

Carla Amado Gomes

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com

Este e-book foi otimizado para leitura em Adobe Acrobat Reader, ou leitores PDF compatíveis. O índice é interactivo e em todas as páginas podem ser encontrados links de retorno ao mesmo.

Todos os hiperlinks para a Internet estão ativos e são da responsabilidade dos autores.

ÍNDICE

- 4 [Nota de apresentação à 2ª edição.](#)
- 5 [Nota de apresentação.](#)
- 7 [Da dispensabilidade da avaliação de impacto ambiental \(ainda a propósito da coíncineração\).](#)
Anotação ao Acórdão do TCA-Norte de 18 de março de 2016
- 28 [Sobre o direito de acesso à justiça eurocomunitária em matéria ambiental: Wie lange... Plaumann?](#)
Anotação aos Acórdãos do TJUE de 13 de Janeiro de 2015: Stichting Milieu, Processos conjuntos nºs C-404/12 P e C-405/12 P; e Vereniging Milieudefensie, Processos conjuntos nºs C-401/12 P a C-403/12 P
- 38 [Zona económica exclusiva: de quem e para quê?](#)
A propósito de uma decisão de revista excepcional do Supremo Tribunal Administrativo, Anotação ao Acórdão do STA de 20 de Fevereiro de 2014
- 48 [Uma “embrulhada” com vários intervenientes: uma freguesia maçadora, uma empresa pública... e os tribunais que tomaram conta do caso.](#)
Comentário ao Acórdão do TCA-Sul, de 7 de Março de 2013
- 57 [Há mar e mar, há pescar e danificar.](#)
Anotação ao Acórdão do TCA-Sul, de 7 de Fevereiro de 2013
- 62 [Nem tudo o vento levou...](#)
Anotação ao Acórdão do TCA-Sul, de 31 de Março de 2011
- 68 [And now, something completely different: a co-incineração nas malhas da precaução.](#)
Anotação ao Acórdão do TCA-Norte, de 29 de Março de 2007
- 74 [D. Quixote, cidadão do mundo: da apoliticidade da legitimidade popular para defesa de interesses transindividuais.](#)
Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 13 de Janeiro de 2005
- 81 [A caminho de uma ecocidadania: notas sobre o direito à informação ambiental.](#)
Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional no 136/05, de 15 de Março de 2005
-

Nota de apresentação à 2ª Edição

Em Junho de 2013 publicámos a primeira edição destas Anotações jurisprudenciais dispersas as quais, em Agosto de 2016, contavam 5.913 downloads.

O interesse que a compilação revestiu para o público é evidente e levou-nos a promover esta segunda edição, que adita três novas anotações às já reunidas na primeira. Uma delas — Zona económica exclusiva: de quem e para quê? A propósito de uma decisão de revista excepcional do Supremo Tribunal Administrativo — constitui a conclusão de um caso que já antes anotara e que se encontra publicado na primeira edição (Há mar e mar...). Trata-se da anotação de um acórdão prolatado pelo STA em recurso de revista, com duplo interesse para a matéria ambiental quer ao nível da legitimidade, quer no plano da densificação do conceito de 'zona económica exclusiva', para a qual contei com a preciosa colaboração do Doutor Fernando Loureiro Bastos.

As outras duas novas anotações são também fruto de co-autorias (com o Doutor Rui Tavares Lanceiro e com o Dr. José Duarte Coimbra) e uma delas — Da dispensabilidade da avaliação de impacto ambiental (ainda a propósito da coíncineração) — constitui também, e curiosamente, mais um capítulo de uma polémica que de há anos se arrasta nos nossos tribunais administrativos e sobre a qual já me pronunciei em anotação igualmente integrante desta compilação (And now for something completely different...): o caso da coíncineração de resíduos perigosos em cimenteiras. A pendência de um recurso de revista do acórdão do TCA-Sul que aqui se anota em co-autoria com José Duarte Coimbra faz crer que a novela ainda renderá pelo menos mais um capítulo...

Preserva-se a ordem cronológica adoptada na primeira edição, da anotação mais recente para a mais antiga. E respeita-se a vontade dos co-autores em aderir ou não ao acordo ortográfico.

Tal como na nota à primeira edição, aqui deixamos os nossos votos de que esta compilação seja útil a práticos e estudiosos de Direito do Ambiente.

Lisboa, Janeiro de 2017

Carla Amado Gomes

Nota de apresentação

Esta publicação recolhe seis anotações jurisprudenciais sobre problemas que relevam do Direito do Ambiente. Publicadas em locais distintos, a sua reunião visa facilitar a consulta, bem como amplificar o seu conhecimento aos internautas. Cada anotação inclui o link de acesso directo ao texto do aresto, o qual poderá ser consultado antes da leitura da anotação.

Todas as anotações são de minha autoria exclusiva, à excepção da primeira, que nasceu de um comentário de jurisprudência cuja redacção propus aos alunos de Contencioso Administrativo e Tributário como complemento de nota, este ano lectivo. Trata-se do trabalho de um aluno ao qual aditei alguns detalhes e que, pela sua qualidade e actualidade, entendi dever constar desta publicação. Esta circunstância explica o facto de ser o único texto inédito aqui inserido.

A ordem da publicação obedece a um critério cronológico invertido, do acórdão mais recente (Março de 2013) ao mais antigo (Março de 2005). Naturalmente que durante estes oito anos mais jurisprudência ambiental se produziu, e antes de 2005 também há registos. Mas não tantos quantos a inserção de uma norma ambiental na Constituição, logo em 1976, poderia fazer crer. Já por várias vezes escrevemos que o Direito Ambiental português é direito ambiental da União Europeia concretizado, o que posiciona o « arranque » do Estado de Ambiente português na década de 1990. É de 1990, com efeito, a primeira sentença « ambiental » registada no ordenamento português — isto, claro, porque descartamos as abordagens personalistas e ficcionadamente « ambientais » detectadas na jurisdição comum —, a sentença do tribunal judicial de Coruche de 23 de Fevereiro (proc. 278/89), que decidiu o hoje famoso caso das « ce-gonhas brancas ». O engrossar das fileiras da jurisprudência ambiental *proprio sensu* foi lento, um tanto por o ramo do Direito ser jovem (apesar de ser, essencialmente, Direito Administrativo) e provocar alguma resistência a magistrados impreparados para com ele lidar, e outro tanto por envolver questões de grande complexidade técnico-científica cuja apreciação toca os limites das valorações próprias da função administrativa.

Recentemente, a propósito de uma aula que leccionámos num Curso de Mestrado de Direito Administrativo e Ciências Ambientais na Universidade de Huelva, tivemos oportunidade de fazer uma selecção da jurisprudência ambiental portuguesa mais relevante, tendo destacado as seguintes decisões :

1. **Acórdão do Túnel do Marquês de Pombal** : STA, 24 de Novembro de 2004, proc. 1011/04-11 – [disponível aqui](#) ¹
2. **Acórdão da co-incineração (Souselas)** : STA, 2 de Dezembro de 2009, proc. 0438/09 – [disponível aqui](#) ²

¹ Endereço do hiperlink : <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/34bc1f21de766d7680256f6a0059ac7f?OpenDocument&Highlight=0,t%C3%BAnel,do,marqu%C3%AAs>

² Endereço do hiperlink : <http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/11148f3eb40301c7802576a400393872?OpenDocument&Highlight=0,co-incinera%C3%A7%C3%A3o>

3. **Acórdão da barragem do rio Sabor** : TCA-Sul, 23 de Setembro de 2010, proc. 04948/09 – [disponível aqui](#) ³
4. **Acórdão do parque eólico de Algar de Água** : TCA-Sul, 31 de Março de 2011, proc. 06793/10 – [disponível aqui](#) ⁴
5. **Acórdão do “dano ecológico” na ZEE** : TCA-Sul, 7 de Fevereiro de 2013, proc. 05849/10 – [disponível aqui](#) ⁵

Destas cinco, três encontram-se comentadas nesta publicação. Conforme já observámos, estas referências não esgotam a jurisprudência ambiental portuguesa produzida até hoje, mas constituem uma selecção ilustrativa de alguns dos problemas que têm sido levantados — chamando a atenção, nomeadamente, no plano substantivo, para a centralidade do procedimento de avaliação de impacto ambiental e, no plano processual, para a relevância das providências cautelares na tutela ambiental. Das anotações resulta também a importância da temática da legitimidade processual, agravadamente complexa em razão da indistinção a que a Lei 83/95, de 31 de Agosto, condenou as figuras dos interesses difusos e dos interesses individuais homogêneos.

Esperamos que esta publicação contribua para divulgar mais amplamente o tratamento jurisprudencial das questões ambientais em Portugal e incentivar os cultores do Direito ao seu estudo e tratamento sistemático. Só uma doutrina ambientalista sólida pode constituir esteio para uma jurisprudência ambiental de qualidade. E só há « Estado de Ambiente » com tribunais actuantes no plano da observância da boa implementação da legalidade ambiental.

Lisboa, Junho de 2013

Carla Amado Gomes

3 Endereço do hiperlink : <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/09aa66005c0cb086802577ab0061ddfa?OpenDocument&Highlight=0,04948%2F09>

4 Endereço do hiperlink : <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/f9660f7a3473654f8025786a0032ff17?OpenDocument&Highlight=0,morcegos>

5 Endereço do hiperlink : <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/75ee114781156c9180257b11004b50bd?OpenDocument&Highlight=0,05849%2F10>



Da dispensabilidade da avaliação de impacto ambiental (ainda a propósito da co-incineração).

Anotação ao [Acórdão do TCA-Norte de 18 de março de 2016](#)¹

Carla Amado Gomes
José Duarte Coimbra

I. Contexto; II. A excecionalidade da dispensa do procedimento de AIA e a caducidade da DIA anterior; III. Anulação do ato de dispensa e invalidade dos atos licenciadores posteriores

I. Contexto

1. Científica, social e politicamente (muito) controversa², a opção pela co-incineração de resíduos industriais perigosos ('RIP') em unidades cimenteiras enfrentou e ainda enfrenta, em Portugal, obstáculos jurisprudenciais de monta, nomeadamente na jurisdição administrativa³. O acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte ('TCA Norte') sob anotação e o processo de onde ele emerge, oriundo do Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra ('TAF de Coimbra'), refletem (apenas) mais um capítulo desse trilho jurisprudencial – complexo e nem sempre unívoco. Mas trata-se de um capítulo que, hoje mesmo, não está ainda fechado: em formação de apreciação preliminar, o Supremo Tribunal Administrativo ('STA') admitiu, no passado dia 22 de setembro de 2016, o recurso de revista (interposto pelo Ministério do Ambiente e pela CIMPOR, demandado e contrainteressada, respetivamente) do acórdão do TCA Norte que agora se anota⁴. A não-definitividade do julgado pelo TCA Norte e os termos em que o STA admitiu a revista não colocam em causa, segundo se julga, a pertinência da presente anotação, antes a reforçam.

¹ Publicado (em versão sintetizada e agora desenvolvida) nos Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 119, 2016.

² Para um balanço entre as vantagens e desvantagens científicas e ambientais da co-incineração, já tendo em vista a experiência dos primeiros anos nas cimenteiras da SECIL (Outão) e, sobretudo, da CIMPOR (Souselas), cfr. M. J. BRENHAS/R. MACHADO/M. A. DINIS/N. BARROS, Co-incineração em fornos de cimenteiras. Análise de caso, *Revista da Faculdade de Ciência e Tecnologia*, 6, 2009, pp. 82-94.

³ Embora com menor intensidade, o «caso da co-incineração» também chegou à jurisdição dos tribunais comuns: cfr., v. g., os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de maio de 2002, proc. n.º 02B1176 (ação inibitória em relação à implementação da co-incineração no Outão, julgada inadmissível por incompetência absoluta dos tribunais comuns), e de 4 de março de 2010, proc. n.º 677/09.1YFLSB (ação de responsabilidade civil proposta pelo Ministro do Ambiente do XVI Governo Constitucional em reação a uma notícia jornalística sobre o suposto «segredo» envolvendo a autorização de experiências de co-incineração no Outão).

⁴ Acórdão de 22 de setembro de 2016, proc. n.º 01001/16. A formação sublinhou como circunstâncias habilitadoras da Revista, à luz do prescrito no artigo 150.º do CPTA, (i) a importância jurídica fundamental da questão decidenda, “na medida em que se prende com os limites e o âmbito dos poderes do Tribunal na sindicância de atos administrativos através dos quais se preenchem conceitos indeterminados; (ii) a relevância social da questão, “em termos de saúde pública”; e (iii) a necessidade de melhor aplicação do Direito, “tendo em conta, desde logo, que no presente processo o TCA revoga o acórdão do TAC de Coimbra com um voto de vencido”.

2. São bem conhecidas as vicissitudes sociais, políticas e legislativas, que envolveram o arranque da co-incineração de RIP em Portugal, as quais, na sua faceta jurídica mais visível, se traduziram num impressionante confronto institucional entre o Governo (em concreto, o XIII e o XIV Governos Constitucionais) e a Assembleia da República e numa sucessão relativamente anormal de intervenções legislativas sobre a matéria, sobretudo entre os anos de 1998 e 2001⁵. Perspetivada como solução preferencial para o tratamento de RIP através da *Estratégia de Gestão dos Resíduos Industriais* de 1997⁶, a co-incineração viria a ser prevista no Regime Jurídico da Incineração de Resíduos Perigosos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 273/98, de 2 de setembro, tendo sido lançado na sua base – e, bem assim, na sequência do *Memorando de Entendimento* assinado entre o Governo e o sector cimenteiro em 1997 – o *Projeto de Eliminação de Resíduos Industriais pelo Setor Cimenteiro*, nos termos do qual se previa a instalação de duas estações de queima de RIP em duas unidades cimenteiras do país.

Tal como legalmente previsto⁷, o *Projeto* viria a ser sujeito a avaliação de impacto ambiental, tramitada e concluída ao abrigo do RJAIA/1990⁸. Tendo o parecer da Comissão de Avaliação de Impacto Ambiental⁹, de 21 de dezembro de 1998, concluído, de forma global, em sentido favorável à co-incineração¹⁰, o *Projeto* seria finalmente aprovado por Despacho da Ministra do Ambiente de 28 de dezembro de 1998, apon-

5 Sobre as questões jurídico-ambientais relacionadas com a co-incineração e as questões jurídico-constitucionais envolvidas nesse confronto institucional, cfr., à época, C. AMADO GOMES, *A co-incineração de resíduos industriais perigosos*. Notas à margem de uma polémica, *Revista Jurídica de Urbanismo e Ambiente*, 13, 2000, pp. 9 e ss. (= in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, I, Lisboa: AAFDL, 2008, pp. 37 e ss.), e o conjunto de pareceres jurídicos (de D. FREITAS DO AMARAL/M. DA GLÓRIA GARCIA, J. MIRANDA, P. OTERO e M. ASSUNÇÃO ESTEVES) reunidos em *O Caso Co-Incineração*, 1.º vol., tomo I, Lisboa: IPA, 2001, pp. 21 e ss., 69 e ss., 97 e ss. e 143 e ss., respetivamente.

6 Aprovada pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 98/97, de 25 de junho.

7 O n.º 9 do Anexo I do RJAIA/1990 submetia a avaliação de impacto ambiental as “instalações de eliminação dos resíduos tóxicos e perigosos por incineração, tratamento químico ou armazenagem em terra”; de resto, o próprio Decreto-Lei n.º 273/98 acautelava que o procedimento de avaliação previa a que se encontravam sujeitas as operações de incineração “não prejudica[va] a sujeição a avaliação de impacto ambiental”, e que o requerimento de autorização deveria ser entregue “conjuntamente com os elementos de instrução do processo de avaliação de impacte ambiental” (cfr. o n.º 2 do artigo 5.º, e o n.º 1 do artigo 6.º).

8 Contido no Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de junho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 278/97, de 8 de outubro, e no Decreto Regulamentar n.º 38/90, de 27 de novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto Regulamentar n.º 42/97, de 10 de outubro. Para uma análise detalhada deste primeiro – mas insuficiente – regime jurídico de avaliação de impacto ambiental, cfr. L. F. COLAÇO ANTUNES, *O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental*, Coimbra: Almedina, 1998, pp. 644 e ss., e A. ARAGÃO/J. E. FIGUEIREDO DIAS/M. A. BARRADAS, *Presente e Futuro da AIA em Portugal: notas sobre uma “reforma anunciada”*, *Revista do CEDOUA*, 1/2, 1998, pp. 89-110. Em retrospectiva, sublinhando que o regime “deixava muito a desejar e, sob vários pontos de vista, procedia a uma transposição incorreta ou, quanto a certos aspetos, incompleta da Diretiva Comunitária [85/337/CEE]”, cfr. T. ANTUNES, *A Decisão do Procedimento de Avaliação de Impacto Ambiental*, in *Pelos Caminhos Jurídicos do Ambiente. Verdes Textos I*, Lisboa: AAFDL, 2014, p. 561 (= in *Revisitando a Avaliação de Impacto Ambiental* (coords. C. Amado Gomes/T. Antunes), e-book, Lisboa: ICJP, 2014, p. 212). Relembre-se, aliás, que a deficiente regulação nacional daria origem a um processo de incumprimento movido pela Comissão Europeia, no qual o incumprimento português foi declarado pelo Tribunal de Justiça: cfr. o acórdão do TJCE de 21 de janeiro de 1999, proc. C-150/97 (sobre este processo e, ainda assim, sobre a relativa compreensão da Comissão em relação ao caso português, cfr. A. ARAGÃO, *A Avaliação Europeia de Impacte Ambiental: a sina belga e a ventura lusa*, *Revista do CEDOUA*, 2/3, 1999, pp. 108 e ss.).

9 Designada pelo Despacho Conjunto (do Ministro do Equipamento, do Planeamento e da Administração do Território e da Ministra do Ambiente) n.º 540/98, de 21 de julho de 1998.

10 Dias antes (com data de 3 de dezembro), também o Conselho Nacional do Ambiente e do Desenvolvimento Sustentável havia emitido parecer favorável à co-incineração: cfr. o *Parecer sobre o Processo de Co-Incineração de Resíduos Industriais*, disponível em http://www.cnads.pt/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=219&Itemid=84.

tando inicialmente, em conformidade com os resultados da avaliação de impacto ambiental, para as unidades cimenteiras de Souselas e Maceira¹¹.

Ainda dependente de autorização prévia, a instalação das co-incineradoras sofreria, no entanto, fortíssima contestação social¹², tendo sido, em consequência, relativamente *paralisada* através das subseqüentes intervenções legislativas da Assembleia da República: (i) primeiro a suspender o Decreto-Lei n.º 273/98 e a impor a constituição de uma *Comissão Científica Independente* ('CCI') destinada a monitorizar o processo e a validar as opções técnicas e de localização para a co-incineração¹³ e, (ii) já depois da apresentação do parecer da CCI¹⁴ – que validaria a opção pela co-incineração¹⁵, mas sugeriria a sua instalação nas unidades cimenteiras de Souselas e de Outão (Arrábida)¹⁶

11 Ainda sobre o procedimento de avaliação ambiental então tramitado, criticando o facto de a *Estratégia* do Governo não ter sido sujeita, previamente, a consulta pública nos termos e para os efeitos da Lei de Ação Popular e Participação Procedimental (Lei n.º 83/95, de 31 de agosto), cfr. a Recomendação do Provedor de Justiça n.º 6/A/99, de 2 de março, disponível em http://www.provedor-jus.pt/site/public/archive/doc/006A_99.pdf e em cujos termos se recomendava, por isso, “revoga[r] o despacho de Sua Excelência a Ministra do Ambiente, de 28 de dezembro de 1998”, e “que a *Estratégia de Gestão dos Resíduos Industriais* [fosse] submetida a participação popular e sujeita a audiência prévia”.

12 Para aproximações sociológicas e politológicas aos impactos e resistências sociais ao «caso da co-incineração» em Portugal, com diferentes perspetivas, cfr. J. ARRISCADO NUNES/M. MATIAS, *Controvérsia científica e conflitos ambientais em Portugal: O caso da co-incineração de resíduos industriais perigosos*, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 65, 2003, pp. 129-150; M. MATIAS, *Conhecimento(s), ambiente e participação: A contestação à co-incineradora em Souselas*, Coimbra: dissertação de mestrado inédita, 2002, *passim*; IDEM, ‘Don’t Treat us like Dirt’: The Fight Against the Co-incineration of Dangerous Industrial Waste in the Outskirts of Coimbra, *South European Society and Politics*, 9(2), 2004, pp. 132-158; IDEM, *A natureza farta de nós? Ambiente, saúde e formas emergentes de cidadania*, Coimbra: dissertação de doutoramento inédita, 2009, pp. 202-227; M. CASTELO BRANCO/T. EUGÉNIO/J. RIBEIRO, Environmental disclosure in response to public perception of environment threats. The case of co-incineration in Portugal, *Journal of Communication Management*, 12(2), 2008, pp. 136-151; R. KIKUCHI/R. GERARDO, More than a decade of conflict between hazardous waste management and public resistance: A case study of NIMBY syndrome in Souselas (Portugal), *Journal of Hazardous Materials*, 172, 2009, pp. 1681-1685; M. E. GONÇALVES/A. DELICADO, The politics of risk in contemporary Portugal: tensions in the consolidation of science-policy relations, *Science and Public Policy*, 36(3), 2009, pp. 229-239; H. MATEUS JERÓNIMO/J. L. GARCIA, Risks, alternative knowledge strategies and democratic legitimacy: the conflict over co-incineration of hazardous industrial waste in Portugal, *Journal of Risk Research*, 14(8), 2011, pp. 951-967; e M. J. MAIA/A. I. MOITEIRO/L. HORSTINK/M. FARELO/R. ANTUNES, Análise de um processo decisório controverso: a co-incineração em Souselas, *IET Working Papers Series*, n.º WPS10/2012, disponível em https://run.unl.pt/bitstream/10362/10617/1/WPSeries_10_2012MJMaia_etalsouselas_v2.pdf.

13 Cfr. a Lei n.º 20/99, de 15 de abril. A imposição da Assembleia da República viria a ser concretizada pelo Governo através dos Decretos-Leis n.ºs 120/99 e 121/99, ambos de 16 de abril, os quais viriam a ser objeto de apreciação e alteração parlamentar: cfr. as Leis n.ºs 148/99 e 149/99, ambas de 3 de setembro.

14 O trabalho da CCI encontra-se publicado em S. FORMOSINHO/C. PIO/H. BARROS/J. CARVALHEIRO, *Parecer Relativo ao Tratamento de Resíduos Industriais Perigosos*, I, Cascais: Principia, 2000, encontrando-se também disponível em <https://web.fe.up.pt/~jotace/cci/Relatorio/Rcom.pdf>.

15 Lendo no Parecer da CCI uma certa ideia de compromisso, na medida em que “a defesa da solução da co-incineração de resíduos perigosos em Portugal [por parte da CCI se fundou] na dificuldade em atingir uma situação de excelência ambiental”, só garantido através de soluções então não disponíveis ou não praticáveis, cfr. A. ARAGÃO, *O Princípio do Nível Elevado de Proteção e a Renovação Ecológica do Direito do Ambiente e dos Resíduos*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 429, nota 734 (v., ainda, p. 763, nota 1384). O trabalho e conclusões da CCI seriam tomadas em linha de conta na revisão do Plano Estratégico dos Resíduos Industriais (PESGRI 99, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 516/99, de 2 de dezembro), levada a cabo através do Decreto-Lei n.º 89/2002, de 9 de abril (PESGRI 2001, ainda vigente). Sobre o PESGRI, cfr. A. ARAGÃO, *Direito Administrativo dos Resíduos*, in *Tratado de Direito Administrativo Especial* (coords. P. Otero/P. Costa Gonçalves), I, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 58-59.

16 Na sequência da divulgação do Parecer da CCI, o Governo viria a reafirmar a sua posição pro-co-incineração, acolhendo as conclusões da CCI quer quanto à determinação das unidades cimenteiras concretamente escolhidas quer, de modo mais global, quanto à “confirma[ç]ão [d]a opção pela co-incineração como método de tratamento de resíduos industriais perigosos cujo destino mais aceitável é a queima”: cfr. as Resoluções do Conselho de Ministros n.ºs 91/2000 e 92/2000 (em cujo Anexo vem reproduzido o Parecer da CCI), ambas de 8 de junho. A Resolução n.º 91/2000 seria alvo de um recurso contencioso de anulação, que o STA, por considerar que a mesma “não constitu[ía] a decisão final do procedimento,

–, a impor a realização de um novo relatório especificamente destinado a avaliar os impactos sobre a saúde pública dos processos de queima de RIP, a realizar por um *grupo de trabalho médico* a constituir no seio da CCI¹⁷.

Mas nem mesmo a apresentação deste último relatório – de novo genericamente favorável à coincineração – perante a Assembleia da República, a abertura de um período de discussão pública¹⁸, a reafirmação governamental da opção pela coincineração¹⁹ e a reversão da suspensão do regime de 1998²⁰ fariam avançar, em termos definitivos, os projetos de coincineração de RIP nas cimenteiras nacionais: a entrada em funções do XV Governo Constitucional – que de imediato fez suspender todo o processo de realização de ensaios de queima de RIP em curso²¹ e extinguiu a CCI²² – implicou, em 2002, o abandono da opção pela coincineração em abono da futura criação de Centros Integrados de Recuperação, Valorização e Eliminação de Resíduos Perigosos (CIRVER)²³.

Poucos anos volvidos, porém, a opção pela coincineração seria política e legislativamente retomada pelo XVII Governo Constitucional²⁴, o que deu origem à renovação

com eficácia lesiva, atual ou direta, relativamente à esfera jurídica de terceiros, nem compromet[ia] lesiva e irremediavelmente a decisão final num certo sentido", não viria a admitir: cfr. o acórdão de 25 de janeiro de 2001, proc. n.º 046578.

17 Cfr. a Lei n.º 22/2000, de 10 de agosto. O relatório do grupo de trabalho médico encontra-se publicado em S. FORMOSINHO/C. PIO/H. BARROS/J. CARVALHEIRO, *Parecer Relativo ao Tratamento de Resíduos Industriais Perigosos*, II, Cascais: Principia, 2000.

18 Cfr. o Despacho do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território n.º 538/2001, de 12 de dezembro.

19 Cfr. o Despacho do Ministro do Ambiente e do Ordenamento do Território n.º 112/2001, de 9 de abril. Também este Despacho viria a ser objeto de reação jurisdicional (desta feita, através de uma providência cautelar de suspensão da eficácia), que o STA, por considerar: (i) por um lado, que a requerente não poderia limitar-se a alegar, como fundamentação do *periculum*, "a ausência de garantias de certeza científica" e, (ii) por outro lado, que a suspensão de tal ato "causaria grave lesão para o interesse público" (nos termos e para os efeitos da alínea b) do n.º 1 do artigo 76.º da LPTA), viria a denegar — cfr. o acórdão de 1 de agosto de 2001, proc. n.º 047807A. Sobre os primeiros casos jurisprudenciais em torno da coincineração, cfr. J. PINA MARTINS, *Evolução recente da jurisprudência ambiental e a co-incineração de resíduos perigosos – Arrábida e Souselas: dois casos de ciência, de política ou de polícia?*, *Revista de Administração Local*, 181, 2001, pp. 11-31.

20 Cfr. o Decreto-Lei n.º 154-A/2001, de 8 de maio.

21 Cfr. o Despacho do Ministro das Cidades, do Ordenamento do Território e Ambiente n.º 12 509/2002, de 19 de abril.

22 Cfr. o Decreto-Lei n.º 175/2002, de 25 de julho.

23 O regime jurídico do licenciamento da instalação e da exploração dos centros integrados de recuperação, valorização e eliminação de resíduos perigosos foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 3/2004, de 3 de janeiro, tendo dado origem, em 2008, à instalação de dois CIRVER no concelho da Chamusca, cujo regulamento foi posteriormente aprovado pela Portaria n.º 172/2009, de 17 de fevereiro, e cuja monitorização está a cargo do *Observatório Nacional dos CIRVER*: cfr., para mais detalhes, <http://observatoriocirver.apambiente.pt>.

Sobre este regime especial, cfr. J. SILVA SAMPAIO, *Regimes Especiais de Licenciamento de Resíduos*, in *Direito dos Resíduos* (coords. J. Miranda/R. Cunha Marques/A. L. Guimarães/M. Kirkby), Lisboa: ICJP/ERSAR, 2014, pp. 132-144.

24 Desde logo, através da aprovação do Decreto-Lei n.º 85/2005, de 28 de abril, contendo o regime a que fica sujeita a incineração e a coincineração de resíduos, numa opção depois também assumida na própria *Lei dos Resíduos* (Decreto-Lei n.º 178/2006, de 5 de setembro, entretanto alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 73/2011, de 17 de junho, e já sucessivamente alterado). Sobre o regime de 2005, cfr. A. ARAGÃO, *Direito Administrativo dos Resíduos*, cit., pp. 106-111, e J. SILVA SAMPAIO, *Regimes Especiais de Licenciamento de Resíduos*, cit., pp. 166-176. O Decreto-Lei n.º 85/2005 viria a ser revogado pelo Decreto-Lei n.º 127/2013, de 30 de agosto, de cujo Capítulo IV consta o atual regime de licenciamento e funcionamento de instalações de incineração e coincineração de resíduos. Sobre este último diploma (também sede do regime jurídico da licença ambiental), cfr. C. AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 2.ª ed., Lis-

dos procedimentos de licenciamento das unidades de coincineração de RIP por parte da CIMPOR (para a cimenteira de Souselas) e da SECIL (para a cimenteira de Outão/Arrábida).

3. É justamente neste contexto de *renovação* da coincineração que vem a ser praticado o ato administrativo que daria origem ao processo do qual emerge o acórdão sob anotação. Tal como a SECIL (que em todo caso acabaria, num momento posterior, por sujeitar o projeto de coincineração no Outão a AIA)²⁵, também a CIMPOR viria a requerer, nesta fase, a **dispensa do procedimento de AIA em relação ao projeto de coincineração em Souselas**, nos termos do artigo 3.º do RJAIA/2000²⁶, para o efeito invocando, designadamente, que: (i) a opção pela valorização energética de RIP no Centro de Produção de Souselas ('CPS') já fora validada quer pelo parecer da Comissão de Avaliação de Impacto Ambiental de 1998, quer pelo parecer da CCI de 2000; (ii) também o grupo de trabalho médico nomeado havia concluído pela *"inocuidade do processo*

boa: AAFDL, 2014, pp. 187 e ss.

25 O pedido de dispensa da SECIL viria a ser deferido através do Despacho do Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional n.º 16 090/2006, de 14 de julho de 2006, com fundamentação em tudo idêntica à mobilizada no caso da CIMPOR. A decisão de dispensa seria de imediato contestada pelos Municípios de Setúbal, Palmela e Sesimbra, designadamente através da apresentação de uma providência cautelar de suspensão da eficácia (requerida a 3 de novembro de 2006), à qual o TAF de Almada (acórdão de 24 de janeiro de 2007, proc. n.º 994/06.2BEALM-A) e o TCA Sul (acórdão de 11 de maio de 2007, proc. n.º 02492/07) viriam a dar acolhimento. O STA, todavia, viria a denegá-la, por acórdão de 10 de janeiro de 2008, proc. n.º 0675/07, essencialmente por considerar que, em vista dos licenciamentos já garantidos pela SECIL, o Despacho de dispensa da AIA se encontrava integralmente executado, sendo insuscetível de suspensão de eficácia ex vi artigo 129.º do CPTA. No entanto, já depois de ter suspenso as atividades de coincineração que havia iniciado em 20 de novembro de 2006, e *"devido ao facto de a decisão sobre a necessidade de AIA só poder ser tomada aquando do julgamento da ação principal"*, a SECIL optaria por *renunciar* à dispensa e sujeitar o projeto de coincineração da unidade de Outão a (nova) avaliação de impacto ambiental; o Secretário de Estado do Ambiente viria a emitir a respetiva Declaração de Impacto Ambiental (favorável condicionada) a 28 de maio de 2008, disponível, assim como os demais elementos do processo, em <http://siaia.apambiente.pt/AIA1.aspx?ID=1794>.

Esta relativa pacificação do processo relativo à SECIL e à cimenteira da Arrábida (Outão) não significou, em todo o caso, o fim do trilha jurisprudencial correspondente: (i) os Municípios de Palmela, Sesimbra e Setúbal, antes mesmo da DIA de 2008, haviam já requerido a suspensão da eficácia da licença ambiental e da licença de exploração para a coincineração concedidas à SECIL em 2006, pretensão sucessivamente desmerecida pelo TAF de Almada (sentença de 30 de julho de 2008, proc. n.º 994/06.2BEALM-B) e pelo TCA Sul (acórdão de 1 de julho de 2010, proc. n.º 4364/08), em relação a cujo acórdão o STA acabaria por não admitir a revista (acórdão de 20 de setembro de 2010, proc. n.º 0694/10); (ii) novamente estes três Municípios, acompanhados pelo *Movimento de Cidadãos pela Arrábida e Estuário do Sado*, requereriam nova providência cautelar destinada a suspender a eficácia da própria DIA de 2008: a providência não foi decretada pelo TAF de Almada (sentença de 21 de abril de 2009, proc. n.º 994/06.2BEALM-C), numa decisão confirmada pelo TCA Sul (acórdão de 1 de julho de 2010, proc. n.º 05221/09) e em relação ao qual o STA acabaria por não admitir a revista (acórdão de 22 de setembro de 2010, proc. n.º 0693/10), sendo certo que o processo principal correspondente (de impugnação da DIA e dos posteriores atos licenciadores) se encontra ainda pendente de decisão junto do TAF de Almada, sob o n.º 994/06.2BEALM; (iii) noutro plano, a coincineração na Arrábida seria ainda levada a juízo através de ações de impugnação do Plano de Ordenamento do Parque Natural da Arrábida (aprovado pela Resolução de Conselho de Ministros n.º 141/2005, de 23 de junho, e através do qual se eliminou a anterior proibição de coincineração na Arrábida): cfr. os acórdãos do STA de 11 de outubro de 2007, proc. n.º 01167/05, e de 21 de fevereiro de 2008, proc. n.º 01158/05, ambos julgando no sentido da improcedência das ações de impugnação propostas.

26 Contido no Decreto-Lei n.º 69/2000, de 5 de março (alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 197/2005, de 8 de novembro). Sobre a avaliação de impacto ambiental perante o RJAIA/2000, cfr., v.g., A. ARAGÃO/J. E. FIGUEIREDO DIAS/M. A. BARRADAS, *O Novo Regime da AIA: avaliação de previsíveis impactos legislativos*, Revista do CEDOUA, 3/1, 2000, pp. 71-91; A. ARAGÃO/J. E. FIGUEIREDO DIAS/M. A. BARRADAS, *Regime Jurídico da Avaliação de Impacte Ambiental em Portugal – comentário/Environmental Impact Assessment Law in Portugal – with comments*, Coimbra: Almedina, 2002; V. PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra: Almedina, 2002, pp. 153 e ss.; J. E. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, pp. 87-97; C. MORENO PINA, *Os Regimes de Avaliação de Impacte Ambiental e de Avaliação Ambiental Estratégica*, Lisboa: AAFDL, pp. 49-218; e C. AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 1.ª ed., Lisboa: AAFDL, 2012, pp. 112-124.

da coíncineração como parte integrante de um sistema global da gestão de resíduos, bem como da aptidão do CPS para fazer parte integrante desse sistema”; (iii) a CIMPOR, na sequência do Contrato de Melhoria Contínua de Desempenho Ambiental para o Sector Cimenteiro, havia incentivado diversas ações de promoção ambiental e instalado um sistema de gestão ambiental certificado; (iv) enfim, que os testes de coíncineração entretanto levados a cabo haviam igualmente confirmado a neutralidade do processo em termos ambientais e de saúde pública.

Foi sobre este pedido de dispensa que veio a recair o **Despacho do Ministro do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional n.º 16 447/2006, de 21 de julho**²⁷, objeto de impugnação nos autos, que acolheu integralmente os fundamentos apresentados pelo proponente e em cujos termos se “determino[u] que o projeto de coíncineração de resíduos industriais perigosos no Centro de Produção de Souselas [fosse] totalmente dispensado do procedimento de avaliação de impacte ambiental, ficando a [d]ispensa condicionada ao cumprimento de medidas de minimização”, anexas ao referido Despacho. Nesta base, o licenciamento do projeto de coíncineração em Souselas poderia avançar – e avançou efetivamente – sem realização de avaliação de impacto ambiental, a que em princípio estaria sujeito, à época, ex vi n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 85/2005, de 28 de abril, e n.º 9 do Anexo II do RJAIA/2000.

A decisão de dispensa teve como efeito acessório a renovação da litigância judicial em torno da coíncineração: de entre as várias ações administrativas (principais e cautelares) então propostas, destinadas a suspender e a anular quer esta decisão de dispensa de AIA quer as licenças entretanto já emitidas²⁸, conta-se, precisamente, a que daria origem ao presente processo: uma ação (administrativa especial, sob o n.º 922/06.5BECBR) proposta em 2006 por um grupo de cidadãos de Coimbra, tendo por objeto a anulação do Despacho n.º 16 447/2006, e à qual seriam apensadas outras duas ações (também populares: processos n.ºs 364/07.5BECBR e 641/08.8BECBR) tendentes à anulação da licença ambiental, da licença de instalação e da licença de

27 Publicado no *Diário da República*, 2.ª série, n.º 156, de 14 de agosto de 2006, pp. 14.927-14.928.

28 Contam-se, apenas de entre as que deram entrada no TAF de Coimbra:

- (i) uma intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias (proc. n.º 589/06BECBR) proposta pelo mesmo grupo de cidadãos autores no processo do qual emerge o Acórdão agora sob anotação, que o TAF e o TCA Norte viriam a julgar improcedente (este último através do acórdão de 26 de outubro de 2006, proc. n.º 00589/06BECBR), decisão em relação à qual o STA não admitiria a revista (acórdão de 1 de fevereiro de 2007, proc. n.º 046/07);

- (ii) uma providência cautelar de suspensão da eficácia do Despacho de dispensa (requerida pelo Município de Coimbra), que o TAF de Coimbra (no proc. n.º 758/06.3BECBR) viria a decretar, numa decisão confirmada pelo TCA Norte (acórdão de 29 de março de 2007, proc. n.º 00758/06.3BECBR, que procedeu a um duvidoso manuseio do «princípio da precaução», como a primeira subscritora do texto identificou em *As Providências Cautelares e o “Princípio da Precaução”*: ecos da Jurisprudência, *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 10, 2007, pp. 344-350 e, de forma dedicada, em *And now, for something completely different: a co-incineration in the meshes of precaution*, anotação publicada nos *CJA* n.º 63, 2007, pp. 55 e ss.), mas depois revertida em revista pelo STA (acórdão de 31 de outubro de 2007, proc. n.º 0471/07);

- (iii) diversas ações principais e cautelares propostas quer pelo grupo de cidadãos de Coimbra, quer por outros particulares, sempre por referência a atos licenciadores posteriores (processos n.ºs 758/06.3BECBR, 582/08.9BECBR, 641/08.8BECBR, 364/07.5BECBR e, finalmente, 160/16.9BECBR, este último tendo por objeto a impugnação da nova licença ambiental atribuída à CIMPOR em dezembro de 2015) – uma das ações cautelares destinadas a suspender a eficácia das licenças ambiental, de exploração e de instalação viria a ser decretada pelo TAF de Coimbra, decisão mantida pelo TCA Norte, por acórdão de 12 de fevereiro de 2009 (não disponível em www.dgsi.pt), mas revertida em revista pelo STA (acórdão de 2 de dezembro de 2009, proc. n.º 0438/09, que seria anotado, em sentido crítico, por P. MATIAS PEREIRA, *Princípio da Precaução: Still Nothing New (ou o in dubio pro coíncineração)*, *Revista do CEDOUA*, 11/22, 2008, pp. 144-152).

exploração concedidas à CIMPOR. Depois de ter sido *abalroado* pela tão conhecida quanto lamentável “polémica” da «reclamação para a conferência vs. recurso» e de, por essa razão, ter subido ao e descido do Tribunal Constitucional²⁹, o processo regressaria ao Tribunal Administrativo e Fiscal de Coimbra que, por acórdão da Conferência de 29 de abril de 2015, e confirmando a anterior sentença de 22 de julho de 2011, negou provimento à pretensão anulatória dos autores. E foi sobre essa decisão da Conferência de 2015 que viria a incidir o recurso de apelação de onde emerge o acórdão do TCA Norte que se agora anota, datado de 18 de março de 2016.

4. Depois de ter afastado um conjunto alargado de erros de julgamento (de direito e sobre a matéria de facto) também imputados pelos autores ao acórdão do TAF de Coimbra, e aos quais não interessa regressar, o TCA Norte sintetizou, de forma que se julga não merecer censura, a questão principal objeto dos autos: começando por sublinhar que “[se] não cabe nos presentes autos discutir a bondade ou oportunidade da solução de coincineração em abstrato, nem formular juízos de valor sobre os eventuais custos e/ou benefícios dessa forma de tratamento de resíduos, o que é facto é que tal não invalida, como se verá, que tenham de ser cumpridos os requisitos mínimos legalmente estabelecidos, designadamente no que concerne à dispensa do procedimento de avaliação de impacte ambiental”, o acórdão rapidamente focalizou a “questão essencial a ponderar e verificar” como sendo a de “aferir se ocorreram em concreto as circunstâncias excecionais determinantes da dispensa da Avaliação de Impacte Ambiental”.

Assim delimitado o *thema decidendum*, o acórdão dirige de imediato o intérprete para a previsão da norma contida no n.º 1 do artigo 3.º do então vigente RJIA/2000, em cujos termos se admitia que, por iniciativa do proponente e mediante decisão conjunta do Ministro do Ambiente e do Ministro da tutela, determinado projeto, abstratamente sujeito a AIA, fosse dela dispensado sempre que ocorressem “circunstâncias excecionais e devidamente fundamentadas”. Foi no essencial por ter considerado que o Ministro do Ambiente não lograra demonstrar a ocorrência de veras e suficientes “circunstâncias excecionais” que a Secção de Contencioso Administrativo do TCA Norte julgou, com um voto de vencido, anular o Despacho de 2006 que dispensou de AIA o projeto de coincineração na cimenteira de Souselas. O alcance da excecionalidade do procedimento de dispensa de AIA, em particular perante projetos já antes submeti-

²⁹ Como se diz no texto, a pretensão anulatória dos autores seria pela primeira vez desmerecida pelo TAF de Coimbra através de sentença de 22 de julho de 2011, sobre a qual foi interposto recurso para o TCA Norte que, no entanto, o não admitiu, por considerar que da decisão em causa caberia *reclamação para a conferência* e não recurso (acórdão de 16 de novembro de 2012, não disponível em www.dgsi.pt). O STA viria a admitir a revista sobre a questão, por considerar que a aparente não invocação expressa da alínea i) do artigo 27.º do CPTA pelo juiz de Coimbra a distanciava da jurisprudência já firmada – em 2012 – sobre o assunto, embora viesse posteriormente a concluir pela improcedência do recurso (cfr., respetivamente, os acórdãos de 30 de abril de 2013 e de 5 de novembro de 2013, proc. n.º 0532/13). O processo acabaria por subir ao Tribunal Constitucional em fiscalização concreta, perante o qual se seguiria um trilho também relativamente anómalo: o recurso de constitucionalidade começaria por não ser aceite, através da Decisão Sumária n.º 306/2014, de 7 de abril, proferida por um Juiz Conselheiro (PEDRO MACHETE), que viria mais tarde a declarar-se impedido, o que veio a ser reconhecido pelo TC (acórdão n.º 507/2014, de 26 de junho, proc. n.º 123-A/14); a decisão da reclamação apresentada sobre a decisão sumária acabaria por ser prolatada a 4 de março de 2015, através do acórdão n.º 146/2015, proc. n.º 123/2014, tendo-se mantido a não admissão do recurso de constitucionalidade. Por essa razão, o processo baixaria finalmente ao TAF de Coimbra que, depois de ter aceitado convolar o recurso em reclamação para a Conferência, viria a proferir o acórdão de 29 de abril de 2015, sobre o qual incidiu a apelação julgada pelo TCA Norte. Enfim: um verdadeiro quebra-cabeças jurisprudencial...

dos a avaliação, mas cuja DIA se encontraria caducada, como era o caso dos autos, constitui, por isso, a **primeira questão** que o Acórdão coloca em relevo e interessa anotar (II.).

Na medida em que o TCA Norte não se limitou a anular o Despacho que em 2006 dispensou a AIA, mas fez repercutir essa anulação sobre a validade dos atos licenciadores posteriores que o proponente havia entretanto garantido, importa aquilatar, num segundo plano, se foi ou não juridicamente correta a forma como no acórdão se estabeleceu essa repercussão invalidatória, sob o ponto de vista das *relações externas* entre AIA (e DIA) e atos autorizativos posteriores – essa é, portanto, a **segunda questão** que merecerá anotação (III.).

Antecipando e sintetizando o sentido das anotações subseqüentes, dir-se-á que a fundamentação e as conclusões do acórdão do TCA Norte merecem aplauso a respeito da primeira questão, mas reparo (parcial) em relação à segunda.

II. A excecionalidade da dispensa do procedimento de AIA e a caducidade da DIA anterior

5. A circunstância de as normas europeias reguladoras da avaliação de impacto ambiental apontarem para um cenário intencionalmente alargado quanto aos projetos públicos ou privados sujeitos a avaliação, com a combinação de vários modelos de seleção (*screening*)³⁰, não tolheu que, logo na primeira Diretiva de AIA, se tivesse previsto a possibilidade de, “*em casos excepcionais, os Estados-Membros pode[rem] isentar um projeto específico, na totalidade ou em parte*” do procedimento de AIA. Retocado em 2003³¹, o n.º 3 do artigo 2.º da Diretiva 85/337/CE não deixou, aliás, de merecer a atenção dedicada do legislador europeu nos próprios considerandos da Diretiva, em cujos termos se reconhecia, ainda que de forma relativamente conclusiva, que “*em casos excepcionais se pode revelar oportuno dispensar um projeto específico dos processos de avaliação previstos na presente diretiva*”³². Associada a garantias procedimentais relativamente exigentes (no essencial, a obrigação de ponderar a conveniência de outras formas de avaliação, a obrigação de publicitação da informação relativa à dispensa e a obrigação de informação à Comissão previamente à emissão da decisão de dispensa), esta faculdade de dispensa (cuja transposição para os ordenamentos nacionais os Estados-Membros não estariam obrigados) assentava, em todo o caso, na verificação de um pressuposto *aberto*: a ocorrência de “*casos excepcionais*”, expressão naturalmente permeável a interpretações e aplicações díspares por entre os diversos Estados-Membros.

Não espanta por isso que, em 2006, a Comissão tenha publicado uma orientação interpretativa – inerentemente não vinculativa – destinada a “*auxiliar as autoridades*

30 Sobre a conjugação destes vários modelos de *screening*, já perante o RJAIA/2013, veja-se A. F. NEVES, O âmbito de aplicação da avaliação de impacto ambiental, in *Revisitando a Avaliação de Impacto Ambiental*, cit., pp. 112-145; sobre a evolução (num primeiro momento errante) do regime português a esse respeito, cfr. a síntese de T. ANTUNES, A Decisão do Procedimento de Avaliação de Impacto Ambiental, cit., pp. 562-564.

31 Cfr. o n.º 3 do artigo 3.º da Diretiva 2003/35/CE, de 26 de maio.

32 Cfr., hoje, o considerando (23) da Diretiva 2011/92/UE, de 13 de dezembro de 2011, alterada pela Diretiva 2014/52/UE, de 16 de abril.

dos Estados-Membros a decidir quando e como o n.º 3 do artigo 2.º da Diretiva AIA deve ser aplicado". Identificando esta hipótese de dispensa como uma exceção, o documento *Clarification of the Application of Article 2(3) of the EIA Directive*³³ começa por dar conta das dificuldades negociais que envolveram a aprovação desta cláusula aberta de dispensa no processo de aprovação da Diretiva de 1985, e que resultaram na não inscrição de qualquer índice mais ou menos seguro que indicasse ao intérprete que *casos de excecionalidade* devessem ser considerados relevantes para efeitos de dispensa de AIA, para de imediato – e na ausência de qualquer indicação segura (legal ou jurisprudencial) quanto a esta matéria –, avançar para o estabelecimento de algumas premissas e propostas relativas ao modo de interpretar e densificar o conceito de “casos excecionais” previsto na Diretiva.

Aponta-se, desde logo, a necessidade de esse conceito ser interpretado de *forma restritiva*, à semelhança do já estabelecido pelo Tribunal de Justiça a respeito das «cláusulas de exceção» relativas a projetos em matéria de defesa e projetos «adotados por ato legislativo específico» também previstas na Diretiva³⁴. Por essa razão, assinala-se, seria “improvável que o Tribunal de Justiça viesse a aceitar que pela mera circunstância de um caso poder ser encarado como excepcional o recurso ao n.º 3 do artigo 2.º da Diretiva pudesse ser justificado”. Assim sendo, e como diretriz geral, aponta-se como sendo *desrazoável* a hipótese de fazer aplicar a exceção da dispensa num caso em que os fatores que o tornam «excecional» não obstem, ainda assim, ao cumprimento das exigências da Diretiva. Destas apreciações gerais – e de pendor *restritivo* – quanto ao alcance dos “casos excecionais” aptos a fazer mobilizar a exceção de dispensa do procedimento de AIA resultou, no essencial, o elenco de três índices dedicados à densificação dessas hipóteses: (i) a urgência e necessidade efetiva do projeto em causa, (ii) a impossibilidade de o projeto ter sido lançado mais cedo e (iii) a impossibilidade de cumprimento integral das exigências da Diretiva, cada um dos quais sumariamente concretizado, com recurso a alguns casos-tipo³⁵.

Sem que se conheça, ainda hoje, qualquer caso em que o Tribunal de Justiça tenha sido obrigado a pronunciar-se de forma dedicada sobre o alcance de tal cláusula derogatória, certo é que as indicações interpretativas de 2006 não deixaram de ter reflexo na ligeira alteração de redação que o (entretanto reenumerado) n.º 4 do artigo 2.º da Diretiva de AIA sofreu em 2014: embora – num aspeto relativamente discutível – a Diretiva 2014/52/UE, de 16 de abril, tenha deixado de apelar à possibilidade de a dispensa

33 Disponível em http://ec.europa.eu/environment/eia/pdf/eia_art2_3.pdf. Sobre esta orientação interpretativa da Comissão, cfr., em síntese que no texto agora se desenvolve, C. AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 2.ª ed., cit., p. 149, nota 227 e, também, O. ELIAS, *Environmental impact assessment*, in *Research Handbook on International Environmental Law* (eds. M. Fitzmaurice/D. M. Ong/P. Markouris), Cheltenham: Edward Elgar, 2010, p. 238, nota 11.

34 Cfr. o acórdão do TJ de 16 de setembro de 1999, proc. C-435/97 (§§ 64-67, a respeito da exceção relativa a projetos destinados à defesa nacional), e o acórdão do TJ de 19 de setembro de 2000, proc. C-287/98 (§§ 49-59, a respeito da exceção relativa a projetos adotados por ato legislativo específico). As duas exceções mantêm-se da Diretiva AIA/2011 (cfr. o n.º 1 do artigo 1.º e o n.º 5 do artigo 2.º) e, quanto à primeira, no RJIA/2013: cfr. o n.º 7 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 151-B/2013, de 31 de outubro.

35 Quanto ao primeiro índice, o documento aponta a necessidade de a urgência do projeto se destinar a evitar uma ameaça séria para a vida, saúde e bem estar humano, para o ambiente, ou mesmo para a estabilidade política, administrativa ou económica; quanto à *imprevisibilidade* da urgência, é apontado o exemplo de obras destinadas a evitar a intensificação de danos causados por um desastre natural; quanto, por fim, à incompatibilidade com o respeito pelo disposto na Diretiva, aponta-se para uma hipótese de *impraticabilidade* assente na impossibilidade de, por via da urgência, preparar todos os elementos de que dependeria a tramitação de um procedimento de avaliação de impacto ambiental.

de aplicação do regime da Diretiva poder ser *total ou parcial*, é agora claro que tal possibilidade de *fuga* à avaliação de impacto ambiental só deve ocorrer na hipótese de a avaliação “*contrar[iar] o objetivo do projeto*”, devendo a decisão de dispensa assegurar, em qualquer caso, o “*cumprimento] [d]os objetivos da presente Diretiva*”.

Oriunda do Direito da União Europeia do Ambiente, a faculdade de dispensa de AIA em “*casos excepcionais*” merece assim, nesse contexto, uma aproximação *cautelosa*. Mesmo na ausência de jurisprudência concretizadora, essa cautela pode ser sintetizada por apelo a duas ideias-chave, sequenciais: (i) a *singularidade* de dado projeto (deve, portanto, verificar-se uma *pressing reason* que justifique a dispensa); e (ii) a *insusceptibilidade* de, em face dessa singularidade, submeter tal projeto a avaliação de impacto ambiental. Só perante casos destes, portanto, as fontes europeias parecem admitir a dispensa excepcional de AIA.

6. Já prevista no primeiro regime jurídico nacional de avaliação de impacto ambiental (RJAIA/1990)³⁶, a possibilidade de dispensa de avaliação em “*casos excepcionais*” constava, para os efeitos temporalmente relevantes em relação ao acórdão sob anotação, do artigo 3.º do RJAIA/2000, na redação que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 197/2005, de 8 de novembro. Nos seus termos essenciais³⁷ – que se mantêm praticamente idênticos no RJAIA/2013³⁸ –, a dispensa de AIA (i) poderia ocorrer “*em circunstâncias excepcionais e devidamente fundamentadas*”, (ii) desde que solicitada pelo proponente através da apresentação de requerimento “*devidamente fundamentado, no qual descreva o projeto e indique os seus principais efeitos no ambiente*”, (iii) por decisão conjunta do Ministro do Ambiente e do Ministro da tutela, (iv) antecedida de parecer – não vinculativo – da autoridade de AIA, o qual, sendo favorável à dispensa, deveria prever medidas de minimização dos impactos ambientais e/ou a necessidade de proceder a outra forma de avaliação.

No regime jurídico português, a dispensa de AIA – incidente sobre qualquer projeto a ela sujeito, quer *diretamente* quer por *apreciação casuística* – dependia (e ainda depende), portanto, da tramitação de um subprocedimento de iniciativa particular,

36 Cfr. os [n.ºs 4 e 5](#) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de junho, depois significativamente revistos através do Decreto-Lei n.º 278/97, de 8 de outubro, que os reconverteu nos [n.ºs 4 a 9](#) do artigo 2.º. Sobre a versão original da dispensa, assinalando a “*ausência de qualquer indicação segura sobre a excepcionalidade dos casos excluídos de avaliação ambiental, bem como dos pressupostos de uma decisão claramente discricionária*”, cfr. L. F. COLAÇO ANTUNES, *O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental*, cit., pp. 654-655 e nota 160.

37 Sobre o regime de dispensa perante o RJAIA/2000, cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito*, cit., pp. 156-159 (criticando, entre outros aspetos, a “*grande amplitude das margens de apreciação e decisão ou de discricionariedade, da Administração*”, apontando que “*teria sido preferível, sem afastar a discricionariedade, proceder a uma mais detalhada identificação das circunstâncias e das condições que poderiam dar lugar à dispensa de procedimento*”); também criticamente sobre a configuração relativamente ampla do regime e sobre outros aspetos da dispensa de AIA, cfr. A. ARAÇÃO/J. E. FIGUEIREDO DIAS/M. A. BARRADAS, *O Novo Regime da AIA: avaliação de previsíveis impactes legislativos*, cit., pp. 73-74; C. MORENO PINA, *Os Regimes*, cit., pp. 111 e ss.; e C. AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 1.ª ed., cit., pp. 116-117.

38 Cfr. o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 151-B/2013, de 31 de outubro: para além de se projetar a aprovação de uma portaria (ainda inexistente) da qual constem os elementos que o requerente da dispensa deve incluir no seu pedido, o regime de dispensa de 2013 alterou ligeiramente os prazos das diversas fases do subprocedimento. Para além da não densificação do conceito de “*circunstâncias excepcionais*”, o regime de dispensa é ainda passível de crítica na medida em que: (i) não inclui a obrigatoriedade de o requerente apresentar EIA; (ii) processa-se sem qualquer momento de contraditório público; e (iii) não estabelece qualquer grau de vinculatividade do parecer da Autoridade de AIA em relação à decisão de dispensa propriamente dita. Sobre o atual regime de dispensa de AIA, sintetizando estas linhas de crítica, cfr. C. AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 2.ª ed., cit., pp. 148-150.

subjetivamente complexo e de tramitação variável, orientado à prática de um ato administrativo próprio: o ato de dispensa³⁹. Variável no seu conteúdo – podendo incluir a previsão de medidas de minimização ou a previsão de qualquer outra forma de avaliação –, o ato de dispensa assume-se, por mais do que uma via, como um ato administrativo cuja prática envolve o exercício de competências discricionárias: (i) não apenas por *poder* ou *poder não ser praticado*⁴⁰, mas também (ii) por depender da apreciação e concretização – que deve ser *devidamente fundamentada* – de um pressuposto de facto enunciado em termos marcadamente abertos e amplos: a ocorrência de “*circunstâncias excecionais*”, cuja concretização depende, naturalmente, da apreciação circunstanciada das condições e contexto concreto que rodeiem determinado projeto e, por isso, da formulação de «juízos de prognose» por parte do decisor administrativo.

7. No caso subido ao TCA Norte, a apreciação da validade do Despacho do Ministro do Ambiente de 21 de julho de 2006, que isentou de AIA a instalação da unidade de coincinação de RIP no Centro e Produção da CIMPOR de Souselas, não teve por referência qualquer vicissitude relacionada com o desenrolar do *subprocedimento de dispensa*, integral e devidamente tramitado pelo proponente e pelas autoridades competentes⁴¹. Antes, o que estava e esteve em causa foi a questão de saber se, *in casu*, as circunstâncias motivadoras da decisão, descritas e justificadas no discurso fundamentador que a acompanhou, reuniam ou não o predicado da *excepcionalidade* exigido pelo ordenamento. De acordo com o TCA Norte, “*em momento algum foi invocada qualquer excepcionalidade, ainda que remotamente fundamentada*”, sendo portanto ilegal – e anulável – a decisão de dispensa praticada pelo Ministro do Ambiente de 21 de julho de 2006. Assim enquadrado, o julgado pelo TCA Norte convola-se num caso típico de controlo jurisdicional de exercício de competências discricionárias, em especial por interpretação daquilo que tradicionalmente se entende constituírem «conceitos indeterminados» – no caso, as “*circunstâncias excecionais*”. Trata-se, por essa razão, de um verdadeiro *hard case* – e, segundo se julga, bem decidido pelo TCA Norte quer se atente nos pontos de partida que assumiu, quer nas correspondentes concretizações perante a matéria de facto assente.

39 Sobre os atos de dispensa como tipo particular de atos administrativos, com diferentes enquadramentos e categorizações, mas identificando-os, em geral, como atos através dos quais se exime determinado sujeito do cumprimento de uma obrigação geral à qual estaria *prima facie* adstrito, cfr. R. SOARES, *Direito Administrativo*, Coimbra: João Abrantes, 1978, pp. 112-113; D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, II, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2016, p. 240; M. REBELO DE SOUSA/A. SALGADO DE MATOS, *Direito Administrativo Geral*, III, 2.ª ed., Lisboa: Dom Quixote, 2009, p. 108; e P. OTERO, *Direito Administrativo – Relatório*, Lisboa: supl. da RFDUL, 2001, p. 328. No caso da dispensa de AIA, é justamente disso que se trata: embora pragmaticamente se apele à *dispensa do procedimento*, o que está em causa, em último termo, é um ato que tem por efeito eximir o proponente da obrigação de prática dos atos propulsores do procedimento de AIA a que se encontraria *prima facie* sujeito determinado projeto.

40 Naturalmente que, assim que requerida, a dispensa *tem que ser decidida*, como aliás hoje resulta muito claramente do n.º 11 do artigo 4.º do RJAIA/2013; a faculdade para que aponta o texto diz apenas respeito à variabilidade do sentido da decisão: mesmo que se verifiquem os pressupostos que habilitam a dispensa, esta *pode ser deferida*, mas *também pode ser indeferida*.

41 Os Autores imputavam ao Despacho de dispensa o vício de incompetência, tendo em conta que o mesmo foi adotado singularmente pelo Ministro do Ambiente, sendo certo que, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do RJAIA/2000, se exigia a aprovação conjunta por parte do Ministro do Ambiente e do Ministro da Tutela, que os autores identificavam como sendo o Ministro da Economia. Na linha do já decidido pelo TAF de Coimbra a este respeito, o TCA Norte entendeu que a exigência de aprovação conjunta não se aplicaria ao caso, tendo em vista estar em causa apenas a utilização de uma nova fonte carburante numa instalação industrial já existente e não a instalação de uma nova unidade industrial, razão pela qual a «Tutela» pertenceria, aqui, ao próprio Ministro do Ambiente.

Afastando-se da afirmação relativamente lacónica da 1.ª instância, traduzida em que a decisão de dispensa “*não se mostra[va] ostensivamente errada, seja nos factos, seja nas valorações*”, tanto mais que, em casos como este, não poderia o Tribunal dedicar-se a um “*controlo jurisdicional pleno*”, o TCA Norte parte da premissa – evidente, mas cuja enunciação não é ainda assim inútil – segundo a qual “*a decisão de dispensa de AIA não [é] uma faculdade arbitrária conferida ao Governo*”, no sentido em que “*se é certo que a dispensa de AIA constitui uma faculdade do Governo, a mesma, em qualquer caso, não está dispensada da necessária e suficiente fundamentação, atenta até a necessária salvaguarda dos valores ambientais*”.

A partir daqui, o raciocínio do TCA Norte destina-se à comprovação da *suficiência e congruência* das razões inscritas no Despacho de 2006 como bases para a decisão de dispensa: entre outros aspetos, o TCA Norte considerou que: (i) quanto à circunstância de o projeto de coíncineração em Souselas já ter sido objeto de avaliação de impacto ambiental, de apreciação por parte da CCI e de análise por parte do Grupo de Trabalho Médico, esse histórico não obnubilaria o facto de em nenhum desses momentos ter sido afirmada a total e incondicionada *inocuidade* do projeto perante as exigências de preservação ambiental e garantia da saúde pública; (ii) quanto à invocação do processo de pré-contencioso comunitário de que Portugal havia sido objeto relativamente ao tratamento de RIP, a que no Despacho também se fez apelo, tal vicissitude era «insuficiente» para, em 2006, motivar a *excepcionalidade* do projeto de coíncineração em Souselas e a dispensabilidade da respetiva AIA.

Mas o alicerce mais impressionante em que assentou o juízo invalidatório do TCA Norte resultou da dupla circunstância de (i) a DIA anterior (de 1998)⁴² já se encontrar caducada e de, não obstante, (ii) o Despacho de 2006 assumir como uma das razões habilitadoras da dispensa de AIA o facto de o projeto já ter sido objeto de avaliação de impacto ambiental (justamente em 1998). Em último termo, foi esta conjugação de circunstâncias que decisivamente comandou o sentido da decisão do TCA Norte, na qual não deixou de se sublinhar que era “*manifesto*” que a avaliação ambiental levada a cabo em 1998 não só havia sido realizada perante um quadro legislativo entretanto significativamente alterado (desde logo pela superveniência do RJAIA/2000, algo que, segundo o TCA, “*só por si justificaria a realização de uma nova AIA e não a dispensa da sua realização*”), como também não havia podido tomar em consideração os dados emergentes de estudos técnicos entretanto realizados. Invertendo a enigmática e relativamente inconsequente afirmação da 1.ª instância a este respeito – segundo a qual o Despacho de 2006 “*consistiu precisamente em dispensar a AIA porque caducada a de 1998*” –, o TCA Norte assumiu, diferentemente, que “*exatamente por estar caducada a AIA de 98 é que se imporia, por maioria de razão, realizar uma nova AIA e não dispensar a mesma*”. Esse seria, ainda nas palavras do Tribunal Central, o “*normal caminho a seguir*”.

8. Esta conclusão fundamental – depois sintetizada pelo acórdão na afirmação de que “*atenta a circunstância de não terem sido efetuados quaisquer procedimentos prévios à dispensa da realização de AIA em 2006, ao que acresce o facto da mesma ter assentado em AIA de 1998 já caducada e desatualizada em termos de facto e de direito, impunha-se a realização de nova Avaliação de Impacto Ambiental*” – não pode

⁴² Em rigor, o procedimento de avaliação de impacto ambiental de 1998 não resultou na aprovação de uma verdadeira *declaração de impacto ambiental*, mas sim num «Parecer da Comissão de Avaliação», a que faziam apelo o n.º 1 do artigo 4.º e o n.º 1 do artigo 5.º do RJAIA/1990.

deixar de ser subscrita quer à luz dos termos que rodeiam as hipóteses de dispensa do procedimento de AIA **(a)**, quer perante a necessária *precariedade e contextualidade temporal* das declarações de impacto ambiental **(b)**). E não parece, sob outro ponto de vista que, ao assim ter decidido, o TCA Norte tenha comprometido a linha de divisão de funções que se erige de forma particularmente intensa no momento em que os Tribunais Administrativos são mobilizados a sindicarem a validade de atos administrativos praticados ao abrigo de normas atributivas de discricionariedade através da utilização de «conceitos indeterminados» **(c)**; pelo contrário, o Acórdão insere-se numa linha de *valorização dos momentos procedimentais* no Direito do Ambiente que, segundo se julga, é de preservar em toda a linha **(d)**).

a) Embora o TCA Norte não tenha feito apelo aos critérios interpretativos publicados pela Comissão em 2006, é seguro que da sua aplicação à factualidade dos autos sempre resultaria semelhante decisão anulatória: é difícil – senão mesmo impossível – vislumbrar nas razões carreadas pelo Ministro do Ambiente motivos que fundassem uma *especial urgência* do projeto em causa, motivos que demonstrassem que a realização de um procedimento de AIA comprometeria, à época, a *razão de ser* e a utilidade do projeto de coincineração de RIP no Centro de Produção de Souselas; enfim, motivos que permitissem alcançar a conclusão de que, em 2006, seria *impossível* ou *totalmente inadequado* tramitar um (novo) procedimento de avaliação de impacto ambiental relativo a esse projeto. Da fundamentação do Despacho impugnado não decorre, assim, que a não realização de AIA se impusesse como *exigência* num quadro de *excecionalidade*; em bom rigor, a decisão de dispensa assentou em proposições conclusivas quanto à *possibilidade* e quanto à *conveniência* da não realização de AIA em 2006, no essencial justificadas na base do já longo histórico que o processo de licenciamento havia atravessado nos anos anteriores.

Deve sublinhar-se, contudo, que a *excecionalidade* para que apontavam o n.º 3 do artigo 2.º da Diretiva AIA/1985 e o n.º 1 do artigo 3.º do RJAIA/2000, e para que apontam hoje o n.º 1 do artigo 4.º do RJAIA/2013 e o n.º 4 do artigo 3.º da Diretiva AIA/2011, não se basta com afirmações de *possibilidade* ou *mera conveniência*, não sendo também por si só relevante fundar uma decisão de dispensa na circunstância de um determinado projeto ter atravessado um percurso licenciador mais ou menos atribulado. Justamente pelo facto de o procedimento de avaliação de impacto ambiental se assumir como um dos *pilares* de toda a estrutura jurídica preventiva dedicada à preservação dos componentes ambientais⁴³ é que os casos de *dispensa* só podem justificar-se quando, num cenário de conflito entre as normas que tutelem essa preservação preventiva dos bens ambientais e as normas de tutela de interesses públicos e privados que apontem em sentido inverso, estas últimas *derrotem*, através da ponderação e com recurso ao critério mediador da proporcionalidade, o efeito regulador das primeiras.

Ora, essa ponderação, apenas esboçada no discurso fundamentador do Despacho de 2006, não foi, em todo o caso, adequadamente fundada; num aspeto essencial, ela foi mesmo, de forma manifesta, *erroneamente* fundada, conquanto é relativamente evidente que o apelo à pertinência de um procedimento avaliativo já concluído há quase 8 anos, e cujo ato conclusivo se encontrava já caduco (e, por isso, fáctica e

43 Sobre a centralidade da AIA no contexto do Direito do Ambiente, como mecanismo de concretização do princípio da prevenção por excelência, cfr. C. AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, 2.ª ed., cit., pp. 141-143.

juridicamente desatualizado), não poderia, em congruência de razões, habilitar uma decisão de dispensa, mas sim a decisão inversa.

Pode mesmo questionar-se se requerer uma dispensa de procedimento de AIA com base – não apenas mas principalmente – na pré-existência de uma DIA que se considera válida não traduz um desvio do procedimento previsto no artigo 3.º do RJAIA/2000 (e, hoje, no artigo 4.º do RJAIA/2013). As “circunstâncias excepcionais” a que se refere o preceito não devem incluir, por uma questão de lógica, a prévia realização de uma AIA, pois isso descaracterizaria tal procedimento. Por outras palavras, estaria a lançar-se mão de um procedimento para dispensar a obtenção de um ato... que afinal se detém. Compreende-se a utilização da dispensa de AIA perante a necessidade de realização de um projeto que vise a contenção dos efeitos de uma catástrofe natural; ou no quadro de um concurso de financiamento avultado com prazo curto de apresentação de candidatura – e sempre com explicitação de métodos de avaliação alternativos, desejavelmente suportados por um estudo de impacto ambiental que a norma não exige. Mas não se deve banalizar a excecionalidade das circunstâncias, sob pena de se esvaziar o sentido do procedimento de dispensa.

Enfim, e por um lado, alegar que a dispensa de AIA é devida com base na pré-existência de uma DIA constitui uma violação do *princípio da imparcialidade* na sua dimensão de necessidade de ponderação dos elementos essenciais à tomada de decisão e só desses (cfr., hoje, o artigo 9.º do CPA/2015). E, por outro lado, invocar a urgência de conclusão um procedimento que já levava quase dez anos desde o seu (atribulado) início revela-se manifestamente desadequado a suportar o pedido de dispensa, o que importa em afronta ao *princípio da proporcionalidade* (cfr., hoje, o n.º 1 do artigo 7.º do CPA/2015). Por fim, quando contextualizamos esta controversa dispensa num cenário de comoção social em virtude da incerteza sobre os efeitos da coincineração para a saúde pública, a *irrazoabilidade* desta decisão surge cristalina (cfr., hoje, o artigo 8.º do CPA/2015).

Em suma: embora não determinadas, as *circunstâncias excepcionais* para que apelava o n.º 1 do artigo 3.º do RJAIA/2000 (e para que hoje apela o n.º 1 do artigo 4.º do RJAIA/2013) e que habilitam a prática de um ato de dispensa de AIA postulam, como elementos essenciais, (i) a demonstração de uma comprovada situação de *singularidade* que envolva o projeto em causa, e (ii) a demonstração da incompatibilidade entre a realização da avaliação de impacto ambiental e a própria *subsistência* dos objetivos subjacentes à instalação do projeto (cfr. a alteração introduzida pela Diretiva 2014/52/UE ao §1º do n.º 4 do artigo 2º da Diretiva 2011/92/UE). No caso do Despacho impugnado, como detalhadamente identificou o TCA Norte, nenhuma dessas circunstâncias ressaltava da fundamentação apresentada; pelo contrário, parte da fundamentação apresentada indiciava mesmo a necessidade de efetivamente proceder a nova avaliação de impacto ambiental. Tanto bastou para fundar a ilegalidade do ato de dispensa em causa nos autos e, portanto, a sua anulação.

b) A decisão do TCA Norte foi, como se registou, particularmente orientada pela circunstância de a DIA de 1998 se encontrar caducada, conclusão que, de resto, já havia sido alcançada pelo próprio TAF de Coimbra, embora na 1.ª instância não se tenha atribuído a essa circunstância qualquer consequência invalidatória sobre o ato de dispensa de 2006. Sob este ponto de vista, é importante ter em conta que o RJAIA/1990,

na base do qual foi emitida a DIA de 1998, não previa qualquer mecanismo destinado a acautelar a necessária *temporalidade* do ato conclusivo do procedimento de avaliação: para além da inexistência de regulação relativa à possibilidade de pós-avaliação e a condições de revogação ou modificação desse ato⁴⁴, o regime também não previa qualquer esquema de *precarização* do parecer da Comissão de Avaliação, nomeadamente através da inscrição de prazos de caducidade.

A situação só seria acautelada com a entrada em vigor do RJAIA/2000, que a respeito da *caducidade* da DIA optou pela previsão de um esquema assente na combinação de um termo suspensivo inicial (em regra, a notificação) com uma condição resolutiva: a DIA *esgota* os seus efeitos caso não tenha sido dado início à execução do respetivo projeto no prazo de dois anos, prevendo-se ainda a possibilidade de *aproveitamento parcial* do procedimento anterior na hipótese de verificação da caducidade (n.ºs 1 e 4 do artigo 21.º, respetivamente)⁴⁵.

Pode questionar-se se, por aplicação das regras de conflitos temporais quanto à sucessão de prazos, estas regras dedicadas à *caducidade* da DIA, só previstas no RJAIA/2000, se repercutiriam sobre atos já praticados ao abrigo do RJAIA/1990: é ideia que, à vista do n.º 1 do artigo 297.º do Código Civil, parece poder admitir-se⁴⁶. Na economia do acórdão sob anotação, a questão não foi, no entanto, assim tratada: as referências à *caducidade* da DIA de 1998 e, bem assim, ao n.º 4 do artigo 21.º do RJAIA/2000, surgem como amparos argumentativos para uma conclusão mais genérica de *desatualização* dessa DIA em função das alterações de facto e de direito entretanto ocorridas. Trata-se, ainda assim, de uma conclusão que não pode deixar de ser subscrita, por razões que quase intuitivamente se alcançam.

Embora a declaração de impacto ambiental se assumia, em si mesma, como um ato temporalmente ilimitado, sem um termo final certo, é bem compreensível que o ordenamento não possa consentir que dada avaliação, realizada no momento x, possa ainda *habilitar* o lançamento do projeto num momento bem posterior a x, tendo em conta que a avaliação realizada é, sempre e logicamente, *contextual* e *temporalmente* condicionada. Tratando-se de uma conclusão que radica em premissas mais gerais relativas à mutabilidade imanente dos bens ambientais e, por isso, à necessária mutabilidade dos atos autorizativos que sobre eles versem⁴⁷, a inabilidade de uma avaliação realizada em 1998 para fundar a execução de um projeto em 2006 é, por isso, perfeitamente congruente.

44 Assinalando, à época, esta ausência, cfr. L. F. COLAÇO ANTUNES, *O Procedimento Administrativo de Avaliação de Impacto Ambiental*, cit., pp. 712-714.

45 Sobre o regime de caducidade da DIA, à luz do RJAIA/2013 (que duplicou o prazo para dar início ao projeto – ou à verificação de conformidade do projeto de execução – de dois para quatro anos), cfr. C. AMADO GOMES, *A dinâmica da Declaração de Impacto Ambiental (e da decisão de conformidade do RECAPE)*, in *Revisitando a Avaliação de Impacto Ambiental*, cit., pp. 308-310; e T. ANTUNES, *A Decisão do Procedimento de Avaliação de Impacto Ambiental*, cit., pp. 610-611.

46 Sobre o regime – que é de alcance geral – de sucessão temporal de leis sobre prazos previsto no artigo 297.º do Código Civil, perspetivando também a hipótese de aplicação da regra do seu n.º 1 aos casos em que a lei nova fixa pela primeira vez um prazo, cfr. J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 1982, pp. 282-284; e, também já assim, dedicadamente sobre esta hipótese, IDEM, *Sobre a aplicação no tempo do novo Código Civil*, Coimbra: Almedina, 1968, pp. 164-165.

47 Sobre estas premissas gerais e respetivas fundamentações, cfr., no essencial, C. AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 585 e ss.

Ao que acresce, como o TCA Norte não deixou também de sublinhar, a circunstância de a situação dos autos confrontar um ato praticado ao abrigo de um regime jurídico de avaliação de impacto ambiental (de 1990, revisto em 1997), entretanto já significativamente alterado pela superveniência do RJAIA/2000 (alterado em 2005), sendo certo que, como é sabido, este último se apresentou, à época, como um robustecimento integral de todo o processo de avaliação. Se se acrescentar o também natural desenvolvimento das técnicas e métodos de avaliação ambiental entretanto verificado, fica então derradeiramente assente o acerto do julgado pelo TCA Norte.

Deve assinalar-se que o acórdão sob anotação contou, como se anunciou, com um voto de vencido, essencialmente ancorado em duas premissas: (i) a de que do texto fundamentador do Despacho de 2006 resultaria a demonstração da *excecionalidade* exigida pelo n.º 1 do artigo 3.º do RJAIA/2000; e (ii) a de que não seria correta a assunção de que a decisão de dispensa se havia fundado numa DIA anterior e caducada, na medida em que daquele texto fundamentador apenas decorreria a invocação do procedimento avaliativo anterior, “*mas não se refere que a dispensa de uma nova AIA se tenha baseado em anterior Declaração de Impacte Ambiental*”.

Julga-se que o que se disse no texto, em acompanhamento do argumentado pelo relator, basta para contrariar estas duas premissas. Quanto à primeira, volta a sublinhar-se que nada na fundamentação do Despacho impugnado serve a demonstração de um cenário de *excecionalidade* (isto é, de *singularidade do projeto* e da *incompatibilidade* dos seus objetivos e funções com a tramitação de nova AIA): é bem certo que do Despacho impugnado resulta a consideração da *urgência* de uma solução para o tratamento de RIP em Portugal; mas não resulta a demonstração das razões pelas quais essa urgência tornava, à época, impraticável a promoção de um novo procedimento de avaliação de impacto ambiental. E esses são dois planos totalmente distintos: afirmar que é “*necessária e urgente uma solução de gestão dos RIP de âmbito nacional e que complemente os CIRVER*” não basta para que se consiga extrair a conclusão de não ser viável, naquela altura, sujeitar essa solução a AIA. Ainda que se trate de um argumento de facto extraível do processo de coíncineração na Arrábida, é de resto bem sintomático que a opção pela sujeição voluntária (mesmo depois de haver garantido a decisão de dispensa) da SECIL a AIA não tenha comprometido a utilidade e viabilidade do projeto; de resto, não há qualquer notícia de que o anunciado processo de incumprimento movido contra o Estado português pela Comissão Europeia tenha resultado em efetivas sanções contra as autoridades nacionais.

Quanto à segunda premissa em que assentou o voto de vencido, não parece, com o natural respeito que se impõe, que nela se vá para além de um jogo de palavras. É evidente que a dispensa não foi concedida *porque* existia uma DIA (um Parecer da CA) anterior; mas é inegável que *uma das razões* (a primeira invocada no Despacho, de resto) que conduziu ao juízo de desnecessidade de nova AIA, em 2006, foi, justamente, a circunstância de o projeto já ter sido sujeito a AIA e de nesse procedimento anterior se ter concluído favoravelmente em relação à coíncineração em Souselas. E não parece que se possa também negar que as circunstâncias fácticas e jurídicas se alteraram significativamente desde 1998 até 2006. A não realização de AIA implicou, em 2006, a *desconsideração* dessa mutação de circunstâncias: o

que é dificilmente compatível com o imperativo de prevenção que comanda todo o regime de AIA.

c) Importa, noutro plano, apreciar se o tipo de controlo efetuado pelo TCA Norte se compreende ou não dentro dos limites aceitáveis para a revisão jurisdicional de atos praticados ao abrigo de competências discricionárias e, em especial, de concretização de «conceitos indeterminados». A questão mereceria desenvolvimentos que aqui não cabem, naturalmente, mas não pode deixar de, também neste plano, deixar de se secundar o juízo levado a cabo pelo acórdão *sub judice*.

Em momento algum o TCA Norte se dedicou a refazer a ponderação primariamente efetuada pela Administração, acrescentando, de forma inovatória, elementos de facto que não resultassem do processo e, mais especificamente, do próprio Despacho no qual foi lavrada a decisão de dispensa. Diferentemente, todo o raciocínio do Tribunal se escudou num *controlo* da congruência e da suficiência das razões inseridas no discurso fundamentador da decisão de dispensa: em relação a algumas dessas razões, o TCA Norte negou-lhes pertinência para o efeito de fundar a *excepcionalidade* do caso; em relação a outra – a existência de um procedimento de avaliação de impacto ambiental anterior –, a conclusão foi a já vista.

Assim sendo, o acórdão do TCA Norte enquadra-se dentro das «fronteiras da substituíbilidade da decisão» primariamente adotada pelo Ministro do Ambiente⁴⁸. É que foi justamente a dupla circunstância de, nessa decisão, (i) não terem sido convocados elementos comprovadores de uma efetiva *singularidade* do projeto em questão e da sua *incompatibilidade* com a tramitação de um procedimento de avaliação de impacto ambiental, em 2006, e (ii) constarem referências – a um procedimento avaliativo anterior, cujo ato conclusivo correspondente poderia já assumir-se como *caduco* – que impressivamente apontavam para a necessidade de realização da nova avaliação, foi essa dupla circunstância, dizia-se, perfeitamente cognoscível a um juiz administrativo perante a factualidade que envolvia o caso, que motivou a decisão anulatória do TCA Norte.

Antevendo o melindre da questão, o STA já admitiu a revista da decisão, nomeadamente por nela pressupor a resolução de uma questão “*que se prende com os limites e o âmbito dos poderes do Tribunal na sindicância de atos administrativos através dos quais se preenchem conceitos indeterminados*”. É bem verdade; mas é também bem verdade que, perante o raciocínio desenvolvido pelo TCA Norte, não parece que haja motivos para censurar o tipo de controlo efetuado. Aguarda-se, por isso, com expectativa a decisão da revista que pende junto do STA.

Nos autos hoje pendentes no STA, conhece-se já o Parecer do Ministério Público (de 21 de outubro de 2016, emitido pelo Procurador-Geral-Adjunto ANTÓNIO H. L. FARINHA), que aponta no sentido do provimento da revista (e, portanto, da revogação do acórdão do TCA Norte), justamente por, na linha do alegado pelos recorrentes, ter considerado que “*o Tribunal recorrido ultrapassou os limites da sindicabilidade dos atos discricionários porquanto não lhe cabia apreciar o juízo de mérito da Administração mas tão só se as razões invocadas eram adequadas para excepcionalmente justificar a decisão de dispensa de procedimento de AIA*”.

⁴⁸ Sobre os limites e os parâmetros de controlo de atos autorizativos ambientais praticados em contexto de incerteza, cfr. C. AMADO GOMES, *Risco*, cit., pp. 488 e ss.

Não interessa, naturalmente, *contraditar* na íntegra esta opinião do Ministério Público – as razões da concordância com o julgado pelo TCA Norte (e, em especial, as razões que levam a crer que o exercício de julgamento a que se prestou não invadiu a esfera de discricionariedade própria da Administração) constam do texto. Sublinhe-se, apenas, o seguinte: alerta-se, no douto parecer do Ministério Público, para a circunstância de, alegadamente, o TCA Norte se ter prestado a *examinar internamente* a conclusão dos anteriores estudos e pareceres que, no momento inicial do lançamento da coincineração, a validaram científica e tecnicamente; depois de concluir que este tipo de controlo – sobre a conveniência técnica e científica da coincineração – não estaria ao dispor do TCA Norte, conclui-se que o juízo anulatório, “ao reapreciar o mérito do ato impugnado”, teria “invadi[d]o a esfera de exercício da função administrativa, numa situação de dupla administração contrária ao princípio constitucional da separação de poderes”.

Julga-se haver neste encadeado de razões um salto lógico: mesmo que se admita que o TCA Norte se *imiscuiu* em demasia no julgamento do *mérito* ou da *conclusão* dos pareceres técnicos anteriores (aspeto que não interessou abordar na anotação), o certo é que o foco do caso não é esse, e nem essa eventual circunstância deve tolher o rigor da análise no momento de apreciar se, *em relação ao juízo efetuado perante o Despacho de 2006* (que isentou a coincineração no CPS de Souselas de AIA), foram ou não invocadas razões bastantes para fundar a *excecionalidade* exigida pelo ordenamento, predicada com os parâmetros decorrentes do Direito da União Europeia – já que essa é (e era), como se viu, a questão central trazida a juízo e apreciada pelo TCA Norte. Ora, quanto a este aspeto, o citado parecer do Ministério Público limita-se (i) a assumir quase laconicamente a bondade da afirmação constante do Despacho impugnado, segundo a qual “*esta[vam] reunidas as condições que justificam a dispensa do procedimento de avaliação de impacto ambiental*”; (ii) a assinalar “*não [ser] rigoroso*” o entendimento de ter sido apenas o facto de ter havido uma AIA em 1998 a fundar a decisão de dispensa de 2006; e (iii) a revelar o facto de não ser também exato o desmerecimento da circunstância de Portugal enfrentar, à época, um processo de pré-contencioso pré-comunitário em relação ao incumprimento das metas europeias em matéria de tratamento de resíduos industriais perigosos.

Pois bem: quanto a (i), diga-se, a extensão de semelhante entendimento levaria a que os Tribunais Administrativos – ao invés do pressuposto pela jurisprudência constante do STA que nesse Parecer se reconhece – não pudessem controlar nenhum caso de exercício de competências discricionárias baseado na aplicação de conceitos *abertos* como “*circunstâncias excecionais*”; quanto a (ii), não se nega que no Despacho de dispensa se tenham invocados outros fundamentos que não apenas o facto de já ter havido uma AIA em 1998: porém, como no texto se ressaltou, esses fundamentos, para além de não afastarem a manifesta caducidade dessa avaliação anterior, limitam-se a documentar o *histórico* atribulado do processo de coincineração, *sem no entanto permitirem compreender por que razão é que, em 2006, não haveria condições para levar a cabo uma nova AIA*; por fim, quanto a (iii), e sem prejuízo de outros detalhes que aqui não cabem, sempre importa dar conta do seguinte: a *prova* de que a “*ameaça*” da pressão comunitária não impedia a tramitação de novos procedimentos de AIA em relação à coincineração em 2006 foi dada, no terreno, pelo caso paralelo da SECIL, na Arrábida.

Em suma: mesmo que possam apontar-se algumas debilidades a alguns segmentos da fundamentação do TCA Norte, não parece que o conjunto de razões agora trazidas pelo Ministério Público afastem a correção do seu sentido decisório fundamental. E, sob a lupa da *separação de poderes*, não parecem haver motivos para ver na decisão de 18 de março de 2016 um qualquer exercício de *dupla administração*.

d) Apreciada finalmente sob o eixo dos *pilares* do próprio Direito do Ambiente enquanto subsistema, o que da decisão anulatória do TCA Norte ressalta é uma efetiva *valorização do momento procedimental*, que se sabe ser estruturante no modelo de proteção jurídica ambiental consagrado tanto internacionalmente como a nível do Direito da União Europeia e, por isso, também no Direito português. Não deve esquecer-se que a avaliação de impacto ambiental, para além de ter consagração constitucional em alguns ordenamentos jurídicos⁴⁹, constitui, desde 2010, um princípio geral de Direito Internacional do Ambiente (ou seja, dotado de eficácia *erga omnes*), nos termos da jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça – casos *Pulp Mills on river Uruguay*, de 20 de abril de 2010, e *Costa Rica vs Nicarágua/Nicarágua vs Costa Rica*, de 16 de dezembro de 2015) –, precisamente por traduzir o paradigma de procedimento de ponderação de interesses ambientais e outros. E essa ótica de valorização procedimental não pode também, naturalmente, deixar de ser acompanhada.

É evidente que ao Direito não cabe caucionar a bondade técnica e científica da solução da co-incineração em cimenteiras como método de tratamento de RIP; mas cabe-lhe fornecer mecanismos aptos a oferecer maior *racionalização* e *legitimação* da solução que, política e tecnicamente, seja em concreto adotada. Um instrumento cimeiro dessas exigências de *racionalização* e *legitimação* é, como bem se compreende, o procedimento de avaliação de impacto ambiental; para além de ter originado uma cascata de ações administrativas, a postergação da AIA em 2006 veio a revelar-se, afinal, um mau exemplo de ponderação entre os interesses ambientais e os interesses do proponente⁵⁰, agora corretamente censurado pelo acórdão sob anotação.

49 Como o brasileiro (Constituição de 1988, artigo 225º, §1º, IV), o venezuelano (Constituição de 1999, artigo 129º), o boliviano (Constituição de 2009, artigo 345º, nº 2), e o queniano (Constituição de 2010, artigo 69º, nº 1).

50 Em anotação a um anterior acórdão do TCA Norte inicialmente publicada nos CJA (*And now, for something completely different...*, cit.), e que também versava sobre o ato de dispensa agora anulado, mas em sede cautelar, a primeira subscritora do presente texto já apontava, de resto, para a solução agora caucionada pelo acórdão de 18 de março de 2016: como então sintetizou, depois de apreciação crítica sobre o modo como ali tinha sido mobilizado, para efeitos de demonstração processual, o «princípio da precaução», “como jurista (...), sou forçada a observar que o melindre da «localização» da questão e o seu historial deveriam ter levado o Governo a não escolher o caminho mais curto – que se revelou mais árduo – e a conferir à decisão a maior legitimação, técnica e social, possível. Talvez o desfecho desta «novela» (...) confirme esta análise. De todo o modo, afigura-se-me que, tendo sido adotado o instrumento pacificador da AIA, o caso poderia ter sido, realmente, completamente diferente” (= in *Direito do Ambiente. Anotações Jurisprudenciais Dispersas*, 1.ª ed., Lisboa: ICJP, 2013, p. 58). Enfileirada nessa mesma preocupação de *legitimação pelo procedimento*, como no texto se registou, a decisão do TCA Norte acabada de comentar não pode, por isso, deixar de ser aplaudida... ainda que surja cerca de 10 anos (!) após o início do processo.

Críticando igualmente a opção pelas dispensas de AIA de 2006, na base em fundamentos agora parcialmente acolhidos pelo Acórdão do TCA Norte sob anotação, cfr. C. MORENO PINA, *Os Regimes de Avaliação de Impacte Ambiental e de Avaliação Ambiental Estratégica*, cit., pp. 117-119; dedicadamente sobre a (in)validade do ato de dispensa de AIA para Souselas, cfr., igualmente, A. ARAGÃO, *Apreciação da validade do Despacho de 21 de Julho de 2006, do Ministro do Ambiente, Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional, dispensando de avaliação de impacte ambiental a co-incineração de resíduos perigosos na unidade fabril de Souselas*, in *A Justiça Transparente*, Coimbra: CMC, 2010, pp. 233-241 (texto que, contudo, não se conseguiu consultar para efeitos da presente anotação).

III. Anulação do ato de dispensa e invalidade dos atos licenciadores posteriores

9. Assente a anulação do ato de dispensa de AIA praticado pelo Ministro do Ambiente, o acórdão do TCA Norte⁵¹ não deixou de fazer repercutir essa invalidade na subsistência dos atos licenciadores posteriores (licença ambiental, licença de instalação e licença de exploração) entretanto praticados e que garantiram a efetiva instalação da coíncineração de RIP na cimenteira de Souselas. Nos termos do julgado pelo TCA Norte, tal repercussão estribou-se (i) na anulação parcial da licença ambiental, (ii) na anulação parcial da licença de instalação e (iii) na anulação total da licença de exploração. Tudo com base na premissa de que “os licenciamentos de coíncineração se mostram irremediavelmente «contagiados» pelo facto de indevidamente não ter sido realizada nova AIA”.

É certo que, em relação à licença ambiental e à licença de instalação, ambas de 2006, o reflexo invalidatório da anulação do ato de dispensa de AIA só poderia ser, como concluiu o TCA Norte, *parcial*, ou seja, apenas poderia incidir sobre o conteúdo licenciador desses atos *em relação à atividade de coíncineração*, mas não já em relação à atividade industrial de produção de cimento. Mas o reparo que deve ser dirigido a este segundo segmento do Acórdão *sub judice* situa-se não no plano da extensão da invalidade sobre os atos licenciadores posteriores, mas sim no desvalor associado a essa invalidade: ao invés de *anuladas*, as licenças deveriam ter sido *declaradas (parcialmente) nulas*.

10. Como é sabido, ao contrário da opção europeia – que apenas aponta para a necessidade de os resultados da avaliação de impacto ambiental serem “*tomados em devida consideração*” para efeitos dos licenciamentos posteriores⁵² –, o ordenamento português assumiu, desde o RJAIA/2000, a clara opção pela *vinculatividade* da DIA, elevando-a a condição de validade dos atos autorizativos posteriores; mas, para além da consagração da regra de que “*o ato de licenciamento ou de autorização de projetos sujeitos a procedimento de AIA só pode ser praticado após a notificação da respetiva DIA favorável ou condicionalmente favorável*”, à época constante do n.º 1 do artigo 20.º do RJAIA/2000, previa-se ainda (numa solução mantida pelo RJAIA/2013)⁵³, o desvalor da *nulidade* para os atos licenciadores posteriores desrespeitadores do efeito conformador ou preclusivo da DIA (n.º 3), solução que atesta a importância central da AIA no contexto do licenciamento de projetos públicos e privados a ela sujeitos⁵⁴. Os atos licenciadores de um projeto não submetido a AIA, mas que devesse ter sido, assim como os atos licenciadores de projetos em relação aos quais tenha havido AIA, mas que desrespeitem os termos ou condições inscritos na DIA (ou na decisão sobre conformidade ambiental do projeto de execução), eram (e são), à luz do Direito português, nulos.

51 Recorde-se que à ação originária, dedicada à anulação do ato de dispensa, foram apensadas ações dedicadas à impugnação das licenças posteriores. Foi essa a razão que conduziu o TCA Norte a debruçar-se expressamente sobre o problema; em qualquer caso, como resulta do texto, a invalidade consequente dessas licenças, sob a forma de nulidade, sempre se imporia *ex lege*.

52 Cfr., ainda hoje, o artigo 8.º da Diretiva 2011/92/UE.

53 Cfr. o n.º 3 do artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 151-B/2013, de 31 de outubro.

54 Sublinhando a importância da previsão do desvalor da nulidade para o reforço de estatuto da DIA, cfr. F. ALVES CORREIA, A avaliação ambiental de planos e programas: um instituto de reforço da proteção do ambiente no direito do urbanismo, *RLJ*, ano 137.º, n.º 3946 (2007), p. 13; e A. ARAGÃO/J. E. FIGUEIREDO DIAS/M. A. BARRADAS, O Novo Regime da AIA: avaliação de previsíveis impactes legislativos, cit., pp. 94-95.

É certo que, ao menos diretamente, o artigo 20.º do RJAIA/2000 (o cenário é idêntico no artigo 22.º do RJAIA/2013) não dispunha sobre as consequências associadas à *dispensa ilegal* de AIA. Mas essa omissão de regulação é meramente aparente. Na medida em que a dispensa de AIA depende de pressupostos (materiais e procedimentais) normativamente fixados, é seguro que o seu desrespeito tem, juridicamente, o mesmo significado de uma (pura) não realização de AIA. Dito de outro modo: não levar a cabo um procedimento de AIA com base numa decisão de dispensa ilegal equivale a não levar a cabo AIA num caso em que a mesma fosse exigível, já que é justamente a ilegalidade da dispensa que torna juridicamente ilegítima a não adoção de um procedimento de AIA.

Por essa razão, o *desvalor* associado à primeira hipótese não pode deixar de ser o mesmo que o ordenamento expressamente prevê para a segunda, na medida em que a *invalidade consequente* que o ordenamento associa aos atos licenciadores posteriores a um projeto sujeito a AIA tem por base a *ausência* de uma DIA devida. Ora, num caso em que se conclua ter sido ilegítima (= ilegal) a decisão de dispensa, a DIA não existiu, *mas devia ter existido*. Daí que, na sequência da anulação da decisão de dispensa de AIA (por ausência da *excepcionalidade* exigida pelo n.º 1 do artigo 3.º do RJAIA/2000), não poderia o TCA Norte ter-se bastado com *anular* os atos licenciadores posteriores (entretanto já *renovados*)⁵⁵; deveria, isso sim e em conformidade com os [n.ºs](#) 1 e 3 do artigo 20.º do RJAIA/2000, *ter declarado a sua nulidade* (parcial). A preterição do 'devido procedimento', de resto, sempre geraria a nulidade destes atos licenciadores, nos termos gerais da agora alínea *l*) do n.º 2 do artigo 161.º do CPA (numa consequência já extraível, à época, seja do n.º 1 do artigo 133.º, seja, numa certa interpretação, da alínea *f*) do n.º 2, também do artigo 133.º do CPA/1991).

A diferença – entre *anular* ou *declarar nulos* – esses atos licenciadores não é, naturalmente, isenta de consequências. Resta saber, no entanto, se a questão terá, no futuro, quaisquer efeitos – o que depende, antes do mais, do que venha a decidir o STA quanto à bondade da anulação do ato de dispensa na revista pendente.

⁵⁵ A APA emitiu, em 10 de dezembro de 2015, nova Licença Ambiental à CIMPOR, válida até 10 de dezembro de 2025, e em cujos termos se continua a prever a realização de coincineração de resíduos perigosos. A conclusão quanto à nulidade dos atos cuja validade foi expressamente apreciada pelo TCA Norte estende-se, naturalmente, a esta nova Licença Ambiental: a manter-se a anulação da decisão de dispensa, a nulidade desta nova licença é, também, uma consequência diretamente resultante do ordenamento.



Sobre o direito de acesso à justiça eurocomunitária em matéria ambiental: Wie lange... Plaumann? ¹

Anotação aos Acórdãos do TJUE de 13 de Janeiro de 2015: *Stichting Milieu*, [Processos conjuntos n.ºs C-404/12 P e C-405/12 P](#); e *Vereniging Milieudefensie*, [Processos conjuntos n.ºs C-401/12 P a C-403/12 P](#)

Carla Amado Gomes
Rui Tavares Lanceiro

1. A Convenção de Aarhus¹ reconhece o direito de acesso à justiça em matéria ambiental, por parte de qualquer cidadão, no seu artigo 9.^{o2}. Na medida em que a União Europeia (UE) é parte desta Convenção³, torna-se necessário compatibilizar este direito de acesso à justiça com o regime do contencioso da UE de impugnação de actos dos órgãos, organismos e instituições da União Europeia, que é assegurado pelas acções de anulação (artigos 263.^o e 264.^o do Tratado sobre o Funcionamento da UE [TFUE]) e de omissão (artigos 265.^o e 266.^o do TFUE), a interpor junto do Tribunal da Justiça da UE (TJUE), nos termos gerais.

Efectivamente, sendo a UE Parte da Convenção da Aarhus, esta passa a integrar o Direito derivado da UE, vinculando os seus órgãos, organismos e instituições, bem como os Estados-Membros (que são todos, também, Parte da Convenção)⁴. Apesar de integrem o Direito derivado, os acordos celebrados pela UE ocupam uma posição especial nesta ordem jurídica, primando sobre os restantes actos de Direito derivado⁵ – que de-

1 Trata-se da Convenção sobre o acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente, conhecida por Convenção de Aarhus por ter sido assinada nesta cidade da Dinamarca, a 25 de Junho de 1998, sob a égide da Comissão Económica das Nações Unidas para a Europa (United Nations Economic Commission for Europe – UNECE).

2 Esta norma consagra o direito de acesso à justiça numa perspectiva tridimensional: por um lado, permite reagir contra a violação do direito de acesso à informação, tal como previsto no artigo 4.^o (n.º 1 do artigo 9.^o); por outro lado, consagra o direito à impugnação de actos ou omissões adoptados nos procedimentos de tomada de decisão relativos a actividades susceptíveis de ter um impacte significativo no ambiente, abrangidas pelo artigo 6.^o — por quem tenha um interesse legítimo ou alegar a violação de um direito, se tal constituir um requisito processual da lei nacional da Parte (n.º 2 do artigo 9.^o); e, finalmente, prevê o direito de acesso às vias jurisdicionais para questionar actos ou omissões de entidades privadas ou de autoridades públicas que violem a legislação nacional aplicável em matéria de ambiente (n.º 3 do artigo 9.^o). A Convenção estabelece requisitos gerais para o funcionamento dos meios processuais em causa.

3 A (então) Comunidade Europeia tornou-se parte da Convenção de Aarhus através da Decisão do Conselho n.º 2005/370/CE, de 17 de Fevereiro. A UE substituiu e sucedeu à Comunidade Europeia através do Tratado de Lisboa (artigo 1.^o, 3.^o parág, do TUE; cfr. também o artigo 2.^o, n.º 2, alínea a), do Tratado de Lisboa), que entrou em vigor a 1 de Dezembro de 2009.

4 Cfr. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, 2013, pp. 478 ss.; em especial, V. RODENHOFF, "The Aarhus Convention and its Implications for the "Institutions" of the European Community", in *Review of European Community and International Environmental Law*, vol. 11, n.º 3, 2002, pp. 343-357.

5 Cfr. os Acórdãos do TJ: de 10 de Janeiro de 2006 (*IATA*), Proc. n.º C344/04, n.º 35; de 12 de Janeiro de 2006 (*Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*), Proc. n.º C-311/04, n.º 25; de 3 de Junho de 2008 (*Inter-tanko*), Proc. n.º C-308/06, n.º 42.

vem ser interpretados «na medida do possível, em conformidade com esses acordos»⁶ –, podendo levar à sua invalidade⁷.

A aferição da validade de actos de Direito derivado da UE face a acordos internacionais depende da verificação de três pressupostos: i) de a UE estar vinculada a esses acordos⁸; ii) de que a «natureza e a sistemática» destes «a isso não se oponham»; e de que iii) «as suas disposições se revelem, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas»⁹. Quando a este último aspecto, é necessário que o acordo consagre «regras destinadas a serem aplicadas directa e imediatamente aos particulares e a conferir a estes últimos direitos ou liberdades susceptíveis de serem invocados contra Estados», independentemente das atitudes dos Estados contratantes¹⁰.

As obrigações da Convenção de Aarhus são assimiladas, pela UE, através de diversos instrumentos normativos, alguns dirigidos à própria UE, outros aos Estados-Membros. Quanto ao primeiro grupo, deve ser feita referência especial ao Regulamento (CE) n.º 1367/2006, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Setembro (Regulamento Aarhus). No que diz respeito aos Estados-Membros e ao direito de acesso aos tribunais, embora uma proposta de directiva tenha sido apresentada, esta nunca chegou a ser aprovada¹¹, pelo que este direito se encontra concretizado através de previsões parcelares, nas diversas directivas em matéria de ambiente.

2. É neste âmbito do direito de acesso à justiça que, em matérias ambientais, parece existir um problema de desconformidade entre o Direito da UE e as vinculações internacionais decorrentes da Convenção de Aarhus, para a UE.

A questão passa pela interpretação do artigo 263.º, 4.º parág., do TFUE, no qual se estabelece a legitimidade processual activa dos designados autores “*não privilegiados*” (pois necessitam de demonstrar interesse processual), referindo-se que «qualquer pessoa singular ou colectiva pode interpor, nas condições previstas nos primeiro e segundo parágrafos, recursos contra os atos de que seja destinatária ou que lhe digam directa e individualmente respeito, bem como contra os actos regulamentares que lhe digam directamente respeito e não necessitem de medidas de execução»¹².

A questão passa pela interpretação do requisito de que os actos em causa digam *individualmente* respeito aos autores da acção. O TJ fixou esta interpretação no Acór-

6 Cfr. o Acórdão do TJ de 10 de Setembro de 1996 (Comissão c. Alemanha [Convénio Internacional relativo ao Sector Leiteiro]), Proc. n.º C-61/94, n.º 52; no citado Acórdão *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, n.º 25; no Acórdão de 1 de Abril de 2004 (*Bellio F.Ili*), Proc. n.º C286/02, n.º 33.

7 Cfr. o Acórdão *Intertanko*, cit., n.º 43.

8 Cfr. o Acórdão *Intertanko*, cit., n.º 44.

9 Cfr. os Acórdãos do TJ: *IATA*, cit., n.º 39; *Intertanko*, cit., n.º 45; e de 9 de Setembro de 2008 (*FIAMM*), Proc. n.º C120/06 P e C121/06 P, n.º 110.

10 Cfr. o Acórdão *Intertanko*, cit., n.º 64.

11 A Comissão adoptou a proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao acesso à justiça no domínio do ambiente (COM/2003/0624 final - COD 2003/0246) a 24 de Outubro de 2003 (foi enviada ao Parlamento Europeu e ao Conselho no dia 27 do mesmo mês). O Parlamento Europeu, em primeira leitura, apresentou diversas propostas de alteração. As principais críticas formuladas dizem respeito ao facto de a proposta ir mais longe do que o exigido pela Convenção de Aarhus e de não atentar suficientemente no princípio da subsidiariedade, por ser excessivamente detalhada. A proposta foi oficialmente retirada pela Comissão a 21 de Maio de 2014 (JO 2014/C, n.º 153, p. 3).

12 Considera-se que este requisito é aplicável à legitimidade activa do processo por omissão. Cfr. M. J. RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, Coimbra, 2013, p. 142.

dão *Plaumann* (de 1962...)¹³, de forma restritiva, ao estabelecer que «os particulares que não sejam destinatários de uma decisão só podem afirmar que esta lhes diz individualmente respeito se os afectar devido a certas qualidades que lhes são próprias ou a uma situação de facto que os caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e assim os individualiza de maneira análoga à do destinatário»¹⁴. Foi assim criado o designado “teste *Plaumann*”, que passou a ser utilizado pelo Tribunal para aferir da legitimidade dos particulares face a actos de que não sejam destinatários, e que vem sendo aplicado de forma constante^{15/16}, mesmo no que diz respeito a assuntos ambientais¹⁷.

A questão da limitação da legitimidade activa de particulares na acção de anulação no domínio ambiental foi também objecto do já referido Regulamento Aarhus. Aí se prevê a necessidade de um pedido de reexame interno administrativo obrigatório junto da UE antes da abertura da possibilidade de acesso ao TJ. Assim, uma ONGA que preencha os requisitos enunciados no artigo 11.º do Regulamento tem o direito de requerer um reexame interno de actos administrativos em matéria ambiental às instituições ou órgãos da UE que os tenham aprovado ou que, em caso de alegada omissão administrativa, os devessem ter aprovado, nos termos do artigo 10.º do Regulamento. Neste caso, as instituições ou órgãos em causa ficam sujeitos ao dever de reexaminar a situação, dando resposta fundamentada à pretensão apresentada.

Após a resposta ao requerimento de reexame interno, ou se a instituição ou o órgão não der resposta fundamentada ao pedido no prazo previsto, a ONGA pode interpor recurso para o TJUE «ao abrigo das disposições aplicáveis do Tratado» (artigo 12.º, n.º 1 e 2, do Regulamento). No entanto, esta solução não parece resolver a questão, pois continua a prever que o recurso deve ocorrer «ao abrigo das disposições aplicáveis do Tratado» — não superando, portanto, as dificuldades inerentes à jurisprudência *Plaumann*. Porém, em decisões recentes, o TG tentou — como já tentara com o Acórdão *Jégo-Queré*¹⁸ — ultrapassar este autêntico dogma que se instalou na jurisprudência eurocomunitária.

13 Cfr. o Acórdão do TJ de 15 de Julho de 1963 (*Plaumann*), proc. n.º 25/62.

14 Acórdão *Plaumann*, cit., p. 284 (versão portuguesa). Cfr. M. J. RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia*, cit., pp. 133 ss.; FAUSTO DE QUADROS/ A. M. GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, Coimbra, 2009, pp. 153 ss.; A. M. GUERRA MARTINS, “Algumas reflexões sobre a reforma do sistema jurisdicional comunitário”, in *Em torno da revisão do Tratado da União Europeia*, A. Gonçalves Pereira (ed.), Coimbra, 1997, pp. 205-230.

15 Cfr., e.g., o Acórdão do TJ de 22 de Novembro de 2001 (*Nederlandse Antillen*), Proc. n.º C-452/98, n.º 60; o Acórdão do TJ de 25 de Julho de 2002 (*Unión de Pequeños Agricultores*), Proc. n.º C-50/00 P, n.º 36 (confirmando, em recurso, o Despacho de inadmissibilidade do recurso do TPI de 23 de Novembro de 1999, no Proc. n.º T-173/98); o Acórdão do TJ de 22 de Novembro de 2007 (*Sniace*), Proc. n.º C260/05 P, n.º 53 (que rejeitou o recurso do Acórdão do TPI de 14 de Abril de 2005, no Proc. n.º T-88/01).

Cfr. também o Despacho do TJ de 26 de Novembro de 2009 (*Região Autónoma dos Açores*), Proc. n.º C-444/08 P, n.º 36 (rejeitando o recurso do Acórdão do TPI de 1 de Julho de 2008, Proc. T-37/04).

16 Cfr. F. PAES MARQUES, “O acesso dos particulares ao recurso de anulação após o Tratado de Lisboa: remendos a um fato fora de moda”, in *Cadernos O Direito (O Tratado de Lisboa)*, 2010/5, pp. 92 ss.; M. J. RANGEL DE MESQUITA, *A União Europeia Após o Tratado de Lisboa*, Coimbra, 2010, pp. 154 ss.

17 Cfr. o Acórdão do TJ de 2 de Abril de 1998 (*Greenpeace International*), Proc. n.º C-321/95 P, n.º 27-28, rejeitando o recurso do Despacho do TPI de 9 de Agosto de 1995 (no Proc. n.º T-585/93), que julgou inadmissível a acção. Sobre este acórdão, Carla AMADO GOMES, “A impugnação jurisdicional de actos comunitários lesivos do ambiente, nos termos do artigo 230 do Tratado de Roma: uma acção nada popular”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira*, Coimbra, 2006, pp. 875 segs.

18 Cfr. o Acórdão do TG de 3 de Maio de 2002 (*Jégo-Queré & Cie SA*), Proc. n.º T-177/01.

Falamos da decisão proferida no caso *Stichting Milieu*¹⁹, onde o TG anulou as decisões de inadmissibilidade de um pedido de reexame, considerando, nomeadamente, que a adopção do Regulamento em causa se incluía no âmbito dos poderes de execução da Comissão e, por conseguinte, podia ser objecto de um pedido desse tipo, por exemplo, ao abrigo do artigo 10.º do Regulamento Aarhus. Confrontando a letra do preceito²⁰, o TG julgou inválido o artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento Aarhus, na medida em que este assimila o conceito de «acto» ínsito no artigo 9.º, n.º 3, da Convenção de Aarhus, à noção de «acto administrativo», definido no artigo 2.º, n.º 1, alínea g), deste Regulamento — ou seja, como sendo uma «medida de carácter individual»²¹. No mesmo dia, o TG, no caso *Vereniging Milieudefensie*²² chegou a conclusão idêntica.

A invalidade parcial do artigo 10.º do Regulamento Aarhus decorreria do primado da Convenção de Aarhus sobre o restante Direito derivado. O TG entendeu dever prescindir da verificação dos requisitos referidos *supra*, nomeadamente de saber se as disposições da Convenção de Aarhus gozam de efeito directo, aplicando a designada “excepção de *Nakajima*” (também conhecida como “princípio da implementação”²³). Esta excepção, invocada pela primeira vez no caso *Nakajima*, permite ao TJ fiscalizar da legalidade de um regulamento à luz de um tratado internacional, independentemente de averiguar do seu efeito directo, quando este se destinar a dar execução a uma obrigação imposta pelo tratado às instituições da UE^{24/25} — como acontece com o Regulamento Aarhus. Ora, interpretando a Convenção de Aarhus, o TG conclui que o seu artigo 9.º, n.º 3, não pode ser interpretado no sentido de que se refere unicamente às medidas de carácter individual, de onde resulta a ilegalidade parcial do artigo 10.º do Regulamento²⁶.

3. Do Acórdão *Stichting Milieu* e do Acórdão *Vereniging Milieudefensie* foram interpostos recursos para o TJ²⁷.

19 Cfr. o Acórdão do TG de 14 de Junho de 2012 (*Stichting Milieu*), Proc. N.º T-338/08.

20 Cfr. o Acórdão *Stichting Milieu*, *cit.*, n.º 39.

21 Cfr. o Acórdão *Stichting Milieu*, *cit.*, n.º 83-84.

22 Cfr. o Acórdão do TG de 14 de Junho de 2012 (*Vereniging Milieudefensie*), Proc. n.º T-369/09, [n.ºs 68-69](#). Neste caso, o acto de que se pedia o reexame era uma decisão da Comissão, mas que também constituía uma medida de carácter geral, não devendo, portanto, ser considerada como tendo carácter individual na acepção do artigo 2.º, n.º 1, alínea g), do Regulamento Aarhus.

23 Cfr. P. EECKHOUT, *External Relations of the European Union*, Oxford, 2004, p. 316. Cfr. também H. RUIZ FABRI, “Is there a case – legally and politically – for Direct Effect of WTO obligations?”, in *The European Journal of International Law*, vol. 25, 2014/1, pp. 153 ss.

24 Cfr. o Acórdão do TJ de 7 de Maio de 1991 (*Nakajima*), Proc. n.º C69/89, [n.ºs 28 e 31](#), bem como o Acórdão do TJ de 22 de Junho de 1989 (*Fediol*), Proc. 70/87, [n.ºs 19-22](#). Trata-se de uma jurisprudência que começou a ser desenvolvida no âmbito do Acordo Geral sobre Pautas Aduaneiras e Comércio (GATT) e se manteve no quadro da Organização Mundial do Comércio (OMC). Cfr. os Acórdãos do TJ de 23 de Novembro de 1999 (*Portugal c. Conselho*), Proc. n.º C149/96, n.º 49; de 30 de Setembro de 2003 (*Biret International*), Proc. C93/02 P, n.º 53; de 1 de Março de 2005 (*Van Parys*), Proc. C377/02, n.º 40. No entanto, o TG também refere uma aplicação desta excepção fora desse âmbito, no Acórdão do TJ de 16 de Junho de 1998 (*Racke*), Proc. n.º C162/96, n.º 48. Cfr. J. BOURGEOIS, “*The European Court of Justice and the WTO*”, in *Towards a Common Law of International Trade*, Weiler (ed.), Oxford, 2001, p. 103.

25 Cfr. J. FÉLIX DELILE, “A propos de l’arrêt *Vereniging Milieudefensie*: la seconde naissance de l’invocabilité *Nakajima*”, in *Cahiers de droit européen*, 2012/3, pp. 687 ss.; S. WOLF/ N. STANLEY, *Wolf and Stanley on Environmental Law*, Routledge, 2013, pp. 82-83.

26 Cfr. os Acórdãos do TG *Stichting Milieu*, *cit.*, n.º 83-84, e *Vereniging Milieudefensie*, *cit.*, n.º 68-69.

27 Acórdãos do TJ de 13 de Janeiro de 2015 (*Stichting Milieu*), Processos conjuntos n.ºs C-404/12 P e C-405/12 P, e (*Vereniging Milieudefensie*), Processos conjuntos n.ºs C-401/12 P a C-403/12 P.

As conclusões do Advogado-Geral (AG) Niilo Jääskinen relativamente a ambos os processos foram conhecidas a 8 de Maio de 2014. Quanto ao processo *Vereniging Milieudefensie*, o AG considera ser de dar provimento ao recurso e de anular o Acórdão do TG, porque a Comissão, ao aprovar os regulamentos contestados, estaria no exercício da sua competência legislativa, na acepção da Convenção de Aarhus, situando-se, por isso, fora do âmbito do artigo 9.º, n.º 3, da Convenção. Já relativamente ao caso *Vereniging Milieudefensie*, o AG desenvolveu uma abordagem mais complexa.

Com efeito, o AG entendeu que o TG, ao aplicar a “excepção de *Nakajima*”, incorreu num erro de direito, uma vez que esta apenas seria aplicável no âmbito estrito dos acordos GATT e OMC. Assim, o AG distingue entre a abordagem geral do TJ face ao Direito Internacional (que designa de «*ramo monista*»), e a sua jurisprudência específica, mais restritiva, aplicável naquele âmbito [o «*Primeiro ramo dualista (jurisprudência GATT/OMC)*»]. De acordo com esta visão, foi face a essa orientação restritiva, que a justifica, que foi formulada a “excepção de *Nakajima*” — daí que não faça sentido a sua aplicação fora daquele contexto²⁸.

Em contrapartida, contudo, o AG sugere que o TJ deve permitir a invocação do preceito da convenção internacional por outros motivos. De facto, no que respeita à fiscalização da legalidade do Direito derivado à luz do Direito convencional, o AG refere que «*no estado actual do direito da União, afigurase difícil afirmar que existe apenas uma única abordagem uniforme*», pois «*a jurisprudência nesta matéria não constitui um bloco consolidado, parecendo, pelo contrário, marcada por uma certa diversidade que toca, por vezes, as raias da incoerência*»²⁹.

É neste contexto que recorre ao precedente do caso *Biotech*³⁰, no qual a ausência de efeito directo das normas do tratado internacional não impediu que o TJ examinasse o seu cumprimento pela UE. Assim deveria ser também no caso *sub judice*, tendo em conta as características do Direito Internacional do Ambiente e bem assim que a aplicação do critério do necessário efeito directo das normas do tratado levaria à criação de uma área isenta de controlo judicial de legalidade. Nesta linha, o AG propõe que uma disposição de Direito Internacional é «*susceptível de servir de critério de referência para efeitos da fiscalização da legalidade*», desde que contenha «*elementos suficientemente claros, inteligíveis e precisos*» (cfr. o n.º 79 das Conclusões).

É a esta luz que conclui que o artigo 9.º, n.º 3, da Convenção de Aarhus, apesar de não ter efeito directo, configura uma «*disposição mista*». Isto porque, para além de es-

28 Assim, «a exclusão da fiscalização da legalidade de um ato comunitário relativamente aos acordos OMC/ADPIC/OTC não pode ser aplicada a uma convenção que, ao contrário do Acordo OMC, não se baseia, em sentido estrito, no princípio da reciprocidade e das vantagens mútuas» — cfr. as Conclusões do AG Niilo Jääskinen, de 8 de Maio de 2014 (*Vereniging Milieudefensie*), Proc. n.º C-401/12 P a C-403/12 P, n.º 53 [louvando-se no Acórdão do TJ de 9 de Outubro de 2001 (*Países Baixos c. Parlamento e Conselho da UE [Biotech]*), Proc. n.º C-377/98, n.º 53].

29 Cfr. as Conclusões do AG Niilo Jääskinen no Acórdão *Vereniging Milieudefensie*, cit., n.º 60.

30 Cfr. o Acórdão *Biotech*, cit., n.º 54, remetendo para o Acórdão *Racke*, cit., n.ºs 45, 47 e 51. O Acórdão *Biotech* é considerado polémico, tendo P. EECKHOUT referido que continha «*enigmatic statements*» — na sua anotação do Acórdão Intertanko cfr. Case C-308/06, *The Queen on the application of Intertanko and Others v Secretary of State for Transport*, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 3 June 2008, in CMLR, n.º 46, 2009, pp. 2041 ss., 2052.

Cfr. também R. PAVONNI, “Controversial aspects of the interaction between international and EU law in environmental matters: direct effect and Members State's unilateral measures”, in *The External Environmental Policy of the European Union*, E. Morgera (ed.), Cambridge, 2012, pp. 347 ss., 351-352.

tar «subordinada à intervenção de um acto posterior», «comporta igualmente uma obrigação de resultado claramente identificável para as partes contratantes», pelo que traduz, «em parte, uma norma suficientemente clara» para poder «constituir um critério de referência para efeitos da apreciação da legalidade dos actos das instituições da União» (n.ºs 91-92 e 95 das Conclusões). Ora, analisando as obrigações decorrentes deste preceito, o AG conclui que «o artigo 10.º do Regulamento de Aarhus não constitui uma execução completa das obrigações que decorrem do artigo 9.º, n.º 3, da Convenção de Aarhus». Ratificando, assim, o acolhimento, pelo TG, da excepção de ilegalidade suscitada contra o artigo 10.º, conjugado com o artigo 2.º, n.º 1, alínea g), do Regulamento de Aarhus.

4. No dia 13 de Janeiro de 2015, o TJ emitiu os Acórdãos relativos a estes dois recursos — *Stichting Milieu* e *Vereniging Milieudefensie*. Qualquer expectativa de flexibilização do “teste *Plaumann*”, acolhida pelo TG e apoiada pelo AG, caiu por terra.

Com efeito, o TJ reafirmou que «as disposições de um acordo internacional em que a União é parte só podem ser invocadas em apoio de um recurso de anulação de um ato de direito derivado da União ou de uma excepção relativa à ilegalidade desse ato, desde que, por um lado, a natureza e a economia deste acordo a isso não se oponham e, por outro, essas disposições se revelem, do ponto de vista do seu conteúdo, incondicionais e suficientemente precisas»³¹ — assim reafirmando a jurisprudência *Intertanko*. Ora, como o artigo 9.º, n.º 3, da Convenção de Aarhus não tem efeito directo (como já afirmara no Acórdão *Lesoochranárske zoskupenie*)³² e não se aplicando as excepções invocadas pelo TG³³, as suas conclusões estariam feridas de erro de Direito.

O TJ insiste na ideia de que este é «apenas um dos meios judiciais de que os particulares dispõem para defenderem o direito do ambiente da União» e ressalta que «as obrigações decorrentes do artigo 9.º, n.º 3, da Convenção de Aarhus relativas aos processos administrativos ou judiciais nacionais (...), no estado actual do direito da União, pertencem (...), no essencial, ao domínio do direito dos Estados-Membros»³⁴.

O TJ reafirma, desta forma, a restritiva jurisprudência *Plaumann*, sem manifestar qualquer sensibilidade a uma necessária revisão dos seus pressupostos no domínio do Direito do Ambiente — e, pior, ratificando um incumprimento das obrigações da UE decorrentes da Convenção de Aarhus. Uma vez que apenas o TJ pode controlar a legalidade dos actos da UE³⁵, os particulares ficam obrigados a interpor, num tribunal nacional, uma acção que diga respeito a uma decisão do Estado-Membro, embora, em bom

31 Cfr. os Acórdãos do TJ de 13 de Janeiro de 2015 (*Vereniging Milieudefensie*), Proc. n.º C-401/12 P a C-403/12 P, n.º 54; (*Stichting Milieu*), Proc. n.º C404/12 P e C405/12 P, n.º 46.

32 Acórdão do TC de 8 de Março de 2011 (*Lesoochranárske zoskupenie*), Proc. n.º C-240/09.

33 Isto porque, por um lado, o artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento Aarhus, não efectua «remissões directas para disposições precisas da Convenção de Aarhus», nem confere direitos aos particulares [Acórdãos *Vereniging Milieudefensie* (C-401/12 P a C-403/12 P) n.º 58 e *Stichting Milieu* (C404/12 P e C405/12 P), n.º 50] e, por outro lado, não está em causa a implementação, através deste preceito do Regulamento Aarhus, «das obrigações particulares» na acepção do Acórdão *Nakajima*, «na medida em que, conforme decorre do artigo 9.º, n.º 3, da Convenção de Aarhus, as partes contratantes nesta dispõem de uma ampla margem de apreciação quanto à definição das modalidades de implementação dos 'processos administrativos ou judiciais'» [Acórdãos *Vereniging Milieudefensie* (C-401/12 P a C-403/12 P) n.º 59, e *Stichting Milieu* (C404/12 P e C405/12 P), n.º 51].

34 Cfr. os Acórdãos do TJ *Vereniging Milieudefensie*, cit., n.º 60, e *Stichting Milieu*, cit., n.º 52.

35 Cfr. o Acórdão do TJ de 22 de Outubro de 1987 (*Fotofrost*), Proc. n.º 314/85, n.º 20.

rigor, pretendam contestar a legalidade de um acto da UE³⁶. Para além do artifício deste raciocínio, existem problemas de fundo atrelados a esta solução: *i)* pode não existir acto nacional de execução impugnável da decisão da UE; *ii)* o regime processual nacional pode não atribuir legitimidade para interpor a acção em causa; e, *iii)* a iniciativa do processo das questões prejudiciais depende exclusivamente do tribunal nacional e não dos particulares. A responsabilidade civil extracontratual também não oferece uma resposta apropriada, uma vez que apenas propicia compensação face a uma lesão ocorrida, não permitindo meramente contestar a legalidade do acto em causa – o que constitui o objectivo do particular. Acresce poderem existir situações em que, face às características do interesse de protecção do ambiente, se revela complexa a prova do dano ou do nexo de causalidade.

5. Perdeu-se, assim, mais uma oportunidade para corrigir a postura dogmática que o TJ abraçou, em 1962, sobre a legitimidade dos actores não privilegiados na acção de anulação. Realce-se que, nos casos *sub judice*, não só se tratava de uma questão de *locus standi* em sede ambiental, como cumpria atentar na norma paramétrica de Aarhus e sua teleologia, cujo desrespeito pode fazer incorrer a UE em responsabilidade internacional por violação de instrumento internacional ao qual se vinculou, sem reservas.

Com efeito, e por um lado, a natureza metaindividual do bem “ambiente” recomenda uma extensão de legitimidade, procedimental e processual, no máximo a todos os cidadãos que fruem do ambiente enquanto grandeza colectiva e, no mínimo, às associações de defesa do ambiente, que representam qualificadamente os seus associados e veiculam uma perspectiva altruísta de defesa de uma realidade cuja qualidade a todos aproveita. Claro que, em face de tal substracto jurídico, a fórmula do n.º 4 do artigo 263.º do TFUE é curta, porque nenhuma pessoa é individual e directamente afectada por uma decisão que lesa a qualidade do ambiente. Já no que toca às ONGAs, no entanto, é bastante mais duvidoso que não se deva entender que, constituindo o seu objecto estatutário a defesa do ambiente, tal legitimidade não seja preenchida — pelo menos no que toca à ofensa directa.

Recorde-se que, no Acórdão *Greenpeace*³⁷, os autores, individuais e associativos, de todos os estratagemas se valeram para tentar convencer o TPI e o TJ (em recurso) de que preenchiam o pressuposto de legitimidade na acção de anulação de uma decisão da Comissão no sentido do pagamento a Espanha, pelo Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, de uma verba destinada a financiar a construção de duas centrais eléctricas no arquipélago das Canárias, sem a realização prévia de um procedimento de avaliação de impacte ambiental. Desde o taxista que perde clientela por causa das centrais, ao surfista que vê o estado do mar alterado pela mesma causa, sofrendo ambos, assim, prejuízo directo e individualizado (!), até várias associações de defesa do ambiente, todos se apresentaram a impugnar a decisão. Porém, por o TPI considerar que nenhum dos autores (individuais e associativos) detinha legitimidade processual à luz do “teste *Plaumann*”, (por ninguém ser individualizada

36 Cfr. D. L. TORRENS, “Locus Standi for Environmental Associations under EC law – Greenpeace – A Missed Opportunity for the ECJ”, in RECIEL, 1999/3, pp. 336 ss, p. 337.

37 Citado *supra*, nota 17.

e directamente afectado pela decisão), a acção não foi admitida (o que foi confirmado, em recurso, pelo TJ)³⁸.

A entrada em vigor da Convenção de Aarhus no ordenamento da UE não alterou esta orientação jurisprudencial. Com efeito, no caso *European Environmental Bureau*³⁹, o TPI recusou reconhecer como autoras legítimas duas ONGAs que pediam a anulação de duas decisões da Comissão permitindo aos Estados-Membros manter autorizações de utilização de dois produtos fitofarmacêuticos. Afirma o TPI, sem hesitação, que «o Direito Comunitário não prevê o direito de acção de interesse colectivo perante o juiz comunitário».

O que o TJ teme é facilmente intuível: um aluvião de processos movidos pelos milhares de associações de defesa do ambiente sediadas nos (ainda) 28 Estados-Membros. Mesmo reconhecendo que a legitimidade popular no âmbito do contencioso euro-comunitário não deve merecer a mesma generosidade que lhe dedicou o legislador português (na Lei 83/95, de 31 de Agosto), sempre diremos que, em coerência com a comunitarização da política ambiental (informalmente, desde 1972; formalmente, desde 1986, com a inclusão dos artigos 130ºR/S/T no Tratado da Comunidade Económica Europeia, hoje TFUE), o legislador da União não deveria ter desprotegido a tutela efectiva do interesse ambiental junto dos seus tribunais, blindando tendencialmente a sindicância da validade dos seus actos (uma vez que só os autores privilegiados, muitas vezes autores das decisões, podem utilizar irrestritamente a acção de anulação).

Ainda que não quisesse aceitar acções de anulação propostas por particulares, sempre poderia o TJ ceder a conhecer tais acções quando fossem movidas por ONGAs que estivessem legitimadas à luz do Direito do Estado que rege a sua constituição para fazer pedido similar nos tribunais nacionais. Isto, claro, até sobrevir uma alteração do TFUE, nomeadamente do artigo 263º (bem assim como, paralelamente, da Carta dos Direitos Fundamentais⁴⁰), que introduza claramente o instituto da legitimidade popular

38 Isto apesar de o Advogado Geral COSMAS se ter batido por uma abertura no entendimento do preenchimento dos pressupostos de legitimidade. Leia-se o que escreveu no considerando 40 das suas Conclusões, apresentadas a 23 de Setembro de 1997:

“(…) não é impossível que uma ou várias pessoas afectadas, que constituem um «círculo fechado», o sejam de maneira particular e se distingam, por isso, de qualquer outra pessoa, individualizando-se, como consta do artigo 173, quarto parágrafo, do Tratado [actual artigo 263/4]. Uma intervenção que afecte o ambiente como a que está em causa no processo, situa-se numa zona geográfica determinada, e a intensidade dos seus efeitos diminui à medida que nos afastamos do local da intervenção. Paralelamente, as pessoas que se encontram na proximidade das obras sofrem as suas consequências de outro modo e mais intensamente do que as que se encontram num local mais afastado, porque, precisamente, estas últimas se encontram a uma distância maior do centro da intervenção que afecta o ambiente. Daqui decorre, logicamente, que se poderia sustentar que as pessoas da primeira categoria constituem um «círculo» particularmente fechado e delimitado e se encontram, portanto, numa situação de facto que as caracteriza relativamente a qualquer outro sujeito de direito”.

39 Cfr. o Despacho do TPI de 28 de Novembro de 2005 (*European Environmental Bureau*), Proc. n.º T236/04 e T241/04, em especial [n.ºs](#) 56 e 58.

Veja-se também o Despacho do TPI de 2 de Junho de 2008 (*WWF-UK*), Proc. n.º T-91/07, [n.ºs](#) 66 e 81-82. Neste caso, o WWF-UK pedia a anulação de parte de um Regulamento que fixava, para 2007, as possibilidades de pesca e as inerentes condições aplicáveis. O TPI rejeitou todos os argumentos apresentados, concluindo pela ilegitimidade da ONGA. O Despacho do TPI foi confirmado por Despacho do TJ de 5 de Maio de 2009 (Proc. n.º C-355/08 P).

40 Recorde-se o alerta de VITAL MOREIRA aquando da proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em 2000: “no caso de interesses difusos (direitos ao ambiente, direitos dos consumidores, direitos das minorias, etc.) terá de admitir-se uma qualquer forma de «class action», a cargo de associações de defesa dos interesses em causa, bem como em situações mais universais, uma verdadeira e própria «acção popular»” — **A tutela dos direitos fundamentais na União europeia**, in A. LUÍSA RIQUI-

associativa, estabelecendo os requisitos a que devem obedecer as ONGAs que pretenderem apresentar-se em juízo em defesa do ambiente.

Por outro lado, a vinculação da UE à Convenção de Aarhus, plenamente assumida através da aprovação do Regulamento de Aarhus, deveria ser levada mais a sério pelo Tribunal. A invalidade do artigo 10º do Regulamento Aarhus é clara em face da intenção de abertura promovida pela Convenção de Aarhus, que constitui um sistema a interpretar de acordo com a sua teleologia. O que o TJ fez foi interpretar a Convenção à luz do DUE e não o contrário, como a relação de parametricidade que o Direito convencional regularmente ratificado pela UE imporia. É curioso, de facto, que o TJ, tão cioso do primado do Direito da UE ao propugnar uma linha jurisprudencial como a que decorre do Acórdão *Marleasing*⁴¹ — que obriga os Estados Membros a interpretar o seu direito nacional de acordo com directivas em vigor, ainda que estas não tenham sido transpostas —, se revele tão avesso a interpretar normas de DUE de acordo com instrumentos internacionais que lhes servem de esteio. Apetece dizer: faz o que eu digo, não faças o que eu faço...

Para além da criação de um *duplo standard* no que toca à metodologia da interpretação conforme, o pecado deste raciocínio passa ainda pela eventualidade de fazer a UE incorrer em responsabilidade internacional por incumprimento da Convenção de Aarhus — e pela possibilidade de a UE ser chamada a responder perante o *Compliance Committee* da Convenção⁴².

De resto, a questão da desconformidade do acesso a juízo no contencioso dos tribunais da União com as premissas de Aarhus tem merecido vivas críticas de algumas vozes da doutrina jusambientalista⁴³, e foi mesmo já objecto de uma comunicação ao *Compliance Committee* por parte de uma organização ambientalista, em Dezembro de 2008⁴⁴, que mereceu, num primeiro momento (em 14 de Abril de 2011), a seguinte recomendação:

“With regard to access to justice by members of the public, the Committee is convinced that if the jurisprudence of the EU Courts, as evidenced by the cases examined, were to continue, unless fully compensated for by adequate administrative review procedures, the Party concerned would fail to comply with

TO, C. SAMPAIO VENTURA, J. C. VIEIRA DE ANDRADE, J. J. GOMES CANOTILHO, M. GORJÃO-HENRIQUES, R. MOURA RAMOS e VITAL MOREIRA, *Carta dos Direitos Fundamentais da União europeia*, Coimbra, 2001, pp. 75 segs, 78. Sublinhando também a ausência da abertura de novas vias jurisdicionais aos particulares pela Carta, A. VITORINO, **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**, Cascais, 2002, p. 17.

41 Acórdão do TJ de 13 de Novembro de 1990 (*Marleasing*), Proc. nº C-106/89.

42 A Convenção de Aarhus, no artigo 15.º, de forma inovatória, prevê um mecanismo de controlo do cumprimento das obrigações que estabelece, revestindo carácter não confrontacional, não judicial e consultivo, e admitindo comunicações directas de membros do público. Este preceito foi concretizado através da Decisão n.º I/7, relativa à avaliação de cumprimento, adoptada na primeira reunião das Partes, realizada em Outubro de 2002, que criou o *Compliance Committee*.

43 Cfr., entre outros, Marc PALLEMAERTS, “Environmental Human Rights: Is the EU a Leader, a Follower, or a Laggard?”, in *Oregon Review of International Law*, 2013, pp. 7 segs, 29-33 (disponível em <http://law.uoregon.edu/org/oril/docs/15-1/Pallemaerts.pdf>); Ludwig KRÄMER, “Environmental justice in the European Court of Justice”, in *Environmental Law and Justice in context*, Cambridge, 2009, pp. 195 segs, 208-209.

44 Trata-se da comunicação n.º ACCC/C/2008/32. A documentação relativa a este procedimento encontra-se disponível em <http://www.unece.org/env/pp/compliance/Compliancecommittee/32TableEC.html>.

article 9, paragraphs 3 and 4, of the Convention. While the Committee is not convinced that the Party concerned fails to comply with the Convention, given the evidence before it, it considers that a new direction of the jurisprudence of the EU Courts should be established in order to ensure compliance with the Convention".

O procedimento ainda se encontra a decorrer, porque foi suspenso exactamente para determinar a evolução da jurisprudência do TJ. O *Committee*, no entanto, já publicou os seus *Draft Findings* sobre o processo, que vão no sentido de considerar que a UE se encontra, efectivamente, em situação de incumprimento das obrigações decorrentes do artigo 9.º da Convenção de Aarhus. Nas suas impressivas palavras,

«The Committee finds that the Party concerned fails to comply with article 9, paragraphs 3 and 4, of the Convention with regard to access to justice by members of the public because neither the Aarhus Regulation nor the jurisprudence of the ECJ implements or complies with the obligations arising under those paragraphs»⁴⁵.

Os *Draft Findings* foram comunicados à UE e à ONGA em causa, para comentários, sendo de esperar a adopção do documento final na sessão do *Committee* de Setembro de 2016.

É tempo, portanto, de acabar com o dogma assente na jurisprudência *Plaumann* e de imprimir uma perspectiva de legitimidade mais amiga do ambiente, em coerência com as obrigações internas e externas da UE.

⁴⁵ Cfr. n.º 115, IV. A. dos *Draft Findings And Recommendations Of The Compliance Committee With Regard To Communication Accc/C/2008/32 (Part II) Concerning Compliance By The European Union*.



Zona económica exclusiva: de quem e para quê? A propósito de uma decisão de revista excepcional do Supremo Tribunal Administrativo. ¹

Anotação ao [Acórdão do STA de 20 de Fevereiro de 2014](#)

Fernando Loureiro Bastos
Carla Amado Gomes

0. O Acórdão do STA de 20 de Fevereiro de 2014, tirado no processo 978/13 (um recurso de revista excepcional admitido por acórdão de 20 de Junho de 2013), constitui o epílogo do primeiro caso em que um tribunal administrativo superior – o TCA-Sul – aventou a hipótese de arbitrar uma indemnização (também) por dano ecológico, ainda que para a descartar. Foi esse o motivo do interesse da segunda anotadora pelo aresto em revista, que motivou um comentário anterior². Mas o objecto do processo – ainda que não suficientemente bem caracterizado, como a segunda anotadora tentou demonstrar – era o pedido indemnizatório dos pescadores dos Açores, representados por sindicatos e associações profissionais nos autos, deduzido contra o Estado português por omissão de fiscalização no período de 2002/2004, de actividades pesqueiras na zona económica exclusiva (=ZEE), subárea 3: Açores³. Tanto o Tribunal Administrativo de Círculo de Ponta Delgada como o TCA-Sul deram ganho de causa aos pescadores, arbitrando uma indemnização “simbólica” (na expressão dos autores) de pouco mais de 1 milhão de euros, a título de dano patrimonial. O Supremo, no entanto, revogou a decisão do TCA-Sul, afirmando categoricamente ser a ZEE um espaço de mar no qual, nos termos do artigo 56 da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar (=CNUDM)⁴, o Estado exerce

“direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento dos recursos naturais; atribui ao Estado costeiro jurisdição relativa à colocação de ilhas artificiais, investigação científica e protecção e preservação do meio marinho. Em parte alguma deste artigo existe a menor referência a direitos ou interesses dos cidadãos concretos de cada Estado costeiro”.

O Supremo utiliza o argumento do “âmbito de protecção da norma” do artigo 56 da CNUDM, no qual não caberia a tutela de direitos de pesca das comunidades piscatórias, mas apenas a defesa de interesses nacionais, da titularidade de “todos os portugueses”. Ora, salvo o devido respeito, julgamos detectar aqui dois lapsos de raciocínio: por um lado, o défice de percepção da real abrangência de interesses protegidos pela figura da ZEE; por outro lado, a incorrecta identificação dos interesses patrimoniais dos pescadores com interesses metaindividuais imateriais da colectividade portuguesa,

¹ Publicado na Revista do Ministério Público, nº 133, 2013.

² Carla AMADO GOMES, **Há mar e mar, há pescar e danificar, Anotação ao acórdão do TCA-Sul, de 7 de Fevereiro de 2013**, in CJA, no 99, 2013, pp. 36 segs.

³ Cfr. o DL 34/2006, de 28 de Julho, artigo 11º/1/c).

⁴ Ratificada por Portugal pela Resolução da Assembleia da República 60-B/97, de 14 de Outubro.

ligados à protecção do ambiente marinho – cuja tutela poderia ser sindicada através da legitimidade popular, mas não associativa.

Vamos tentar demonstrar a incorrecção desta decisão nestes dois planos. Para tanto, num primeiro momento, teceremos algumas considerações sobre a figura da ZEE e sobre a subinterpretação que o Supremo fez do seu potencial (1.); num segundo momento, assinalar-se-á a diferença fundamental entre o interesse patrimonial da comunidade piscatória – a um determinado *quantum* de captura de espécies presentes na ZEE –, e o interesse metaindividual da colectividade portuguesa – na manutenção do “limite máximo de regenerabilidade (“maximum sustainable yield”) essencial à preservação do equilíbrio ecológico das espécies presentes na ZEE (2.).

1. A leitura da decisão de revista excepcional cria a dúvida sobre o enquadramento jurídico-internacional que o Supremo Tribunal Administrativo utiliza para apreciar a questão dos espaços marítimos em relação aos quais o Estado português pode exercer soberania ou jurisdição e, na sua decorrência, sobre quais são os poderes susceptíveis de ser exercidos pelo Estado costeiro no âmbito de cada um desses espaços marítimos. A pergunta que se impõe é a seguinte:

O Supremo Tribunal Administrativo, ao lidar com a matéria da utilização e da conservação dos recursos vivos na zona económica exclusiva portuguesa, está a utilizar os respetivos conceitos de Direito Internacional (Público) e de Direito Internacional do Mar, com o conteúdo e o sentido que estes têm usualmente no âmbito destes domínios da ciência jurídica, ou antes os interpreta de modo a adaptá-los a categorias (supostamente) equivalentes que podem ser encontradas no direito interno?

1.1. A importância do enquadramento jurídico-internacional do conceito de zona económica exclusiva para a adequada apreciação da matéria em julgamento

O questionamento sobre o conteúdo do enquadramento jurídico-internacional utilizado pelo Supremo Tribunal Administrativo ganha uma maior intensidade se se tiver simultaneamente em consideração o recente Acórdão n.º 315/2014, de 8 de Abril, do Tribunal Constitucional⁵, relativo à “declaração, com força obrigatória geral, da ilegalidade do disposto no artigo 52.º do Decreto-Lei n.º 90/90, de 16 de março, bem como da totalidade das normas do Decreto Legislativo Regional n.º 21/2012/A, de 9 de maio, que estabelece o “Regime jurídico de revelação e aproveitamento de bens naturais existentes na crosta terrestre, genericamente designados por recursos geológicos, integrados ou não no domínio público, do território terrestre e marinho da Região Autónoma dos Açores”.

A dúvida antes enunciada é reforçada pela declaração de voto da Conselheira Maria José Rangel de Mesquita, na qual diverge “em parte quanto à fundamentação na parte relativa à delimitação do objeto do pedido de declaração de ilegalidade”. Nessa declaração de voto é afirmado que:

“Por outro lado, aquele parâmetro de fiscalização invocado e os poderes do Estado português a exercer no quadro de uma gestão partilhada com a Região aí previstos reportam-se às «zonas marítimas (portuguesas) sob soberania ou jurisdição nacional» adjacentes ao arquipélago dos Açores. Ora, tal conceito não coincide inteiramente com o conceito de «domínio público marítimo» do Estado.

5 Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140315.html>

As «zonas marítimas sob soberania ou jurisdição nacional» a que se reporta o artigo 8º, nº 3, do EPARAA, são, nos termos do artigo 2º da Lei nº 34/2006, de 28 de julho, as águas interiores, o mar continental, o mar territorial, a zona contígua, a zona económica exclusiva e a plataforma continental – devendo o mesmo artigo, tal como os demais da mesma Lei, ser interpretado em conformidade com os princípios e normas do direito internacional, designadamente os previstos na referida Convenção sobre o Direito do Mar (cfr., em especial, respetivamente, quanto àqueles espaços marítimos, artigos 8º, 3º e ss., 33º, 55º e ss. e 76º e ss. da mesma Convenção). (...) Na falta de exata coincidência entre o conceito de «zonas marítimas sob soberania ou jurisdição nacional» e o conceito de «domínio público marítimo» pertencente ao Estado – e, assim, entre os espaços marítimos abrangidos num e noutro – entendemos que a delimitação do objeto do pedido deveria ser efetuada atendendo ao conceito de «zonas marítimas sob soberania ou jurisdição nacional» a que se refere a previsão do parâmetro de ilegalidade invocado – na medida em que os recursos geológicos em causa (com o entendimento supra enunciado) se encontrem (ou possam encontrar) em alguma das zonas marítimas sob soberania ou jurisdição do Estado não abrangida no domínio público marítimo do Estado”.

O problema de enquadramento jurídico que se está a suscitar é basicamente o seguinte: os tribunais superiores portugueses, quando se debruçam sobre matérias com relevância jurídico-internacional, têm em devida consideração os conceitos de Direito Internacional (Público) com que estão a lidar?

A pergunta não é irrelevante se recordarmos, como o faz muito a propósito a Conselheira Rangel de Mesquita na declaração de voto antes citada, que o artigo 3º da Lei 34/2006, de 28 de Julho (“Determina a extensão das zonas marítimas sob soberania ou jurisdição nacional e os poderes que o Estado Português nelas exerce, bem como os poderes exercidos no alto mar”), estabelece expressa – e expressivamente – que:

“As disposições da presente lei são interpretadas em conformidade com os princípios e normas do direito internacional, designadamente os previstos na Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de Dezembro de 1982.”

Com uma intenção semelhante, e relativamente a um âmbito de aplicável territorial que também pretendia abranger espaços marítimos não sujeitos à jurisdição do Estado português, o nº 1 do artigo 17º (“Proteção dos recursos geológicos dos fundos marinhos”) do diploma em apreciação pelo Tribunal Constitucional previa que “[a] exploração dos recursos geológicos do mar fica subordinada às disposições aplicáveis da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, nomeadamente às normas sobre exploração mineral que venham a ser adotadas pela Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos”.

Nestes termos, quando estão a utilizar conceitos como “zona económica exclusiva” ou “plataforma continental”, os tribunais superiores portugueses fazem-no com o conteúdo, a densidade e os efeitos que estes têm no âmbito do Direito internacional (Público)?

A pergunta não remete, importa salientá-lo, para fontes de direito estranhas ao ordenamento jurídico português, isto é, para fontes exóticas cujo conhecimento pode permanecer circunscrito a um nicho reservado de académicos apenas preocupados

com “bizantinices”. A interrogação centra-se, pelo contrário, em fontes de Direito que integram o elenco do direito aplicável em Portugal, desde logo em razão da sua incorporação na ordem jurídica portuguesa através do artigo 8º da Constituição.

A utilização do conceito jurídico-internacional de “zona económica exclusiva” não se basta – como pretende o Supremo Tribunal Administrativo no aresto em comentário –, com a mera transcrição de um artigo (56) da CNUDM.

Nesse sentido, vale a pena fazer referência ao recente julgamento do Tribunal Internacional do Direito do Mar, no conflito que opôs o Panamá à Guiné-Bissau relativamente ao apresamento de um navio petrolífero com o pavilhão do Panamá na ZEE da Guiné-Bissau⁶. A questão decisiva para a resolução deste litígio consistiu em apurar se o Estado costeiro detém poderes para regulamentar o reabastecimento de navios pesqueiros na sua ZEE ou se, pelo contrário, a prossecução dessa atividade de natureza económica integra a liberdade de navegação que os navios com a bandeira de terceiros Estados gozam quando circulam por esse espaço marítimo.

Em conformidade com o nº 1 do artigo 58º da CNUDM, na “zona económica exclusiva, todos os Estados, quer costeiros quer sem litoral, gozam, nos termos das disposições da presente Convenção, das liberdades de navegação e sobrevoo e de colocação de cabos e ductos submarinos, a que se refere o artigo 87º, bem como de outros usos do mar internacionalmente lícitos, relacionados com as referidas liberdades...”.

A opção da inclusão do reabastecimento de navios (*bunkering*) nos poderes do Estado costeiro ou nas prerrogativas do princípio da liberdade do alto mar surge como particularmente delicada, dado que a matéria não é objecto de qualquer referência na CNUDM. Acresce que o Tribunal Internacional do Direito do Mar não tomou qualquer decisão relevante sobre a questão, em 1999, no *Caso Saiga II*, aquando do início da sua atividade como órgão jurisdicional especializado nas matérias do Direito Internacional do Mar.

A 14 de Abril do corrente ano, após uma aprofundada análise da prática dos Estados⁷, o Tribunal Internacional do Direito do Mar decidiu, por unanimidade dos seus vinte e um juizes permanentes e dos dois juizes *ad hoc* que participaram no *Caso Virgínia G*, que a regulamentação da atividade de reabastecimento de navios pesqueiros nas ZEEs é um poder dos Estados costeiros, considerando a sua estreita conexão com a atividade da pesca⁸. Coerentemente com os pressupostos da decisão, o Tribunal de Hamburgo declarou, simultaneamente, que o enquadramento do reabastecimento de

6 International Tribunal for the Law of the Sea, *The M/V “Virginia G.” Case (Panama/Guinea-Bissau)*. Caso nº 19 do Tribunal Internacional do Direito do Mar, disponível no sítio do Tribunal, em inglês e em francês: <https://www.itlos.org>.

7 Sobre a questão, cfr. §§ 191, 216 e 218 do *Caso Virgínia G*.. O §218 sintetiza expressivamente a questão, da seguinte forma: “The Tribunal acknowledges that the national legislation of several States, not only in the West African region, but also in some other regions in the world, regulates bunkering of foreign vessels fishing in their exclusive economic zones in a way comparable to that of Guinea-Bissau. The Tribunal further notes that is no manifest objection to such legislation and that it is, in general, complied with”.

8 Nesse sentido, no §222 o Tribunal de Hamburgo declara que “article 58 of the Convention is to be read together with article 56 of the Convention. The Tribunal considers that article 58 does not prevent coastal States from regulating, under article 56, bunkering of foreign vessels fishing in their exclusive economic zones. Such competence (...) derives from the sovereign rights of coastal States to explore, exploit, conserve and manage natural resources”.

qualquer outro tipo de navios não está, em princípio, integrado nos poderes do Estado costeiro, antes continuando abrangido pela liberdade do alto mar⁹.

1.2. As facetas do conceito de zona económica exclusiva ignoradas pelo Supremo Tribunal Administrativo

A ZEE surgiu no decurso da década de setenta do século passado com um estatuto jurídico *sui generis*, ao pretender conciliar os poderes do Estado costeiro com os poderes dos restantes Estados¹⁰. Nesse sentido, o artigo 55 da CNUDM prevê que a ZEE está sujeita a um “regime jurídico específico”, e o nº 2 do artigo 56 determina que “[n]o exercício dos seus direitos e no cumprimento dos seus deveres na zona económica exclusiva nos termos da presente Convenção, o Estado costeiro terá em devida conta os direitos e os deveres dos outros Estados e agirá de forma compatível com as disposições da presente Convenção”.

O regime jurídico-internacional da ZEE tem a sua base convencional na Parte V da CNUDM, nos artigos 55 a 75. Importa enfatizar que estas disposições enquadram os poderes dos Estados costeiros neste espaço marítimo, mas não se esgotam aí. Com efeito, no número 3 do artigo 61 é possível encontrar referência às “necessidades económicas das comunidades costeiras que vivem da pesca”, da mesma forma que a alínea a) do nº 2 do artigo 69, e a alínea a) do nº 3 do artigo 70 sublinham a “necessidade de evitar efeitos prejudiciais às comunidades de pescadores e às indústrias de pesca do Estado costeiro”.

Tendo em mente a matéria versada no Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo em comentário, importa pôr brevemente em destaque seis facetas do regime jurídico-internacional da zona económica exclusiva, que poderiam ter sido utilmente abordadas para enquadramento do presente caso.

i) Em primeiro lugar, a reivindicação de uma ZEE é uma opção do Estado costeiro, não sendo inerente à sua existência como sujeito de Direito Internacional com um território que bordeje o mar. Nestes termos, existe um número significativo de Estados costeiros do Mar Mediterrâneo que nunca reivindicaram esse espaço marítimo¹¹;

ii) Em segundo lugar, em conformidade com o artigo 57 da CNUDM, a extensão máxima da ZEE passível de ser reivindicada pelo Estado costeiro é de duzentas milhas marítimas. Daqui decorre que é possível a existência de ZEEs com um limite exterior inferior a essa distância, o que deverá ser explicitado de forma clara e inequívoca aquando da fixação desse espaço pelo Estado costeiro, tendo em consideração os direitos de terceiros Estados. Com efeito, se não se estiver em presença de uma ZEE de um Estado costeiro, continuará a aplicar-se a esse espaço, de forma plena e sem restrições, o regime jurídico de alto mar;

iii) Em terceiro lugar, nos termos do artigo 56 da CNUDM, o Estado costeiro goza

9 Cfr. o §223 do *Caso Virginia G.*.

10 Sobre a questão, Fernando LOUREIRO BASTOS, **A internacionalização dos recursos naturais marinhos**, Lisboa, 2005, pp. 309-312.

11 Sobre a questão, para uma panorâmica geral, ver a “Table of claims to maritime jurisdiction (as at 15 July 2011)”, disponível em *Maritime Space: Maritime Zones and Maritime Delimitation*, no sítio *Oceans & Law of the Sea*. United Nations. Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea (www.un.org/Depts/os/index.htm).

de “direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão” dos recursos marinhos vivos existentes na coluna de água e no leito do mar. Os direitos de soberania dos Estados costeiros relativos à exploração dos recursos marinhos vivos do leito do mar devem ser conjugados com os poderes que lhes são reconhecidos na plataforma continental, nos termos do nº 4 do artigo 77 da CNUDM;

iv) Em quarto lugar, a captura dos recursos marinhos vivos existentes na ZEE deve ser orientada pelo objetivo de uma “utilização óptima dos recursos vivos”, nos termos do nº 1 do artigo 62 da CNUDM, ao mesmo tempo que devem ser tomadas “medidas apropriadas de conservação e de gestão”, em conformidade com o artigo 61 da CNUDM, que assegurem a sua preservação e evitem um “excesso de captura”. Importa salientar que as espécies marinhas vivas existentes na ZEE de um Estado costeiro são enquadradas nestas normas como recursos naturais passíveis de captura e de exploração, com manifesta relevância económica para os Estados costeiros, e não como seres vivos carecidos de tutela e de proteção enquanto tais. Essa distinção é clara, tendo em consideração a forma como são enquadrados os “mamíferos marinhos” e os “cetáceos”, através da remissão para regimes específicos referidos no artigo 65 da CNUDM¹²;

v) Em quinto lugar, o Estado costeiro fixa de forma soberana as “capturas permissíveis dos recursos vivos na sua zona económica exclusiva”, nos termos do nº 1 do artigo 61, sendo o acesso a potenciais excedentes uma decisão identicamente soberana, não obstante a redação dos artigos 69 (Direitos dos Estados sem litoral) e 70 (Direitos dos geograficamente desfavorecidos). Com efeito, embora estes artigos prevejam um “direito a participar, numa base equitativa, no aproveitamento de uma parte apropriada dos excedentes dos recursos vivos das zonas económicas exclusivas dos Estados costeiros da mesma sub-região ou região”, a decisão do Estado costeiro não é passível de impugnação jurisdicional.

Nesse sentido, a alínea a) do nº 3 do artigo 297 da CNUDM prevê expressamente que “o Estado costeiro não será obrigado a aceitar submeter aos procedimentos de solução qualquer controvérsia relativa aos seus direitos soberanos referentes aos recursos vivos da sua zona económica exclusiva ou ao exercício desses direitos, incluídos os seus poderes discricionários de fixar a captura permissível, a sua capacidade de captura, a atribuição de excedentes a outros Estados e as modalidades e condições estabelecidas nas suas leis e regulamentos de conservação e gestão”;

vi) Em sexto lugar, ao Estado costeiro são reconhecidos os poderes adequados à fiscalização da sua ZEE, em conformidade com o artigo 73 da CNUDM. Nos termos do nº 1 do artigo citado, o “Estado costeiro pode, no exercício dos seus direitos de soberania de exploração, aproveitamento, conservação e gestão dos recursos vivos da zona económica exclusiva, tomar as medidas que sejam necessárias, incluído visita, inspeção, apresamento e medidas judiciais, para garantir o cumprimento das leis e regulamentos por ele adoptados de conformidade com a presente Convenção”.

A 22 de Abril, em razão do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo que agora se comenta, foi publicada a Resolução da Assembleia Legislativa da Região Autóno-

12 Sobre o regime jurídico-internacional aplicável a estas espécies, a síntese em LOUREIRO BASTOS, **A internacionalização...**, *cit.*, pp. 603-606, e os desenvolvimentos promovidos pelo recente julgamento do Tribunal Internacional de Justiça, no Caso *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, com decisão prolatada a 31 de Março de 2014 (disponível em www.icj-cij.org).

ma dos Açores no 11/2014/A, de 13 de Março de 2014, relativa à "Pronúncia sobre a fiscalização marítima na Zona Económica Exclusiva da Região Autónoma dos Açores". Em conformidade com esta Resolução, a "Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores exige que o Governo da República cumpra efetivamente os deveres de fiscalização em toda a Zona Económica Exclusiva dos Açores e reforce de forma adequada os meios aéreos e navais adstritos a esta tarefa".

A fiscalização da pesca na ZEE é indiscutivelmente uma tarefa do Estado costeiro, ao abrigo da CNUDM, como anteriormente se sublinhou. A quem pertence o exercício efetivo desse poder é uma interrogação que só poderá ser respondida pelo Direito interno, tendo em consideração a participação de Portugal na União Europeia e a distribuição de poderes entre o Estado e as Regiões Autónomas. O Tribunal Internacional do Direito do Mar alinha por esse diapasão, quando esclarece, no recente *Caso Virgínia G.*, que a decisão sobre a determinação das autoridades competentes para actuar no âmbito da fiscalização da ZEE traduz um poder do Estado costeiro¹³.

A fiscalização da ZEE pelo Estado costeiro pode ter objetivos diversificados, sendo possível adotar uma perspectiva primordialmente económica de salvaguarda dos recursos marinhos vivos, ou assumir um enfoque mais orientado por preocupações de natureza ambiental. No entanto, quaisquer que sejam as razões que justificam a atuação do Estado costeiro, importa recordar que esta não poderá conflitar com os interesses de terceiros Estados, em particular com a liberdade de navegação.

Como é evidente, os interesses legítimos de terceiros Estados em prosseguirem atividades no âmbito das zonas económicas exclusivas dos Estados costeiros não abrangem a pesca não autorizada. Ao Estado costeiro cumpre garantir que as actividades dos navios com o pavilhão de terceiros Estados não infringem os limites estabelecidos pelo Direito Internacional (Público), sendo as consequências de uma omissão desse exercício fundamentalmente relevantes para a apreciação da prática do Estado costeiro nessa matéria.

Os efeitos da omissão de atuação por parte do Estado costeiro podem ser, no entanto, mais complexos se se tiver em consideração a tendência atual para tentar ultrapassar a inércia do Estado de bandeira no combate às situações de pesca ilegal, não declarada e não regulamentada (INN). Particularmente ilustrativo dessa orientação é o Regulamento (CE) no 1005/2008, do Conselho, de 29 de Setembro, que estabelece um regime comunitário para prevenir, impedir e eliminar a pesca ilegal, não declarada e não regulamentada. Nos termos do artigo 39º deste Regulamento (Nacionais que exercem ou apoiam a pesca INN), "os nacionais sujeitos à jurisdição dos Estados-Membros («nacionais») não devem apoiar nem exercer a pesca INN, nomeadamente aceitando ser contratados a bordo, como operadores ou armadores dos navios de pesca incluídos na lista comunitária dos navios INN" (nº 1), ao que acresce que "[s]em prejuízo da responsabilidade primeira do Estado do pavilhão, os Estados-Membros cooperam entre si e com países terceiros e tomam todas as medidas adequadas nos termos do direito nacional e comunitário, para identificarem os seus nacionais que apoiem ou exerçam pesca INN".

13 Nesse sentido, o §345 do *Caso Virgínia G.*, onde se afirma que "[t]he Convention leaves it for the coastal State to decide which authorities under its national law will be responsible for exercising enforcement activities pursuant to article 73, paragraph 1, of the Convention in accordance with general principles of international law referred to above".

As dúvidas de enquadramento jurídico-internacional suscitadas pelo Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo não encontram uma resposta inequívoca, dado que a discussão do tema no seu texto é muito parcimoniosa e pouco esclarecedora. Nestes termos, não obstante o Acórdão não ter dado relevância suficiente a essa matéria – e sobretudo, dada a sua natureza de decisão em revista excepcional, deveria tê-lo feito¹⁴ –, importa salientar que esta merecia um tratamento mais desenvolvido e aprofundado, tendo em consideração que os problemas de Direito Internacional (Público) e de Direito Internacional do Mar que abrange são incontornavelmente questões da ordem jurídica portuguesa.

Com efeito, o Supremo Tribunal Administrativo deveria ter enveredado pela dilucidação da natureza das normas que integram o regime jurídico-internacional da ZEE, com destaque para as normas convencionais que constam da CNUDM. Importava identificar as normas que apenas criam obrigações para os Estados partes, e distingui-las daquelas outras de onde é possível retirar, directa e imediatamente, direitos que podem ser invocados por pessoas singulares e colectivas a actuar no âmbito da ordem jurídica portuguesa.

Sendo as fontes de Direito Internacional (Público) fontes de direito da ordem jurídica portuguesa, com particular realce para as convenções internacionais, seria necessário apurar quais as normas da CNUDM susceptíveis de ser qualificadas como auto-exequíveis (*self-executing*), a fim de estabelecer quais delas poderiam ser directamente invocadas por pessoas singulares e/ou colectivas titulares de interesses relevantes no exercício da pesca na ZEE dos Açores.

O raciocínio a utilizar para as normas internacionais convencionais é, *mutatis mutandis*, idêntico aquele que o intérprete constitucional usa relativamente à produção de efeitos das normas constitucionais atributivas de direitos fundamentais quando estas são dotadas de aplicabilidade directa, ou similar ao tipo de argumentação que tem vindo a ser utilizado na jurisprudência da União Europeia relativamente ao apuramento das normas e dos actos dotados de efeito directo.

A alínea a) do nº 3 do artigo 297 da CNUDM, já referida, exclui dos conflitos passíveis de ser submetidos aos mecanismos internacionais de resolução de conflitos a discussão dos critérios utilizados soberanamente pelos Estados para a fixação das capturas admissíveis nas suas ZEEs. Nada obsta, em contraponto, a que estes critérios possam ser objecto de apreciação em cada Estado, em conformidade com os mecanismos jurisdicionais e não jurisdicionais disponíveis internamente.

O artigo 61 da CNUDM avança um conjunto de critérios que o Estado costeiro deve respeitar quando fixa as “capturas permissíveis dos recursos vivos na sua zona económica exclusiva”, nomeadamente a utilização de “factores ecológicos e económicos pertinentes”, os quais devem ter em consideração as “necessidades económicas das comunidades costeiras que vivem da pesca”.

¹⁴ Compulse-se a fundamentação de uma recentíssima decisão de não admissibilidade de um recurso de revista excepcional pelo STA, no Acórdão de 9 de Abril de 2014, proc. 0376/14, o qual se afirma que “Não é de admitir revista de acórdão proferida em sede de providência cautelar se não se apresenta para discussão problemática que pudesse levar este Tribunal à produção de jurisprudência tipo para outras situações, nem se revela que a solução conforme das instâncias fuja de um traço de plausibilidade”.

Pensando no tipo de actuação imposto ao Estado costeiro, concretamente a Portugal, será defensável afirmar que os pescadores dos Açores têm direitos cujo fundamento jurídico se encontra no artigo 61 da Convenção? É possível responder afirmativamente tendo em consideração a redacção do artigo em questão; contudo, a análise da operacionalização desses direitos não tem uma dimensão internacional e não é no âmbito do Direito Internacional (Público) que a matéria pode (ou deve) ser discutida. Isto é assim porque, como veremos seguidamente, o problema reside primacialmente numa questão de legitimidade processual interna.

2. Como se depreende das linhas que antecedem, o bem jurídico “espécies piscícolas” é protegido numa dupla dimensão pela CNUDM – como *recurso natural*, fonte de utilidade económica para Estados costeiros e comunidades piscatórias, por um lado; como *bem ambiental*, componente do ecossistema marinho e essencial ao seu equilíbrio dinâmico, por outro lado. A leitura reducionista do STA – desde logo, restringindo-se ao preceito inicial da Parte V da CNUDM para caracterizar o “âmbito de protecção da ZEE” e ignorando todo o restante articulado... – *neutralizou* o interesse dos pescadores dos Açores através da sua absorção por um conceito de “ambiente” cuja tutela só poderia, alegadamente, ser prosseguida por “todos os portugueses” (a expressão é do STA).

Esta argumentação do STA – de resto, demasiadamente sumária – não estabelece, salvo o devido respeito, as devidas distinções entre dois planos:

> por um lado, o interesse patrimonial dos pescadores dos Açores, o qual, apesar de desadequadamente caracterizado no objecto do processo – conforme a segunda anotadora explicou na anotação já referida, o valor da perda patrimonial não deveria ter sido apresentado como “simbólico” mas antes calculado com base em dados objectivos a partir de médias de captura –, faz parte do âmbito de protecção da figura da ZEE. O que extravasa é o aparente pedido de reparação de um dano “ao ambiente” em face da (i)legitimidade das associações representativas dos pescadores, cujos estatutos não abarcam a defesa de tal interesse. Não estamos, portanto, perante uma questão de âmbito de protecção da norma, mas sim de *ilegitimidade* dos autores *para apresentar o pedido tal como o desenharam* (confundindo interesses individuais homogéneos com interesses difusos¹⁵).

Relembrando a lição de SÉRVULO CORREIA, os *interesses difusos em sentido estrito* são “situações materiais insusceptíveis de uma apropriação individual. A sua titularidade revela-se indivisível. A sua dimensão é irreduzivelmente supra-individual”. Já os *interesses individuais homogéneos* “são interesses passíveis de individualização autónoma, mas que surgem em situações de massa e em termos de perfeita identidade de natureza”¹⁶. Donde, a decisão deveria ter ido no sentido da absolvição da instância por ilegitimidade dos autores;

¹⁵ Com interesse para a diferenciação entre estas figuras, num caso célebre de condenação de um armador na reparação de danos decorrentes de um derrame de um petroleiro (caso Erika), vejam-se: Maria-Angèle HERMITTE, *La nature, sujet de Droit?*, in *Annales. Histoire. Sciences Sociales*, 2001/1/1, pp. 173 segs, 205-210; Mathilde BOUTONNET, *L'Erika: une vraie-fausse reconnaissance du préjudice écologique*, in *Environnement*, n° 1, 2013 – disponível em http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/environnement/01-2013/002_PS_ENV_ENV1301ET00002.htm; Agathe VAN LANG, *Affaire de l'Erika: la consécration du préjudice écologique par le juge judiciaire*, in *AJDA*, 2008/17, pp. 936 segs.

¹⁶ José Manuel SÉRVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa, 2005, pp. 651-653.

> por outro lado, o interesse metaindividual da protecção do ambiente marinho na ZEE pode ser defendido por qualquer cidadão – estrangeiro, inclusive¹⁷. O mecanismo da legitimidade popular para tutela de interesses difusos está consagrado na Constituição da República portuguesa desde 1989 [artigo 52º/3/a)] e regulamentado na Lei 83/95, de 31 de Agosto, e o seu relevo reside na possibilidade de representação atípica da colectividade em geral por um cidadão ou grupo de cidadãos altruístas, ou por entidades cujos estatutos contemplem a defesa dos interesses difusos em causa.

O mesmo é dizer que, caso se verificasse uma representação baseada em legitimidade popular para tutela do interesse de preservação ambiental na ZEE, alegadamente lesado por sobrepesca levada a cabo por pescadores espanhóis em razão da ausência de fiscalização do Estado português¹⁸, o pedido de reparação do dano ecológico seria *prima facie* equacionável – sendo certo que, como a segunda anotação demonstrou na supramencionada anotação, o conceito de dano ecológico não estava, neste caso, preenchido, impossibilitando a formulação de tal pedido. Ou seja, se o pedido de reparação de dano ecológico tivesse sido *como tal* formulado – ao abrigo dos artigos 2º/1 da Lei 83/95, de 31 de Agosto, e 9º/2 do Código do Processo nos Tribunais Administrativos –, a decisão deveria ser de absolvição do Estado português do pedido, uma vez que o conceito legal não encontrava correspondência, nem jurídica nem factual.

Em suma, com esta revista excepcional – que o STA aceitou, nos termos do artigo 150º/1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, por considerar estar perante questões jurídicas de “importância fundamental”... – perdeu-se a oportunidade de destrinçar as figuras da legitimidade popular e da legitimidade para defesa de interesses individuais homogêneos¹⁹, bem como a possibilidade de iluminar algumas questões relacionadas com o importante regime de prevenção e reparação do dano ecológico, previsto no DL 147/2008, de 29 de Julho. Apetece dizer e perdoe-se-nos a ironia, que *a baleia pariu um rato...*

17 Cfr. Carla AMADO GOMES, **D. Quixote, cidadão do mundo: da apoliticidade da legitimidade popular para defesa de interesses transindividuais, Anotação ao Acórdão do STA, I, de 13 de Janeiro de 2005**, in *CJA*, nº 53, 2005, pp. 46 segs.

18 Com base num cálculo da quantidade estimada de pesca ocorrida acima do limite de regenerabilidade sustentável (na terminologia da CNUDM, o *maximum sustainable yield* – cfr. os artigos 61/3 e 119/1/a) da CNUDM).

19 Refira-se que o Anteprojecto de revisão do CPTA promove uma alteração aos artigos 14º, 15º e 19º da Lei 83/95, de 31 de Agosto, precisamente no sentido de deixar clara a diferença, de natureza e de regime, entre estes institutos.



Uma “embrulhada” com vários intervenientes: uma freguesia maçadora, uma empresa pública... e os tribunais que tomaram conta do caso.

Comentário ao [Acórdão do TCA-Sul, de 7 de Março de 2013](#)

Diogo Calado
Carla Amado Gomes (aditamentos)

O acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA-S) que se adopta para objecto deste comentário decide um antigo litígio, que já fez correr rios de tinta, nos tribunais e na comunicação social¹. Vem o aresto no seguimento de um complexo e moroso processo, com providências cautelares à mistura que, ao que apurámos, já passou, pelo menos, por quatro tribunais diferentes, neles incluído o Supremo Tribunal Administrativo, e o Tribunal Constitucional. Nota-se, só por aqui, a magnitude da “embrulhada”. Faremos um brevíssimo relato da história, para que melhor se possa compreender o contexto em que *deu à luz* o acórdão *sub judice* **(1)**, para então passarmos à análise da decisão propriamente dita **(2)**.

1. Tudo começou quando a Rede Eléctrica Nacional, S.A. (REN) pretendeu efectuar um reforço de fornecimento de energia à área da grande Lisboa, através da construção de uma linha de transporte de electricidade de muito alta tensão, que liga as localidades de Famões a Trajouce.

Assim que as torres que seguram os cabos começaram a ser implantadas, em 2006, a freguesia de Monte Abraão, alegando o imperativo de protecção da saúde dos seus moradores, interpôs uma providência cautelar no Tribunal Administrativo e Fiscal (TAF) de Sintra, que veio a ser julgada improcedente. A autarquia recorreu desta decisão para o TCA-S, que lhe deu razão, impondo a paragem das construções. A REN, por sua vez, recorreu para o STA, tendo este confirmado a decisão do TCA-S, mantendo a suspensão. A REN recorreu ainda para o Tribunal Constitucional, que decidiu a questão mediante decisão sumária. Inconformada, reclamou ainda do acórdão para o Pleno das secções, vendo mais uma vez julgada improcedente a sua pretensão².

No decurso de todo este processo, a REN nunca respeitou as decisões que lhe impunham que suspendesse as construções. Daí que a autarquia, numa jogada um tanto ao quanto caricata, tenha intentado uma providência cautelar para assegurar o cumprimento da decisão proveniente da primeira providência cautelar que lhe havia sido favorável. Esta segunda providência foi, como seria de esperar, liminarmente recusada pelo TAF Sintra, ao abrigo do artigo 116º do CPTA. Não conformada, a autarquia interpôs recurso da sentença para o TCA-S, que a confirmou, afirmando que o meio de

1 Meramente a título de exemplo, veja-se a notícia da RTP: <http://www.rtp.pt/noticias/index.php?article=51281&tm=&layout=121&visual=49>

2 Todo este percurso pode ser confrontado, no acórdão do Tribunal Constitucional 63/08 – disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080063.html>.

imposição de cumprimento de providências cautelares é o processo executivo e não, obviamente, a instauração de nova providência cautelar³.

Assistiu-se portanto, a toda uma situação singular — dir-se-ia mesmo com traços de surrealismo.

Uma vez terminada esta *gincana* de providências cautelares e recursos das mesmas, eis que a acção principal intentada pela freguesia de Monte Abraão é julgada improcedente pelo TAF de Sintra, permitindo à REN fazer passar a electricidade pela linha de muito alta tensão, que entretanto havia instalado, mas que só com a decisão definitiva do Tribunal Constitucional desligara.

Como outra coisa não seria de esperar, foi interposto recurso da sentença do TAF pela freguesia, tendo no passado dia 3 de Março de 2013 o TCA-S confirmado o Acórdão recorrido. É este o acórdão que pretendemos analisar criticamente.

2. A história que subjaz aos episódios acima relatados é menos complicada do que se poderia supor.

Pegando naquilo que começámos por referir, a empresa pública REN propôs-se instalar linhas de muito alta tensão, que ligariam Famões a Trajouce, para alimentar o consumo na área da grande Lisboa.

Para tanto, cumpriu — como aliás ficou provado — todos os trâmites legais: elaborou o necessário estudo de impacto ambiental (EIA), tendo posteriormente obtido uma declaração de impacto ambiental (DIA) parcialmente favorável. A isto se seguiu o necessário acto de licenciamento, nos termos do Regulamento de Licenças para Instalações Eléctricas, aprovado pelo DL 26852, de 30 de Julho de 1936, na redacção dada pelo DL 446/76, de 5 de Junho, licença que incorporou as medidas de minimização impostas pela DIA. Sublinhe-se que a licença atribui ainda os direitos enunciados no artigo 12º do DL 29/2006, de 15 de Fevereiro, que se traduzem na possibilidade de utilizar bens do domínio público ou privado do Estado e dos municípios, de solicitar expropriações, e de requerer a constituição de servidões.

Não querendo ver por perto as torres e as linhas de muito alta tensão, a freguesia de Monte Abraão resolve dar uso a todos os expedientes jurídicos que tem ao seu dispor. Para tanto, faz uso da via cautelar, não se coibindo de exercer o seu direito ao recurso (*supra*), e intenta a respectiva acção principal, que vem a ser julgada improcedente, da qual também recorreu (*supra*).

Enquadrada a factualidade, dilucidemos então, como decidiu o TCA-S o litígio, e ponderemos sobre a adequação das opções tomadas.

a) Quanto à ilegitimidade da autora

Entendeu o Tribunal que a freguesia, na sua veste de autora popular em defesa de interesses difusos, não disporia de legitimidade activa para estar em juízo. Filiou este

3 Acórdão do TCA-Sul, de 26 de Março de 2009, proc. 04702/08 – disponível em <http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/3adda78c048a319b8025758c0034f123?OpenDocument&Highlight=0,04702%2F08>.

entendimento no facto de se ter dado por provado na base instrutória que as linhas de alta tensão, embora próximas, se situam *fora da circunscrição territorial da freguesia de Monte Abraão*. Assim, assumindo que a legitimidade activa da autora, para a tutela de interesses difusos, se afere «tendo por limite normativo a sua extensão territorial» (cit.), seria de considerá-la parte ilegítima.

Julgamos que as coisas não devem ser vistas desta forma, dir-se-ia, simplista.

O CPTA reporta-se a esta extensão de legitimidade para a protecção de interesses difusos no nº 2 do artigo 9º, remetendo este, por sua vez, para a Lei 83/95, de 31 de Agosto (Lei da participação procedimental e da acção popular =LAP). No seio da LAP, é o nº 2 do artigo 2º, que se refere à extensão de legitimidade para protecção de interesses difusos às autarquias, conferindo-lhes legitimidade nos seguintes termos: «(...) as autarquias locais em relação aos *interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição*» (sublinhado nosso). Como refere Carla AMADO GOMES⁴, a lei reporta-se, nesta disposição (artigo 2º, nº 2) a um *fenómeno de representação sem mandato*. Isto é, a legitimidade das autarquias para defenderem interesses difusos terá de ser apurada em relação aos interesses de que, por sua vez, sejam titulares os residentes da sua circunscrição. Assim, caso os residentes da sua circunscrição sejam titulares de um dos referidos *interesses*, à autarquia é conferida, como que automaticamente, a extensão de legitimidade para os defender, no tal *fenómeno de representação sem mandato*. Por outras palavras ainda, a lógica é: se os residentes são titulares do interesse, a autarquia também o será, devendo para isso ser-lhe estendida a legitimidade activa.

Mas vejamos com mais atenção. Em bom rigor, a lei apenas exige para estender a legitimidade às autarquias que os *residentes* sejam os titulares dos interesses. O elemento de conexão exigido pela norma para estender a legitimidade à autarquia, é a *residência* dos titulares dos interesses, e não a localização da fonte da lesão do interesse a defender em juízo. Daí que possa descartar-se que as linhas de alta tensão se situem, geograficamente, fora da circunscrição autárquica. Relevante é que os *residentes* sintam que um qualquer interesse de que são titulares (*in casu*, alegavam o direito à saúde e a um ambiente salubre) está a ser prejudicado, para que autarquia possa, mediante o tal *fenómeno de mandato sem representação*, ir a juízo em defesa desse interesse. A localização geográfica da *fonte* de onde promana o prejuízo para o interesse não é pressuposto de aplicação da norma, como parece pretender o Tribunal. Basta que um dos residentes da circunscrição seja titular do interesse, que é quanto se afigura necessário para que à autarquia seja reconhecida legitimidade activa.

Só este entendimento, com a devida vénia para os ilustres Desembargadores, nos parece aceitável, e o caso em apreço, é um excelente exemplo para o demonstrarmos. Na verdade, pensemos na hipótese (como até parece ser o que sucede na realidade) de as populações mais próximas das linhas de muito alta tensão serem os residentes de Monte Abraão, e não os residentes na freguesia onde territorialmente se situam as linhas — podendo estes até, suponhamos, viver a distâncias tais que a presença das linhas lhes não causa qualquer transtorno. Nesta hipótese, de uma banda, ficaria a freguesia de Monte Abraão impedida de ser parte em juízo para defender os interesses dos seus resi-

4 Carla AMADO GOMES, «Acção Pública e Acção Popular na Defesa do Ambiente», in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 1197.

dentes, principais (e porventura, únicos) prejudicados; e, de outra banda, a autarquia da circunscrição territorial onde se situassem fisicamente as linhas ficaria, por seu turno, impedida de sindicar a sua existência, desta feita por falta de interesse processual. Cristalinamente, não é solução coerente com a lógica imanente à LAP.

Às autarquias não deverá ser apenas reconhecida a extensão de legitimidade consagrada no artigo 9º, nº 2 do CPTA, quando após uma medição *a régua e esquadro* se conclua que o prejuízo para os seus residentes provém de dentro da sua própria circunscrição autárquica. Tal não é imposto pela lei, e pode levar até, como acabámos de ver, a resultados perversos.

Nem se invoque, contra o que acabámos de expor, que à freguesia deverá falecer legitimidade por, na realidade, os seus residentes não serem prejudicados nos seus direitos à saúde e a um ambiente salubre, já que o tribunal entendeu que não se demonstrou que as linhas de muito alta tensão provocam prejuízos para os referidos direitos. É que a bitola geral de apreciação da legitimidade é a configuração dada à causa pelo autor⁵. Assim, se a autarquia configurou a causa como sofrendo os seus residentes prejuízos em virtude da instalação das linhas, a mesma seria parte legítima.

Assim, pensamos que não andou bem o Tribunal ao julgar este aspecto.

Mas, e abrindo um parêntesis, se a interpretação da norma se deverá fazer nos termos acabados de sufragar, não passarão então todas as autarquias a ter, na verdade, legitimidade para defender toda e qualquer ofensa a um interesse difuso, em qualquer parte do território? É que na verdade, todos os cidadãos portugueses são titulares de todos os interesses difusos enunciados na LAP (cfr. o artigo 2º, nº 2). Como o próprio nome indica, os interesses são *difusos*, isto é, são de todos, e não são individualmente de ninguém. Por exemplo, uma ofensa ao interesse difuso *ambiente*, que ocorra em Monte Abraão, afectará, em tese, tanto um cidadão aí residente, como um cidadão que faça a sua vida a centenas de quilómetros: o ambiente é fruível por todas as pessoas, independentemente do local do território em que residam. E sendo todos titulares desse interesse, todos o podem defender, qualquer que seja o local do território em que esteja a ocorrer a actividade lesiva do interesse difuso, ainda que não sejam *individualmente* afectados.

É, como se sabe, precisamente esse o escopo da LAP: a extensão de legitimidade a todos os titulares dos interesses enumerados no artigo 2º, nº 2, em razão da sua natureza imaterial, inapropriável, indivisível. Assim sendo, conforme afirmámos que as freguesias deverão poder estar em juízo para defender os interesses de que são titulares os seus residentes, e sendo os seus residentes (como quaisquer outras pessoas) *todos* titulares de todos os interesses difusos elencados pela LAP, independentemente do local em que sejam ofendidos; deveríamos então concluir, para sermos coerentes, o seguinte: todas as freguesias deverão poder defender interesses difusos em qualquer parte do território, pelo simples facto de os seus residentes serem *titulares* desses mesmos interesses.

Julgamos, todavia, não ser esse o entendimento correcto. Como hoje parece ser unanimemente reconhecido, a LAP refere-se a duas espécies de interesses: por um lado, os “verdadeiros” *interesses difusos* e, por outro lado, os *interesses individuais homo-*

⁵ Assim, Mário AROSO DE ALMEIDA e Carlos Alberto FERNANDES CADILHA, *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 3ª ed. Coimbra, Almedina, 2010, p. 71.

gêneos, sendo estes os interesses que se revelam em termos idênticos na esfera jurídica de um número mais ou menos elevado de indivíduos, afectados por uma mesma fonte de risco. Na verdade, existe um conjunto de disposições que indiciam que a lei se refere, ainda que de forma aparentemente indistinta, às duas realidades — pense-se, por exemplo, no artigo 22º, nº 2, quando se reporta a titulares do interesse não individualmente identificados. Ou seja, a LAP, apesar de não distinguir as duas realidades no seu articulado, não está sempre a “pensar” em interesses difusos *tout court*.

Pois bem, julgamos que o caso da legitimidade das autarquias é mais um destes equívocos. Assim, para ser devidamente interpretada e aplicada esta extensão de legitimidade, julgamos que o texto legal se deverá entender como reportado a *interesses individuais homogêneos de que sejam titulares residentes na sua circunscrição*. Estender a legitimidade das autarquias a verdadeiros casos de interesses difusos dos seus titulares levar-nos-ia a concluir que toda e qualquer autarquia teria, em todo e qualquer caso, legitimidade para ser parte em juízo na defesa de um desses interesses, pelo simples facto de os *residente na sua circunscrição* serem, necessariamente, titulares desses *interesses difusos*, tal como qualquer outro cidadão. Ora, entender isto seria desvirtuar a norma, dando-lhe uma extensão muito superior à desejada pelo legislador.

Em suma, e concluindo este primeiro ponto da nossa análise: a legitimidade das autarquias, por “remissão” para os *interesses* de que são titulares os residentes, deverá ser entendida como referindo-se apenas aos *interesses individuais homogêneos*, e não (também) aos *interesses difusos* de que os residentes são titulares. A autarquia deverá poder defender o interesse quando este esteja a sofrer um prejuízo que se repercute “homogeneamente”, em termos idênticos, na esfera jurídica de alguns dos residentes na sua circunscrição: o que, precisamente, sucedia na situação relatada no acórdão *sub judice*, traduzindo-se nos alegados incómodos provocados pelas linhas de muito alta tensão.

b) Quanto à precaução e à inversão do ónus da prova

Ao TCA-S coube ainda, em virtude das alegações da autora, pronunciar-se sobre a delicada temática da precaução e das suas relações com a matéria do ónus da prova.

Quanto a este aspecto, adiante-se, concordamos com o resultado a que chegou o Tribunal; não aderimos, contudo, inteiramente às premissas em que o mesmo ancorou o seu raciocínio.

Alegou a autora que, no seu entendimento do princípio da precaução, não teria de provar que as linhas de muito alta tensão provocam danos à saúde, mas deveria, isso sim, ser a ré a demonstrar a sua inocuidade. E já que a ré não havia conseguido demonstrar cabalmente a ausência de risco das linhas de muito alta tensão, a causa deveria ser julgada procedente, anulando-se o acto de licenciamento, e reposta a situação anterior.

O Tribunal, e bem, não acolheu este entendimento.

Citando a melhor doutrina, segue o caminho correcto ao referir que o princípio da precaução não vigora no nosso ordenamento jurídico na forma como a autora o concebe, posição que merece a nossa concordância. É que, como refere Carla

AMADO GOMES, o princípio da precaução, na sua versão *forte* (como a autarquia o configura), é inoperativo, porque actualmente não há certezas⁶, nem muito menos situações de risco zero⁷. Pode mesmo até considerar-se, em última análise, inconstitucional aceitar o princípio da precaução por a sua aplicação cega descartar o imperativo de ponderação de bens ínsito no artigo 18º, nº 2 da CRP⁸, ao fazer prevalecer, indiscriminadamente, os valores ambiente ou saúde sobre os demais. Sendo, portanto, inviável tomar o princípio da precaução como critério aferidor da legalidade dos actos administrativos.

A nosso ver, o Tribunal admitiu, isso sim, de forma correcta, a prevenção na sua vertente alargada ou de minimização de riscos⁹. E já que os riscos, no procedimento de AIA foram devidamente identificados, ponderados, e apontadas as devidas medidas de minimização, nada havia a apontar à actuação da ré.

Bem andou, portanto, o tribunal ao não se deixar fintar, pela *falácia precaucionista*.

Deixando cair por terra a versão radical da precaução, faz também ruir, como alegada consequência lógica, qualquer hipótese de inversão do ónus da prova de danos ou riscos para o ambiente ou saúde, como preconiza o referido princípio. Com efeito, não se verifica nenhuma hipótese de inversão de ónus da prova *in casu*, por inexistir qualquer previsão normativa expressa que o preveja, condição expressamente exigida pelo artigo 344º, nº 1 do Código Civil.

Duvidamos, todavia, deste segundo argumento, no sentido de que inexistente qualquer dado legal que disponha no sentido da inversão do ónus da prova. Na verdade, não estamos certos de que as coisas sejam tão simples como faz crer o Tribunal.

Em nossa opinião, é tudo menos líquido que não exista qualquer disposição que preveja uma inversão do ónus da prova para casos como este. Basta atentarmos nas prescrições dos artigos 493º, nº 2, e 509º do Código Civil, para logo concluirmos que é muito duvidosa a afirmação do Tribunal: note-se que o transporte de energia em linhas de *muito* alta tensão pode sem grandes dificuldades ser considerado uma *actividade perigosa*. É do conhecimento público o registo de mortes por electrocutilamento em linhas de transporte de energia. Donde resulta que esta actividade desenvolvida pela ré REN deveria ter sido considerada *perigosa*, por preencher qualquer um dos critérios elencados no artigo 493º, nº 2 do Código Civil, pois tanto o é pela sua *própria natureza*, como *pela natureza dos meios utilizados*. Esta qualificação ditaria, pois, a inversão do ónus da prova.

Apontando no mesmo sentido, veja-se também o artigo 509º do Código Civil, que prevê uma responsabilidade objectiva por danos *causados por instalações de transporte de energia eléctrica*, a qual apenas pode ser excluída caso o operador demonstre que as instalações estão de acordo com as regras técnicas em vigor e em *perfeito* estado de conservação. Note-se, portanto, a elevação da bitola da diligência neste caso. Tratando-se, no caso do acórdão sub judice, de uma instalação de

6 Carla AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, Lisboa, (AAFDL), 2012, p. 71.

7 Carla AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Administrativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 364-367.

8 Carla AMADO GOMES, *Risco e Modificação...*, *cit.*, p. 368.

9 De que nos fala Carla AMADO GOMES, *Introdução...*, *cit.*, p.71

transporte de energia eléctrica, de muito alta tensão, também por aqui se poderia considerar o ónus da prova invertido.

Parece assim evidente que existiam, de facto, disposições que apontavam num sentido favorável à inversão do ónus da prova, as quais o Tribunal não levou em consideração.

Mas queremos com isto concluir que, em virtude destas disposições, o TCA-S deveria ter considerado o ónus da prova invertido e, em consequência de a ré não ter conseguido demonstrar a total inocuidade das instalações, anulado o acto de licenciamento? Não vamos tão longe.

Nos termos do princípio da prevenção do risco (ou prevenção alargada), quem cria um risco deve provar que este se situa nos limites admissíveis pela norma, num momento prévio à emissão do acto autorizativo, isto é, num momento prévio à criação das condições de eventual ocorrência da lesão. E, assim sendo, a inversão do ónus da prova terá o seu expoente máximo na criação de mecanismos de avaliação prévia dos impactos negativos para o ambiente, como a obrigação de elaboração de um estudo de impacto ambiental no seio do procedimento de AIA. Assinale-se que é certamente o potencial criador do risco que melhor conhece os termos da sua actividade e detém as informações sobre as suas características, ficando o seu direito de iniciativa económica sujeito a um mero ónus de prestação de informações no procedimento de AIA¹⁰.

Ora, foi justamente isto que sucedeu: a REN sujeitou a sua instalação a um procedimento de AIA. Ou seja, sujeitou-se *ab initio* a assegurar que o seu projecto se continha dentro dos limiares de risco aceitáveis, e a adoptar as medidas de minimização que lhe foram impostas, presume-se, de acordo com as melhores técnicas disponíveis.

É, pois, precisamente nisto que consiste a inversão do ónus da prova, imposto pelo princípio da prevenção alargada: a demonstração prévia, *ex ante*, de que o projecto, segundo um critério de *comprovabilidade razoável*, se situa dentro da margem de risco tolerável para o ambiente. O que, obviamente, é muito diferente da prova da inocuidade a cargo do operador, sustentada pela precaução, e invocada pela autora, que se consubstanciaria numa verdadeira *probatio diabolica* para a REN. O artigo 493º, nº 2 do Código Civil, ao inverter o ónus da prova contra o potencial lesante, não impõe que este deva comprovar uma ausência total de risco, mas somente que tomou as diligências suficientes e adequadas para o evitar¹¹. E foi isso que a REN, através da realização do procedimento de AIA, instrumento privilegiado da prevenção¹², logrou demonstrar.

Assim se assinala que, em rigor, o ónus da prova, em virtude do princípio da prevenção e dos citados preceitos do Código Civil estava *invertido* e a cargo da ré, ao contrário do que afirmou o Tribunal. No entanto, o que sucedeu foi que a ré conseguiu *razoavelmente comprovar* em juízo que o seu projecto se encontrava dentro dos

10 Seguimos neste parágrafo de muito perto aquilo que escreveu Carla AMADO GOMES, «As providências Cautelares e o Princípio da Precaução, Ecos da jurisprudência», in *Textos Dispersos de Direito do Ambiente (e matérias relacionadas)*, II, Lisboa, (AAFDL), 2008, pp. 125 segs, *maxime* p.133.

11 Carla AMADO GOMES, *Introdução...*, *cit.*, p. 231.

12 Carla AMADO GOMES, *Introdução...*, *cit.*, p. 72.

níveis de risco aceitáveis, juntando aos autos toda a documentação do procedimento de AIA. Nota-se, aliás, que o resumo não técnico revelou especial valência para a decisão desta questão.

Veja-se que, caso o Tribunal tivesse ainda ficado em situação de *non liquet* quanto à questão poderia (e nesse caso, deveria), para melhor esclarecer a dúvida, ordenar a produção de prova adicional, até ao mais completo esclarecimento sobre os factores de risco¹³. Trata-se de processo movido no quadro da LAP, interposto por autores populares, pelo que o juiz nem à iniciativa das partes estaria vinculado (artigo 17º da LAP). No entanto, dada a clara inofensividade da instalação, descrita no resumo não técnico, é de considerar normal que o juiz não tivesse tido qualquer dúvida.

Em resumo, não obstante concordarmos com o resultado a que o aresto chegou, não anulando o acto de licenciamento, preferimos (re)enquadrar a questão nestes termos – a inversão do *onus probandi*, no plano processual, dar-se-ia por força da natureza perigosa da actividade e não por qualquer fundamento precaucionista; no plano procedimental, o cumprimento da “formalidade” da avaliação de impacto ambiental é o penhor da observância da inversão do *onus probandi* da limitação da actividade dentro dos limites de risco admissíveis, no quadro de um princípio de prevenção de riscos.

c) Quanto à sindicância jurisdicional da margem de livre apreciação da prevenção

Ao ser confrontado com um acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente – o acto de licenciamento –, viu-se o tribunal forçado a analisar a bondade da análise de risco que lhe subjaz, o que o empurrou para um terreno bastante pantanoso. É conhecida a problemática da revisão das decisões administrativas em zonas de risco e incerteza. Estas, ao encerrarem uma forte componente de discricionariedade nos seus juízos de valor, *blindam* largamente a amplitude da sindicância aos juízes administrativos.

Sobre a temática da sindicância da margem de livre apreciação, encontramos no CPTA um conjunto de pistas deixadas pelo legislador. Veja-se, desde logo, o artigo 3º, nº 1, pósito geral do reconhecimento de margens de livre apreciação não usurpáveis pelos tribunais. Mas veja-se, em especial, o artigo 71º do CPTA. É certo que se situa numa secção dedicada à condenação à prática de acto devido, o que não estava aqui em questão. Todavia, nele podemos encontrar um bom afloramento do princípio geral imanente à justiça administrativa, de respeito pelas valorações administrativas, e colher bons critérios para delimitar os poderes de pronúncia dos tribunais, em qualquer caso com que se defrontem com o fenómeno da discricionariedade e figuras próximas.

Afirma o legislador que quando a apreciação do acto envolva a *formulação de valorações próprias do exercício da função administrativa*, e a *apreciação do caso concreto não permita identificar apenas uma solução*, o tribunal não pode determinar o conteúdo do acto, mas apenas explicitar vinculações. É evidente que o que sensibilizou o legislador foi o respeito pelas valorações próprias da função administrativa e a impossibilidade de os tribunais se substituírem aos juízos de valor que cabe à Administração tomar. Esta é uma conclusão válida não só ara as condenações à prática de actos devidos, como para qualquer outro processo.

13 Assim, Carla AMADO GOMES, «As providências cautelares...», *cit.*, p.134.

É fácil de admitir que a emissão de decisões em quadros de incerteza científica constitui um dos núcleos problemáticos no que tange a problemática das valorações administrativas. Daí que, nestes casos, o tribunal não deva ultrapassar a fronteira do controlo pela negativa¹⁴, ou seja, cumprirá apenas verificar se a solução que se lhe apresenta é procedimentalmente plausível (i.e., se seguiu uma metodologia de avaliação e gestão do risco cientificamente sólida, mesmo que não unânime) e materialmente coerente (i.e., se em face da base científica veiculada pela teoria acolhida pela Administração as medidas de minimização do risco integradas no acto autorizativo são as necessárias e adequadas). Ir além disto será já entrar numa substituição do juízo ponderativo que, evidentemente, ao órgão jurisdicional está vedado fazer, sob pena de estar aí, não a julgar, mas a administrar.

Nestes termos, caberá somente aos tribunais estudar os elementos que constam dos autos — consubstanciados, em grande medida, pelos documentos do procedimento de AIA — e ponderar a plausibilidade da solução de gestão de risco vertida no acto autorizativo. Ora, foi precisamente isto que fez o TCA-S, ao recusar a anulação do acto de licenciamento. Atente-se no expressivo trecho: «no caso dos autos, o referido “mínimo de objectividade exigível” consta do EIA e da DIA que sustentam o despacho de licenciamento». Muito bem andou o Tribunal ao conter-se nestes termos, respeitando a sua própria margem de sindicância dos actos autorizativos emitidos em quadros de incerteza.

14 Carla AMADO GOMES, *Introdução..., cit.*, pp. 232-233.



Há mar e mar, há pescar e danificar.

Anotação ao [Acórdão do TCA-Sul, de 7 de Fevereiro de 2013](#)¹

Carla Amado Gomes

0. O acórdão que se anota revela várias perspectivas problemáticas – isso fica desde logo patente na dupla anotação que suscita nestes *Cadernos*, duas análises que certamente não esgotarão o seu potencial. Por nós, individualizaremos apenas quatro questões, a saber:

- 1) Qual o objecto desta acção?
- 2) Em que tipo de legitimidade estão os autores investidos?
- 3) Poder-se-ia aqui falar de “dano ecológico”?
- 4) Seria aqui aplicável o DL n.º 147/2008, de 29/7?

Cumpramos sublinhar que aderimos à conclusão das decisões de ambas as instâncias no sentido de dar por verificada a omissão ilícita e culposa do dever de fiscalização da ZEE dos Açores por parte do Estado [*maxime*, cfr. os artigos: 56º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, aprovada para ratificação por Portugal pela Resolução da Assembleia da República 60-B/97, de 14/10; 4º e 5º da Lei 33/77, de 28/5²; 486º do Código Civil e 2º/1, do DL 48 051, de 21 de Novembro de 1967]. Tal omissão foi causa directa da sobrepesca proibida, a qual reduziu significativamente as possibilidades de captura dos pescadores representados pelas associações sindicais, no período de 2002 a 2004.

1. O (único) objecto desta acção de efectivação da responsabilidade civil extracontratual do Estado parece ser uma pretensão de ressarcimento de um dano patrimonial – o único que o TCA Sul deu por verificado, embora de apuramento difícil, a tal ponto que foi relegado para fase de execução de sentença. Os autores avançam um valor de 1 092 475,00 € e caracterizam-no como “indenização simbólica”, em virtude de os danos causados à comunidade piscatória açoriana não serem “contabilizáveis”.

Estas afirmações são contraditórias, pois o dano patrimonial alegadamente causado pela omissão de fiscalização do Estado traduzir-se-ia na redução do lucro da actividade de pesca, calculável através de uma média mensal/anual de rendimentos auferidos pelos pescadores representados pelas associações e sindicatos autores, num período indicativo (por exemplo, nos últimos cinco anos antes do início da omissão e

¹ Publicado nos *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 99, 2013.

² Em vigor à data dos factos, hoje revogada pela Lei 34/2006, de 28 de Julho.

da subsequente pesca ilícita por barcos com capacidade muito superior à dos barcos dos pescadores açorianos). Simbólico poderia ser o valor de perda para o ecossistema – mas suspeitamos que essa distinção não terá sido claramente caracterizada, apesar da presença de uma ONGA [Organização não governamental de ambiente] entre os autores.

A delimitação do objecto da acção é de suma importância tanto para a definição do tipo de dano, como para a determinação do destinatário da indemnização: havendo lesão dos direitos de propriedade e de iniciativa económica dos autores, estimado a partir de expectativas de lucro de uma actividade económica traduzida na pesca, o seu ressarcimento pecuniário deverá reverter a favor dos pescadores; detectando-se lesão de um bem de fruição colectiva, como o ambiente marinho e certas espécies que aí têm o seu habitat, a reparação do dano deverá ser em primeira linha *in natura* (reintroduzindo espécimes das espécies afectadas até ao limite estimado das perdas³ ocorridas entre 2002/2004).

Antes da criação do Fundo de Intervenção Ambiental (cfr. o DL 150/2008, de 30 de Julho), a operacionalização desta divisão levantava inquietações agudas, em face da curta letra do artigo 22º da Lei 83/95, de 31 de Agosto (Lei da participação procedimental e da acção popular = LAP). Todavia, admitir que um actor popular pudesse receber a verba indemnizatória em razão da verificação de um dano ecológico – não sendo a *restitutio in natura* possível ou suficiente – seria viabilizar um locupletamento à custa da colectividade e degradar a natureza de bem metaindividual que a Constituição lhe consagra [embora não sem equívocos].⁴

2. Aferir o objecto da acção pressupõe determinar o bem jurídico para o qual se pretende a tutela jurisdicional. Tal como a relação material controvertida nos é dada a conhecer no recurso para o TCA Sul, o objecto parece ser, como se afirmou acima, o ressarcimento do dano patrimonial dos pescadores representados pelas associações profissionais e sindicatos autores. No entanto, a presença de G, que se vem a saber ser uma ONGA local, aliada à menção de uma indemnização "simbólica", provoca perplexidade. Vejamos porquê.

Na dimensão da lesão do direito de propriedade, a acção de efectivação da responsabilidade contra o Estado melhor configura uma acção colectiva do que uma "acção popular", como vem rotulada pelos autores. Na verdade, e mau grado a deficiente técnica normativa da LAP⁵, esta situação não se enquadra preferencialmente na sua *ratio*, pois nem estamos perante uma *class action* no sentido estrito – uma vez que tal situação dispensaria a representação dos pescadores através das associações de defesa dos interesses laborais, não se aplicando neste caso as especialidades pre-

3 Sendo que por *perdas* não queremos significar a totalidade do pescado, mas apenas a quantidade estimada de pesca ocorrida acima do limite de regenerabilidade sustentável [na terminologia da Convenção das Nações Unidas para o Direito do Mar, o *maximum sustainable yield* – cfr. os artigos 61º/3, e 119º/11, alínea a), da Convenção].

4 Cfr. CARLA AMADO GOMES, "O AMBIENTE NA CONSTITUIÇÃO: ERRÂNCIA E SIMBOLISMO", IN *TEXTOS DISPERSOS DE DIREITO DO AMBIENTE*, II, LISBOA, 2008, PP. 21 E SEGS., PP. 26-36.

5 Cf. CARLA AMADO GOMES, *INTRODUÇÃO AO DIREITO DO AMBIENTE*, LISBOA, 2012, PP. 222-223, E, MAIS DESENVOLVIDAMENTE, «"NÃO PERGUNTE O QUE O AMBIENTE PODE FAZER POR SI; PERGUNTE-SE O QUE PODE FAZER PELO AMBIENTE!". REFLEXÕES BREVES SOBRE A ACÇÃO PÚBLICA E A ACÇÃO POPULAR NA DEFESA DO AMBIENTE», IN *TEXTOS DISPERSOS DE DIREITO DO AMBIENTE*, III, LISBOA, 2010, PP. 209 E SEGS., PP. 220 E SEGS.

vistas nos artigos 15º e 19º da LAP (que pressupõem um fenómeno de representação processual atípico do qual os sujeitos integrados na categoria mas desfasados da linha argumentativa sustentada pelos “representantes” se pretendem destacar) –, nem nos deparamos (apenas) com a defesa de interesses metaindividuais materialmente qualificados⁶, vulgo *interesses difusos*. A legitimidade para deduzir o pedido indemnizatório melhor se sustentaria no art. 9º/1, do CPTA, uma vez que o que estava em causa era a defesa de direitos subjectivos⁷.

Na perspectiva da lesão de qualidades intrínsecas do bem natural (espécies de peixe alvo de sobrepesca), teríamos, aí sim uma acção popular bem caracterizada, *rectius*, uma acção apresentada por autores investidos em *legitimidade popular* para defesa de interesses difusos. Aqui se compreenderia a presença da ONGA, nos termos do artigo 9º/2, do CPTA, desde que tal pedido estivesse devidamente individualizado, *destacado* da pretensão indemnizatória relativa ao ressarcimento dos direitos patrimoniais dos pescadores. Não se verificando tal “destaque”, configura-se ilegitimidade passiva da ONGA, por impossibilidade tanto de caracterização de co-titularidade de interesses que justificasse o litisconsórcio, como de identificação de um pedido autónomo que sustentasse a coligação [cfr. o artigo 12º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)]. Salvo melhor opinião, nem a título de assistente a ONGA poderia intervir [cfr. o artigo 335º do Código de Processo Civil (CPC)], uma vez que os seus objectivos estatutários não contemplam – supomos – a defesa de interesses corporativos (dos pescadores).

Assinale-se que, no limite, nos não repugna admitir que *um mesmo autor* (ou *autores coligados*) possa(m), na *mesma acção*, pedir reparação de dano individual e de dano ecológico, com base nos mesmos factos, na mesma actuação lesiva – numa espécie de desdobramento de personalidade processual. Isto porque a demanda conjunta facilita a coordenação das operações de reparação do dano na sua bidimensionalidade, económica e ecológica⁸, e previne situações de dupla reparação, que configuram abuso de direito⁹. No entanto, as especialidades processuais de isenção de taxa de justiça e de custas, previstas no artigo 20º da LAP, podem empecilhar esta hipótese

6 JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *DIREITO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*, I, LISBOA, 2005, PP. 649 E SEGS.

7 Por estarmos em sede de acção comum. Este tipo de legitimidade está melhor explicitada nos artigos (do CPTA) 55º/1/c) – para a acção especial impugnatória – e 68º/1/b), para a acção especial condenatória.

8 A polivalência da maioria dos bens ambientais naturais faz com que uma lesão da sua integridade possa redundar em vários tipos de danos, ou seja, que os mesmos factos possam gerar prejuízos de diversa natureza a diversos sujeitos que mantinham com o bem particulares relações de utilização. Um bom exemplo desta pluralidade de dimensões lesivas reflectida em pretensões processuais de índole diversa detecta-se no Acórdão *ERIKA*, prolatado pela *Cour de Cassation* francesa em 25 de Setembro de 2012. Nesta decisão condenatória da empresa *Total* encontramos uma coligação de autores que, individualizando devidamente os diferentes pedidos (cíveis) ressarcitórios por prejuízos sofridos na sequência do derrame de petróleo ocorrido em Dezembro de 1999 no golfo da Biscaia, engloba associações de defesa do ambiente, autarquias locais e uma associação de defesa do consumidor (havia ainda uma associação profissional de pescadores, que o Tribunal considerou não estar regularmente constituída e ser, por isso, destituída de capacidade judiciária). O Tribunal arbitrou indemnizações a favor destas três categorias de entidades: a título de dano ecológico puro, relativamente a uma ONGA e a algumas autarquias, com vista a desenvolverem acções de compensação ambiental; a título de dano moral, às autarquias que viram as suas imagens de marca e reputação como destinos turísticos manchadas em razão da magnitude e persistência da poluição; e a título de dano moral ambiental, à associação de defesa do consumidor, em virtude da afectação da qualidade de vida dos residentes na zona do Golfo. Sobre esta decisão, veja-se AGATHE VAN LANG, “*AFFAIRE DE L’ERIKA: LA CONSÉCRATION DU PRÉJUDICE ÉCOLOGIQUE PAR LE JUGE JUDICIAIRE*”, IN *AJDA*, 2008/17, PP. 936 E SEGS.

9 Sobre este ponto, veja-se CARLA AMADO GOMES, *INTRODUÇÃO AO DIREITO DO AMBIENTE*, CIT., PP. 193-194.

(refira-se que o juiz *a quo* nem mencionou o dispositivo da LAP quando levantou o problema do cálculo das custas): é que o autor, na *pele* de defensor de um interesse directo, correspondente a um direito subjectivo, age de acordo com o regime do CPC ou do CPTA; mas se se “desdobrar” em autor popular, a sua *pele* será outra, pois agirá em prol da tutela de interesses difusos, altruisticamente, o que determina a aplicação da especialidade processual prevista no artigo 20º da LAP¹⁰.

3. No ponto 2.2. da parte decisória, o TCA refere o DL 147/2008, de 29 de Julho, a propósito da noção de dano ecológico, considerando-o inaplicável. Da aplicabilidade melhor se tratará no ponto seguinte; aqui gostaríamos apenas de chamar a atenção para que, na altura da verificação da omissão lesiva (2002/2004), o conceito não estava formalmente identificado no nosso ordenamento jusambiental e a sua reparação confundia-se com a do dano “ambiental”, um tanto por a Constituição da República Portuguesa induzir em erro ao mencionar a indemnização do “lesado ou lesados” por ofensa a interesses difusos, outro tanto por a Lei de Bases do Ambiente insistir no equívoco, nos artigos 40º e 44º e, enfim, por o artigo 22º da LAP pretender aplicar-se (por ausência de algum outro dispositivo) quer a indemnização por violação de interesses individuais homogêneos (bem), quer a indemnização por violação de interesses difusos (mal).

Tal indefinição não inviabilizava, em nossa opinião, a delimitação de um dano ao ambiente *de per se*, independentemente de prejuízo, material ou moral, para as pessoas. Difícil era proceder ao seu cálculo, estabelecer a metodologia da sua reparação, determinar o destino de verbas remanescentes de operações de reparação, se as houvesse, sem qualquer apoio legal. Este desamparo não impediu, no entanto, a prolação da famosa *decisão das cegonhas brancas de Coruche*¹¹, na qual se chegou a uma original solução reparatória (por equivalente), de colocar estacas no lugar das árvores ilicitamente cortadas, a fim de propiciar a nidificação das cegonhas. A complexidade era, contudo, evidente e o surgimento do DL 147/2008, em transposição da directiva europeia 35/2004/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril, que se anuncia como o regime de prevenção e reparação do dano ecológico, gerou legítimas expectativas quanto ao enquadramento futuro deste problema.

4. No acórdão *sub judice* não se peticionava a reparação do dano ecológico, mas tão-somente o ressarcimento dos pescadores açorianos pela quebra de rendimentos da venda do pescado. A questão que levantamos aqui, a final, é: e poderia ter sido peticionada? A resposta é triplamente negativa.

Desde logo, o âmbito de aplicação temporal não estava preenchido: o artigo 35º, alínea a), do DL 147/2008 exclui os acontecimentos geradores de danos ocorridos antes da sua entrada em vigor. Depois, o âmbito objectivo de aplicação também se não verifica: por um lado, porque as espécies piscícolas em causa não são “espécies protegidas” [cfr. o artigo 11º/1, alíneas e) e i)] e, por outro lado, porque não ficou provado (nem tinha que ficar, em razão da vaguidade do pedido formulado) que a alteração provocada pela pesca proibida nos habitats constituísse uma alteração adversa significativa mensurável relativamente à “consecução ou a manutenção do estado de

10 E não só: cfr. CARLA AMADO GOMES, *INTRODUÇÃO AO DIREITO DO AMBIENTE*, CIT., P. 221.

11 Sentença do Tribunal Judicial de Coruche de 23 de Fevereiro de 1990, proc. 278/89.

conservação favorável desses *habitats* ou espécies" (cfr. a disposição *supra* citada) ¹².

Esta conclusão, algo descoroçoante, é consequência da abordagem restritiva do diploma – desde o conceito, passando pelo âmbito temporal, até ao universo de sujeitos potenciais lesantes... No entanto, deve sublinhar-se que o DL 147/2008 é, em primeira linha, um regime procedimental, de (prevenção e) reparação administrativa do dano ecológico, que se traduz no procedimento gizado no artigo 16º – ou seja, o seu âmbito de aplicação *funcional* dirige-se à Administração (nomeadamente, à APA, I. P. (Agência Portuguesa do Ambiente)) e não aos tribunais.

Esta tentativa de desjudicialização ¹³ coloca vários problemas e não evita, no limite, o recurso ao tribunal, dado que o acto que termina o procedimento descrito no artigo 16º é um acto administrativo [para-contratual ¹⁴], contra o qual é possível requerer tutela jurisdicional efectiva. E o tribunal poderá, se tal lhe for solicitado e com o auxílio de peritos, rever a adequação e suficiência da metodologia adoptada nas operações de reparação do dano ecológico.

Se assim for, tal dúplice conferência poderá reforçar a ideia, por nós sustentada ¹⁵, de que o DL 147/2008 goza de mais vida para além dos procedimentos administrativos (de prevenção e reparação do dano) que disciplina, tendo introduzido uma *metodologia de reparação do dano ecológico* que se destaca claramente das técnicas tradicionais de ressarcimento de danos, patrimoniais e não patrimoniais, de pessoas individuais e colectivas (no Anexo V). Este entendimento permite alargar o universo de sujeitos passíveis de serem considerados lesantes, embora não prescindia dos elementos objectivos e temporais de qualificação da lesão como dano ecológico – *alteração significativa adversa mensurável do estado de um bem ambiental natural ou da qualidade dos seus serviços*. Esta extensão reforça a dimensão protectiva ambiental irradiada, desde logo, pela Lei Fundamental, e contribui para enraizar a solidariedade de destino e de cuidado a cultivar por todos os sujeitos, independentemente do título à sombra de que agem, face ao ambiente.

12 Quanto ao âmbito subjectivo, tratando-se de uma imputação de responsabilidade por omissão (ilícita) de fiscalização, ela deve ser apurada de forma mediata, ou seja, o Estado seria responsável (nos termos do regime aprovado pela Lei 67/2007, de 31 de Dezembro) se o agente tivesse praticado o facto lesivo no contexto de uma actividade ocupacional, nos termos do artigo 2º/1, do DL 147/2008 – tal sucedeu, efectivamente. Sobre a complexa articulação entre o DL 147/2008 e o regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado por facto da função administrativa, CARLA AMADO GOMES, "A RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DAS ENTIDADES PÚBLICAS E A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO ECOLÓGICO: SOBREPOSIÇÃO OU COMPLEMENTARIDADE?", IN *REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO*, Nº 125, 2011, PP. 147 E SEGS.

13 Saudando a solução da directiva por afirmar a preeminência da actuação administrativa na reparação do dano ecológico, SUZANNE CARVAL, "UN INTÉRESSANT HYBRIDE: LA ((RESPONSABILITÉ ENVIRONNEMENTALE)) DE LA LOI 2008-757 DU 1ER AOÛT 2008", IN *RECUEIL DALLOZ, ÉTUDES ET COMMENTAIRES*, 2009/24, PP. 1652 E SEGS., P. 1653.

14 Falando de um acto "negociado", AGATHE VAN LANG, "LA DIRECTIVE ((RESPONSABILITÉ ENVIRONNEMENTALE)) ET LE DROIT ADMINISTRATIF: INFLUENCES PRÉVISIBLES ET PARADOXALES", IN *JURIS CLASSEUR – DROIT ADMINISTRATIF*, JULHO 2005, PP. 7 E SEGS., P. 11.

15 CARLA AMADO GOMES, *INTRODUÇÃO AO DIREITO DO AMBIENTE*, CIT., P. 197.



Nem tudo o vento levou...¹

Anotação ao [Acórdão do TCA-Sul, de 31 de Março de 2011](#) (proc. 06793/10)

Carla Amado Gomes

0. A necessidade de cumprimento dos objectivos do Protocolo de Quioto ratificado por Portugal e pela União Europeia, deu um forte impulso à renovação do sistema de produção de energia eléctrica no nosso país, nomeadamente no incentivo e licenciamento de centrais de electricidade produzida a partir de fontes renováveis. Para além da tradicional produção de energia hídrica, a evolução mais sensível deu-se no plano da energia do vento e envolveu a instalação de mais de duas centenas de parques eólicos². Apesar da sua dimensão ambientalmente amiga — produção de energia “limpa”, sem gerar emissões de CO₂ —, os parques eólicos desde cedo envolveram controvérsia, em virtude dos efeitos colaterais associados, nomeadamente no plano da alteração da paisagem e na perspectiva da perturbação do voo de espécies de avifauna. Quanto ao primeiro, os municípios em cujas circunscrições se situem parques eólicos reclamaram uma compensação, que se cifra, nos termos do DL 339-C/01, de 29 de Dezembro, em 2,5% do rendimento mensal daqueles empreendimentos. Relativamente aos impactos nas rotas de voo, verifica-se uma necessidade constante de implementação de medidas de minimização do risco de embate das espécies com as torres autogeradoras, o que nem sempre é tarefa fácil, desde logo porque as cumeeiras com maior potencial ficam muitas vezes situadas em zonas protegidas³.

Nos Estados Unidos da América, um estudo revelou que, para um universo de quinze mil aerogeradores se verifica uma mortalidade de 2,19 aves/aerogerador/ano, ou seja, aproximadamente trinta mil indivíduos, entre os quais 448 aves de rapina⁴. Em Espanha, a Sociedade Ornitológica estima que morram anualmente cerca de seis a dezoito milhões de aves e morcegos, decepados pelas dezoito mil turbinas eólicas em funcionamento no território⁵ — sendo de assinalar a existência de um importante corredor migratório entre África e Europa, na região de Tarifa, ao nível do Estreito de Gibraltar, no qual a mortalidade é muito superior a outras zonas do país. Identicamente, em Portugal,

1 Publicado na Revista do Ministério Público, nº 133, 2013, pp. 127 segs.

2 O primeiro parque eólico precedeu, na verdade, o enquadramento legislativo da matéria (DL 189/88, de 27 de Maio), tendo sido instalado na ilha de Porto Santo em 1983. Em Portugal continental, o pioneiro foi o parque eólico de Sines, em funcionamento desde 1992.

3 A avaliação do risco de colisão implica a análise de múltiplas condicionantes — o que agrava a complexidade —, tais como a velocidade e direcção do vento, a temperatura e humidade do ar, o tipo de voo, a distância e a altitude, a hora do dia e a topografia local.

4 P. TRAVASSOS, H. M. COSTA, T. SARAIVA, R. TOMÉ, M. ARMELIN, F. I. RAMÍREZ e J. A. NEVES, **A energia eólica e a conservação da avifauna em Portugal**, SPEA, Lisboa, 2005, p. 6 — disponível em <http://www.spea.pt/gca/?id=456>

5 Cfr. a reportagem *An ill wind*, de Meena Subramanian, publicada na revista *Nature*, de 20/06/2012 — disponível online: <http://www.nature.com/news/the-trouble-with-turbines-an-ill-wind-1.10849>

os resultados obtidos variam em função da região do território nacional em análise. Enquanto no Parque Eólico de Fonte dos Monteiros (Vila do Bispo) foi estimada uma mortalidade de 55,77/94,56 aves/ano, já nos parques eólicos de Cabril e do Pinheiro (Serra de Montemuro) a mortalidade por colisão com aerogeradores foi de uma ave/ano e zero aves/ano, respectivamente⁶. Enfim, biólogos em geral e ornitólogos em especial convergem em que se trata de um domínio pouco estudado e que recomenda particulares cautelas⁷.

É certo que está também cientificamente atestado que a colisão com aerogeradores é apenas *uma* das várias causas de morte de aves, e que nem sequer se conta entre as principais (que vão desde colisões e electrocuções em postes de distribuições de electricidade, passando por ingestão de pesticidas agrícolas e por atropelamentos, até ataques de felinos). Problemático é, todavia, que os aerogeradores sejam especiais inimigos de certas espécies já ameaçadas, como os morcegos e as aves de rapina. Enquanto algumas espécies se adaptam à presença das torres eólicas e aprendem a evitá-las, outras não têm essa capacidade e esperar que a adquiram pode ser fatal. No corredor migratório de Gibraltar, já mencionado, uma solução para evitar danos à avifauna tem consistido no desligamento temporário dos aerogeradores enquanto a rota migratória está activa. Mas quando o trânsito é constante, outras medidas de mitigação são imperativas: mover uma torre alguns metros, diminuir a velocidade das pás, instalar radares para detectar bandos em trânsito, desligar o aerogerador em alturas de fraca visibilidade, são soluções possíveis.

1. O Acórdão *sub judice* constitui um excelente sinal da crescente sensibilidade do Judiciário às questões da protecção do ambiente, em geral, e à necessidade de salvaguardar espécies protegidas face aos riscos dos aerogeradores, em particular. Do mesmo passo, o juiz não ignorou a dimensão ecologicamente amiga do empreendimento, tentando, através da sua decisão, conciliar o interesse público na produção de energia limpa (e o inerente interesse privado na sua comercialização), com o interesse público da preservação das espécies — nomeadamente, os morcegos⁸.

O comentário mais evidente — e no plano processual cautelar — a este aresto passa pela análise da correcção da decisão (da primeira instância e confirmada pelo TCA-Sul) de substituição da providência requerida pela autora (suspensão da autorização de colocação dos aerogeradores) por uma providência construída a partir, por um lado, dos dados de um parecer do ICNB (actual ICNF)⁹, de 28 de Setembro de 2006, emitido no âmbito do procedimento de avaliação de impacto ambiental do parque eólico — no qual se recomendava a monitorização intensiva do aerogerador 4, situado

6 P. TRAVASSOS *et alli*, **A energia eólica...**, *cit.*, p. 9.

7 Sobre os riscos para a avifauna decorrentes dos parques eólicos, veja-se o relatório elaborado pela *BirdLife International* no âmbito da Convenção de Berna, **Windfarms and Birds: An analysis of the effects of windfarms on birds, and guidance on environmental assessment criteria and site selection issues**, RHW Langston & JD Pullan, *RSPB/BirdLife in the UK*, September 2003 (disponível online).

8 Sobre a vulnerabilidade dos morcegos face aos parques eólicos, em Portugal continental, veja-se o estudo de Helena SANTOS, Luísa RODRIGUES, Gareth JONES e Hugo REBELO, **Using species distribution modelling to predict bat fatality risk at wind**, in *Biological Conservation*, Vol. 157, Janeiro de 2013, pp. 178 segs.

9 O Instituto da Conservação da Natureza e da Biodiversidade, I.P., foi substituído, na nova orgânica do Ministério da Agricultura, Mar, Ambiente e Ordenamento do Território (adoptada pelo DL 7/2012, de 17 de Janeiro), pelo Instituto da Conservação da Natureza e das Florestas, I.P. (=ICNF) [artigo 5º/1/b)].

a 140m da saída do abrigo do Algar da Água, da qual, caso se verificassem dados negativos, poderia resultar a paragem daquele “durante o tempo que vier a ser considerado como de maior risco de colisão com morcegos”, não se descartando, no limite, o desmantelamento — e, por outro lado, do testemunho de técnicos do ICNF que realizaram a monitorização e circunscreveram o maior risco de colisão a dois determinados períodos do ano (Outubro a Dezembro; Março e Abril) e, dentro deles, a certas balizas horárias diárias (trinta minutos antes do pôr-do-sol e do nascer do sol).

Lançando mão do nº 3 do artigo 120º do CPTA, espelho do princípio da interferência mínima/indispensabilidade em sede de justiça cautelar¹⁰, o juiz entendeu dever substituir a requerida suspensão total dos trabalhos de colocação do aerogerador 4 pelo condicionamento, tanto da sua implantação, como do seu funcionamento, até decisão final do processo, em função dos resultados da monitorização efectuada e relatada nos autos. Pretendendo a autora, no processo cautelar, fazer cessar a mortandade de quirópteros que alegadamente se verificava na sequência da instalação do gerador, julgamos que a decisão foi equilibrada por se revelar “adequada a evitar a lesão” dos interesses de salvaguarda dos morcegos e por se apresentar como “menos gravosa para os demais interesses, públicos e privados, em presença” (nº 3 do artigo 120º do CPTA).

A autora, no entanto, considerou que a providência de suspensão (total dos efeitos dos actos autorizativos) deveria ter sido decidida ao abrigo da alínea a) do nº 1 do artigo 120º — e não da alínea b) do mesmo nº 1. É que a Quercus rotulou a ilegalidade do acto autorizativo de “manifesta”, por a instalação do aerogerador 4 já ter interferido e continuar a interferir, em zona de rede Natura 2000, com espécies vulneráveis (concretamente, duas espécies criticamente em perigo, uma espécie em perigo e oito espécies com o estatuto de vulnerável) e constituir um atentado ao disposto no artigo 10º/9 e 10 do DL 140/99, de 24 de Abril, alterado e republicado pelo DL 49/2005, de 24 de Fevereiro (=RJRN), considerando dever essa constatação ser suficiente para o juiz suspender qualquer operação. Esta argumentação envolve considerações de ordem substantiva, que passaremos a desenvolver.

2. O procedimento de autorização de instalação do parque eólico nas serras de Ariques e Alvaiázere, cujo projecto envolve nove aerogeradores, foi longo e tortuoso. A DIA foi emitida em 2004 e o promotor pediu (três) prorrogações até 2009, de modo a validamente instruir o procedimento de autorização de implantação das torres junto da Câmara Municipal. Estas prorrogações destinaram-se a corrigir múltiplos aspectos do projecto inicial, em virtude de este conflitar com os condicionalismos de preservação

10 Carlos CADILHA e Mário AROSO DE ALMEIDA falam da consagração, no nº 3 do artigo 120º do CPTA, da dimensão da proporcionalidade enquanto *necessidade*, enquanto o nº 2 acolheria a proporcionalidade na vertente da *proibição do excesso* — **Comentário ao Código do Processo nos Tribunais Administrativos**, Coimbra, 2005, p. 618. O nº 3 funciona, na verdade, como disposição subsidiária relativamente ao nº 2, na medida em que o juiz pode ainda *salvar* um pedido de providência cautelar que, na formulação original, se revele desequilibrado em termos de comparação benefício para os interesses do requerente/prejuízo para os interesses do requerido.

Os autores citados sublinham uma “compressão do princípio do dispositivo”, admissível desde que a providência construída o seja “dentro dos limites do objecto do processo” (*idem, idem*). Julgamos que este acréscimo de poder inquisitório por parte do juiz se justifica mais reforçadamente em sede de tutela de interesses difusos (cfr. o artigo 17º da Lei 83/95, de 31 de Agosto – Lei da acção popular), na medida em que o juiz aí se colocará numa posição supra-partes, sendo ele próprio motor da defesa de um interesse colectivo (sublinhando-se que estará sempre a fazê-lo sobre um pedido inicial e que a substituição deverá merecer contraditório).

ambiental da zona, tendo merecido um juízo negativo que foi progressivamente atenuado através de diversas alterações e medidas de minimização.

A zona foi classificada como sítio da rede Natura 2000, pela Resolução do Conselho de Ministros 76/2000, de 5 de Julho (Sítio PTCO0045 - Sicó/Alvaiázere), facto que envolve particulares cuidados de ocupação do terreno, conforme as directrizes do Plano Sectorial da Rede Natura 2000 (PSRN2000, aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros 115-A/2008, de 21 de Julho — cfr. Anexo II, *Sítio Serras de Aire e Candeeiros*) e o regime plasmado no RJRN, nomeadamente o artigo 10º. Este dispositivo traça uma regra, a qual admite, todavia, excepções: qualquer projecto cuja avaliação de incidências na zona integrada na lista nacional de sítios da rede Natura (siga tal avaliação a metodologia da avaliação ambiental estratégica, da avaliação de impacto ambiental ou outra) implique afectação da integridade do sítio, deve ser proibido; no entanto, caso não haja alternativas viáveis e o projecto se justifique à luz de razões imperativas de interesse público (incluindo de natureza social ou económica), como tal qualificadas por despacho conjunto do Ministro com a pasta do Ambiente e do Ministro com a pasta relativa à matéria, poderá ser autorizado (artigo 10º/10) — com a inerente aprovação de medidas compensatórias “necessárias à protecção da coerência global da Rede Natura 2000” (artigo 10º/12º).

Do procedimento verificado — detalhadamente analisado pelo juiz *a quo* —, destacamos dois aspectos: por um lado, o anormal prolongamento da validade da DIA, sustentado pelo laconismo do artigo 21º do DL 69/2000, de 3 de Maio, revisto e republicado pelo DL 197/2005, de 8 de Novembro (=RAIA); por outro lado, a ausência de determinação de medidas compensatórias. A primeira observação situa-se no plano de crítica legislativa, na medida em que, gozando a DIA, em princípio, de uma validade de dois anos, a DIA subjacente ao projecto *sub iudice* veio a ter mais do dobro, o que nos parece pouco recomendável, em face da intensa dinâmica dos factores naturais, bem como da fragilidade dos habitats e espécies presentes no local. Certo, o dispositivo legal não fixa limites à prorrogação, mas entendemos que o deveria fazer apenas até ao limite de uma (prorrogação), em zonas sensíveis.

Já quanto ao segundo aspecto, na verdade e como o juiz *a quo* sublinhou, o PSRN2000, nas *Orientações de Gestão* aplicáveis ao Sítio, estabelece o seguinte:

“Verificando-se que as áreas de grande importância para a conservação dos valores que motivaram a classificação deste Sítio constituem áreas solicitadas para a instalação de diversos tipos de infra-estruturas, nomeadamente, parques eólicos, antenas de telecomunicações e linhas de transporte de energia ou ainda construção e ou alargamento de infra-estruturas viárias, sublinha-se a necessidade de acautelar a manutenção dos valores envolvidos”.

No mesmo item, em *Orientações específicas*, pode ler-se uma especial referência à protecção das espécies de quirópteros presentes nas grutas da zona em face de visitas de espeleologia, determinando-se a restrição de acesso de visitantes nos períodos de ocupação dos habitats. Acrescente-se que no Anexo I do PSRN2000 (Quadro 5, Anexo I), se assinala a importância do sítio da Serra de Alvaiázere/Sicó (entre outros) “para garantir a manutenção das espécies num estado de conservação favorável”.

Ora, ficou provado nos autos que a construção de vias de acesso, canais de interligação e plataforma do aerogerador 4, bem como o início dos trabalhos de colocação da torre implicaram, desde logo, destruição de habitats. Tais operações geraram, por isso, danos que afectaram a integridade do sítio — devendo ressaltar-se que o grau de sensibilidade dos locais integrados na rede Natura 2000, sobretudo quando estamos em presença de habitats prioritários, é superior ao registado em outros polos de protecção da biodiversidade¹¹. É certo que o PSRN2000 fala em *conciliar* e não em *proibir* — e o RJRN tão pouco impõe proibições terminantes. Porém, exigem-se a comprovação de um interesse social e/ou económico que “trunfe” o sacrifício ambiental, bem como a inexistência de localizações alternativas, e ainda a prestação de contrapartidas, ou seja, medidas de compensação¹².

É aqui que nos parece que o acto autorizativo falha. Julgamos que a inscrição na DIA de medidas compensatórias — que se distinguem e acrescem às medidas de minimização de impactos — era, em razão do local de implantação do parque, imprescindível à validade do acto. Note-se que uma coisa é a margem de incerteza relativamente à afectação dos morcegos em voo, por força da concorrência de múltiplas variáveis — nesse ponto, admitimos que só a monitorização por um período relevante (o ICNF apontou para 10 anos e colocou o máximo de perdas admissível — leia-se: para ficar abaixo do limiar de dano significativo/afecção da integridade da espécie — em 5%) permitiria aferir a viabilidade da manutenção do aerogerador, donde a fixação *condicional* de medidas compensatórias; outra coisa, bem diversa, é a imperatividade de medidas compensatórias, preferencialmente anteriores ou pelo menos contemporâneas das operações a desenvolver ao abrigo do acto autorizativo¹³, que funcionam como cláusulas modais legais co-constitutivas da validade do acto.

Mas essa será a questão do processo principal — para cuja solução, de resto, hesitamos na resposta. É certo que o mal está feito e que a permanência do aerogerador 4 se encontra em regime de prova, dependendo dos resultados da monitorização. O dano provocado será, tendencialmente (?), apurável e reparável — nos termos da reparação por equivalente, *ex post*, que se sustenta no DL 147/2008, de 29 de Julho, atendendo aos critérios do Anexo V. Então, de que servirá a declaração de nulidade do acto (que

11 A maior fragilidade das zonas de rede Natura 2000 desde há muito justifica uma postura especialmente exigente do Tribunal de Justiça da União Europeia, quer no sentido de apurar a avaliação de impactos a um nível de impossibilidade prática de exclusão do dano (e não de “mera” previsibilidade do mesmo), quer no sentido de reclamar uma exaustiva demonstração da falta de alternativas — cfr. o Acórdão do TJUE de 13 de Dezembro de 2007, proc. C418/04 (*max. consid.* 227), e Carla AMADO GOMES, **Introdução ao Direito do Ambiente**, Lisboa, 2012, pp. 133-138, e referências aí citadas (*max.*, na pág. 137).

12 Deve sublinhar-se aqui um ponto inquietante, neste contexto de ponderação de interesses, alternativas e contrapartidas em sede de rede Natura 2000. O PSRN 2000 não foi submetido a avaliação ambiental estratégica, nos termos do DL 232/2007, de 15 de Junho (cfr. o artigo 3º) — embora se possa discutir se o deveria ter sido, tanto por razões de aplicação directa da directiva (uma vez que o procedimento se terá iniciado antes do ano de 2007), como por força da cláusula de adequação territorial constante do artigo 5º/2 do diploma (que pode determinar a avaliação em outro tipo de instrumentos de planeamento). Assim sendo, seguramente que as condicionantes aí inscritas não dispensam a avaliação caso a caso, que pode mesmo resultar numa conclusão proibitiva, nomeadamente em hipóteses em que, apesar da constatação da inexistência de alternativas e do interesse económico e social do projecto, é impossível construir uma solução adequada e suficiente no plano das medidas compensatórias (ditadas em contrapartida dos valores naturais sacrificados).

13 Cfr. o **Guidance document on Article 6(4) of the 'Habitats Directive' 92/43/EEC - Clarification of the concepts of: alternative solutions, imperative reasons of overriding public interest, compensatory measures, overall coherence: Opinion of the Commission**, January 2007, ponto 1.5., disponível em: http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance_art6_4_en.pdf

entendemos dever fundar-se na falta de um elemento essencial, nos termos do artigo 133º/1 do CPA: a determinação das medidas de compensação *ex ante* por afectação da integridade de valores da rede Natura 2000; e que decorre directamente da nulidade da DIA, onde deveriam constar as medidas compensatórias)? Os habitats não ressurgem, os morcegos que pereceram não ressuscitam, e a Administração só terá que praticar novo acto, fazendo retroagir os seus efeitos à data da emissão da autorização *sub judice*, aditando à DIA e concomitantemente, ao acto autorizativo, as medidas compensatórias relativas ao dano já provocado, na prática com carácter *ex post*.

Dir-se-á: isso é desvirtuar o regime das medidas compensatórias *ex ante*, que têm por missão mitigar as perdas para a coerência da rede Natura no seu todo. Mais: tal raciocínio acarretaria a descredibilização de um regime que, mesmo quando assume o dano, é preventivo na sua mitigação relativamente ao sistema europeu de conservação das espécies e habitats na sua globalidade. Porém, a realidade dos factos (consumados) impõe-se por si, devendo agora encontrar cobertura legal, que embora não seja formalmente intocável pode, em termos de resultados materiais, traduzir-se num idêntico nível de protecção — não constituindo, portanto, no final das contas, uma fraude ao sistema.

Evitar o desfecho da declaração judicial de nulidade do acto autorizativo seria porventura possível através de uma declaração de nulidade administrativa seguida da prática de novo acto de autorização, aditado de um conjunto de medidas compensatórias determinadas pelo ICNF — em articulação com a APA, uma vez que estamos, em bom rigor, perante um procedimento de reparação *ex post*, no âmbito do artigo 16º do DL 147/2008, e fazendo mesmo intervir a Quercus — sujeitas, elas próprias, a monitorização. Tal prática faria caducar o processo impugnatório principal por inutilidade superveniente, salvo se a Quercus decidisse requerer a modificação do objecto do processo, nos termos do artigo 64º do CPTA — daí a vantagem de a envolver no procedimento de fixação de medidas compensatórias *ex post* (ainda que tal envolvimento não possa servir como obstáculo ao prosseguimento da demanda).

Tal resultado poderia mesmo, porventura, ser promovido pelo juiz, suportado pelo princípio da cooperação entre as partes. Pense-se na referência, no artigo 8º/4/a) do CPTA, ao dever da Administração de informar o juiz da prática de novos actos na pendência do processo, e realce-se a vertente objectivista da tutela do interesse ambiental: ao cabo e ao resto, o juiz estaria assim a promover a coerência da rede Natura 2000 no seu todo, assegurando a compensação ecológica (ainda que *ex post*) e não escamoteando a utilidade de um empreendimento que contribui, apesar de alguns inconvenientes, para a produção de energia limpa.

Aguardemos pelo final do vendaval — *rectius*, do processo principal...



And now, something completely different: a co-incineração nas malhas da precaução.

Anotação ao [Acórdão do TCANorte, de 29 de Março de 2007](#), proc. 758/06.3BECBR¹

Carla Amado Gomes

Decididamente, a solução da co-incineração de resíduos industriais perigosos afigura-se, em Portugal, deveras problemática. Se em 2000 a tentativa do Governo enfrentou, num inusitado tour de force entre órgãos constitucionais, a firme oposição da Assembleia², depara-se agora com a resistência dos tribunais – convocados pelas autoridades municipais.

A decisão do TCANorte que se anota confirma a sentença do TAF de Coimbra, cuja *ratio decidendi* foi o “princípio da precaução”. O nosso cepticismo relativamente à concepção de semelhante “princípio” seria motivo mais que suficiente para justificar as linhas que se seguem. Todavia, ambas as decisões, mais que razões substantivas – ou seja, quanto à existência e conteúdo do princípio –, levantam-nos as maiores dúvidas de teor processual, nomeadamente quanto à alegada “inversão do ónus da prova” que decorreria do dito “princípio”. É que, ainda que o TCANorte tenha descartado a teoria da precaução, reteve (contraditoriamente) a lógica de “facto notório” associada aos alegados riscos da co-incineração (cfr. o art. 514.º do CPC), confirmando a concessão da providência de suspensão de eficácia do despacho ministerial no sentido da dispensa de avaliação de impacto ambiental das operações de co-incineração a realizar na cimenteira de Souselas.

Desta feita, os pontos sobre os quais nos debruçaremos nesta anotação são os seguintes:

- i)** o significado processual da “precaução”;
- ii)** a alegada inversão do ónus da prova induzida pelo “princípio”.

A final, teceremos a nossa opinião sobre a solução encontrada pelo TCA.

i) O “princípio da precaução” está inscrito no art. 15 da Declaração do Rio de 1992, no seguimento de outras formulações e antecipando várias outras, traduzindo-se numa máxima de prevenção de riscos ambientais – através das medidas necessárias e ade-

¹ Publicado nos Cadernos de Justiça Administrativa, nº 63, 2007, pp. 55 segs

² Sobre os antecedentes do caso que ora analisamos, cfr. C. AMADO GOMES, “A co-incineração de resíduos industriais perigosos. Notas à margem de uma polémica”, in RJUA, n.º 13, 2000, pp. 9 e segs. Ver também os pareceres que em 2000 subscreveram D. FREITAS DO AMARAL e M.A GLÓRIA GARCIA, JORGE MIRANDA, PAULO OTERO e M.A ASSUNÇÃO ESTEVES, recolhidos na publicação do Ministério do Ambiente e do Ordenamento do Território O caso Co-Incineração, 1.º vol., Tomo I, Lisboa, 2001, pp. 21 e segs., 69 e segs., 97 e segs. e 143 e segs., respectivamente

quadas (cost-effective measures) –, que possam causar “danos graves e irreversíveis”, apesar da inexistência de certeza científica sobre a sua verificação e efeitos. O art. 3.º, n.º 1, alínea a), da Lei n.º 58/2006, de 29/12 (Lei da Água) introduziu em Portugal a primeira definição do princípio afirmando que este se consubstancia em que “as medidas destinadas a evitar o impacte negativo de uma acção sobre o ambiente devem ser adoptadas mesmo na ausência de certeza científica da existência de uma relação causa-efeito entre eles”.

A diferença entre as fórmulas não é defeito; é feito. Em cada proclamação do “princípio da precaução”, a deriva significativa é evidente, facto que leva uma parte da doutrina a desqualificá-lo enquanto princípio jurídico, remetendo-o para o âmbito das orientações políticas. A este cepticismo não é decerto alheia uma atitude de desconfiança no que toca às consequências da aplicação da lógica de precaução: no plano internacional, ela potencia temíveis atentados à soberania estadual; no plano interno, ela promove a substituição do juiz ao administrador em nome de uma preferência unilateral – rectius: destituída de ponderação equilibrada – dos valores da protecção ambiental e sanitária³.

No plano processual, a precaução avulta em dois domínios: o das acções de responsabilidade e o da justiça cautelar. Tanto num como noutro, a sua força traduzir-se-ia em que, perante a dúvida sobre a causa de um dano ou sobre a possibilidade da sua eclosão, o julgador deveria decidir sempre a favor dos valores de fruição colectiva, contra o presumível agente da ameaça – considerando provada a causa de imputação do dano ou concedendo tutela, conservatória e/ou antecipatória adequada à evitação ou cessação da actividade/ omissão lesiva. No fundo, a precaução incorpora um critério material de ponderação que, no plano cautelar, desequilibra totalmente o *balancing process* previsto no n.º 2 do art. 120.º do CPTA, o qual, embora numa lógica mais paritária, decorre igualmente do art. 387.º, n.º 2, do CPC (tendo em consideração a diversa natureza dos interesses em jogo). Já no plano das acções de responsabilidade – e pensando apenas na responsabilidade aquiliana –, a adopção do princípio da precaução como *ratio decidendi* (ou seja: enquanto obrigação de evitação de qualquer risco praticamente possível) afronta decisivamente o critério da diligência do *bonus pater familiae*, ancorado no art. 487.º, n.º 2, do Código Civil.

Mas atente-se num dado incontornável: este suposto critério de decisão, a existir – e seria necessário que o princípio decorresse de uma norma superior do ordenamento (v. g., a Constituição ou a Lei de Bases do Ambiente), ou resultasse inequívoco da interpretação sistemática de um conjunto de regras –, só ganha autonomia perante outro tipo de vícios quando o julgador se vê perante uma dúvida caracterizada sobre a existência ou efeitos de um determinado risco⁴.

3 Para maior desenvolvimento destas afirmações, vejam-se os nossos «Dar o duvidoso pelo (in) certo: reflexões sobre o “princípio da precaução”», in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005, p. 141, maxime pp. 152 e segs.; *Risco e modificação dos actos autorizativos concretizadores de deveres de protecção do ambiente*, Parte II, Cap. I., disponível em <https://docs.google.com/file/d/0B-YPQQ1FFa3CS1p3T1EYJEqyODQ/edit?usp=sharing>

4 E repare-se que aí o juiz estará tendencialmente a abrir mão de uma base de ponderação razoável, permitindo-se a formulação de juízos – ainda que bem intencionados – reveladores de uma excessiva ingerência num reduto de “valorações próprias do exercício da função administrativa” (pois, salvo erro manifesto/ ponderação desrazoável, deve respeitar a escolha fixada pela Administração no âmbito da sua competência de avaliação e gestão da incerteza). Realce-se o cuidado com que o Conseil d'État francês tem lidado com o princípio (que, desde 2005, tem consagração constitucional, no art. 5.º da Charte constitutionnelle de l'Environnement), reconduzindo as alegadas violações do mesmo, ou a

Com efeito, apenas nesse momento a precaução pode demonstrar-se útil no estabelecimento de um critério de decisão à disposição do juiz: na dúvida, decide *pro salute* ou *pro ambiente*⁵. Daí que seja essencial que o requerente da providência/autor na acção de efectivação da responsabilidade por danos ao ambiente/ à saúde pública defina o objecto do pedido, apresentando e caracterizando, sumária ou plenamente, a situação de lesão ou ameaça dela.

Segundo a lei processual civil, o princípio dispositivo implica que o autor deduza, na petição inicial, o pedido acompanhado da exposição dos factos e das razões de direito que servem de fundamento à acção [art. 467.º, n.º 1, alíneas c) e d), do CPC], juntando documentos probatórios e, caso queira, requerendo no final da petição, desde logo, a notificação de testemunhas referenciadas e a produção de outras provas (art. 467.º, n.º 2, do CPC). No plano processual administrativo, as alíneas g), h), l) e m) do art. 78.º, n.º 2, do CPTA dispõem no mesmo sentido.

É um facto que o juiz, no quadro dos seus poderes instrutórios visando a descoberta da verdade material, pode exigir a produção de provas adicionais até ao mais completo esclarecimento sobre o conhecimento dos factores de risco (cfr. os arts. 519.º, n.º 1, do CPC e 90.º, n.º 1, do CPTA). No âmbito dos processos intentados por autores investidos em legitimidade popular, em virtude da natureza dos bens em jogo (cfr. o art. 1.º, n.º 2, da Lei n.º 83/95, de 31/8 = LAP), cabe mesmo ao juiz "iniciativa própria em matéria de recolha de provas, sem vinculação à iniciativa das partes" (art. 17.º da LAP – sublinhe-se, contudo, que este poder do juiz se desenvolve "no âmbito das questões fundamentais definidas pelas partes"). Por outras palavras: uma vez definida e caracterizada a dúvida sobre determinados efeitos, o juiz pode ordenar a produção de diligências probatórias com vista ao melhor esclarecimento possível, maxime recorrendo à intervenção de peritos. Mas esta competência inquisitória não lhe permite dispensar a parte que alega a ofensa da apresentação de uma demonstração mínima dos factores de risco que alegadamente para ele concorrem – sob pena de violação do princípio da imparcialidade.

É neste ponto – sublinhe-se: *prévio (e pressuposto) ao momento de formação da dúvida caracterizada* – que importa abordar o segundo ponto por nós enunciado: o da alegada inversão do ónus da prova propulsionado pelo "princípio da precaução".

ii) Uma das consequências mais significativas do "princípio da precaução" seria a inversão do ónus da prova, onerando o potencial poluidor com a necessidade da demonstração de que a actividade projectada/ desenvolvida é totalmente inócua para a

vícios formais/procedimentais (preterição de formalidade essencial), ou a vícios de ponderação (violação do princípio da proporcionalidade). Sobre este ponto, desenvolvidamente, v. o nosso Risco e modificação..., cit., Parte II, Cap. I, 3.2.3.2., ii); sobre a posição do Conseil d'État no contencioso das antenas de telecomunicações móveis – no âmbito do qual os juízes do Palais Royal têm refreado com firmeza a tendência dos tribunais de comarca no sentido da aplicação do princípio –, v. também o nosso Providências cautelares e "princípio da precaução": ecos da jurisprudência, ainda inédito, ponto 2.3. e doutrina aí citada.

5 Um caso exemplar de aplicação do "princípio da precaução" – leia-se: análise do juízo de ponderação da incerteza que presidiu a um regulamento comunitário proibitivo da continuação de comercialização de um determinado antibiótico incluído em rações para animais –, no qual o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades se viu confrontado com a dúvida sobre duas posições identicamente apoiadas em informações científicas, é o Caso Pfizer Animal Health (Acórdão do TPI de 11 de Setembro de 2002, Proc. T-13/99).

saúde pública e/ou para o ambiente⁶. Ou seja, ao autor/ requerente bastaria alegar a ameaça de ofensa/lesão efectiva para os bens ambientais e semear a dúvida na mente do julgador; ao réu/requerido cumpriria deduzir toda a prova no sentido de afastar qualquer dúvida, sob pena de o juiz, obedecendo à máxima *in dubio pro ambiente*, decidir a favor da pretensão do autor/requerente.

Cumpra observar que o Direito não desconhece a técnica da inversão do ónus da prova, embora parta do princípio de que, a quem alega um direito, cabe fazer a prova dos factos constitutivos do mesmo (art. 342.º, n.º 1, do Código Civil). Para além dos casos especiais de produção da prova, previstos no art. 343.º do Código Civil, admite-se que, em certas situações, a lei ou convenção válida nesse sentido, veicule a inversão do ónus da prova (art. 344.º do Código Civil).

A estas hipóteses subjazem duas condições, uma explícita, outra implícita: por um lado, que a lei ou pacto entre as partes admita a alteração das regras do jogo da prova; por outro lado, que tal inversão seja determinada por razões de necessidade, e obedeça a padrões de adequação e equilíbrio, sob pena de ferir intoleravelmente o direito de acesso à justiça e o princípio do processo equitativo, na dimensão da igualdade de armas (art. 20.º, n.os 1 e 4, da CRP).

A exigência de lei expressa (ou convenção válida) decorre da identificação da inversão do ónus da prova como uma restrição do direito ao processo equitativo – do réu, que inopinadamente se pode ver a braços com a necessidade de se defender em juízo de uma alegação cuja desmontagem lhe cumpre inteiramente.

Mas na origem dessa restrição há-de estar a indispensabilidade da mesma para permitir ao autor realizar o seu direito à justiça, uma vez que peticiona o reconhecimento de uma situação cujo domínio de comprovabilidade, por razões fácticas ou jurídicas, se encontra do lado do réu. Ou seja: a inversão deverá servir a realização da concordância prática entre o direito à justiça do autor e o direito de defesa do réu, nos termos de um processo que a Constituição, na sequência da CEDH⁷, impõe que seja equitativo.

Ora, se já é altamente duvidoso, em razão das considerações anteriores, que a inversão possa existir sem previsão expressa do legislador, ainda que tal se admitisse – sem conceder –, excessiva seria sempre a extensão da medida deste onus probandi para além dos limites do razoável, como preconiza o princípio da precaução. Com efeito, a exigência da prova da inocuidade da actividade como condição de obtenção de uma autorização ou de isenção de responsabilidade, obriga a uma diabólica probatio que afronta os cânones da proporcionalidade, em virtude da compressão intolerável, quer do direito (processual) de defesa, quer da liberdade (material) de iniciativa económica privada⁸.

6 Cfr. o nosso A prevenção à prova em Direito do Ambiente, Coimbra, 2000, pp. 35, 36; A. GOUVEIA e FREITAS MARTINS, O princípio da precaução no Direito do Ambiente, Lisboa, 2002, pp. 54, 55.

7 É sabido que o legislador da revisão constitucional de 1997 incorporou (algo desnecessariamente) do n.º 4 do art. 20.º o princípio do processo equitativo, que encontra arrimo no art. 6.º da CEDH. O Tribunal de Estrasburgo tem vindo a sublinhar, no âmbito da sedimentação do conteúdo do princípio, que "a igualdade de armas implica a obrigação de oferecer a cada parte a possibilidade de apresentar a sua causa, incluindo as suas provas, em condições que a não coloquem em situação de nítida desvantagem em relação ao seu adversário" – I. CABRAL BARRETO, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Anotada, 2.a ed., Coimbra, 1999, p. 136 e nota 254.

8 N. DE SADELEER adverte para a necessidade de modular a exigência de ausência total de risco, na medida em que "la démonstration du «risque-zéro» conduit nécessairement à une aporie puisque tou-

Subscrevemos, assim, inteiramente a crítica de BARTON a esta extensão desmesurada da medida de prova⁹. O Autor, depois de destrinçar os problemas da inversão, por um lado, e do agravamento do quantum do onus probandi numa aplicação estrita do princípio da precaução, por outro lado, sublinha que a imposição de um critério de prova similar ao utilizado no processo penal (*beyond a reasonable doubt*) é política e economicamente incorrecto, por irrealista. Assim, propõe a adopção de um critério de comprovabilidade razoável (*reasonable ecological or medical concern*) que o juiz complementar, caso entenda necessário para o melhor esclarecimento possível da dúvida gerada, através do recurso a peritos.

Transpondo agora as conclusões avançadas para o caso *sub judice*, é cristalino que nem o TAF nem o TCA cumpriram o itinerário processualmente devido: o Município de Coimbra não caracterizou, sumariamente que fosse, o periculum in mora; não demonstrou, perfunctoriamente se tanto, que a dispensa de AIA determinaria uma situação de facto consumado que a decisão final na acção administrativa especial de impugnação da validade do despacho ministerial já não poderia eliminar [cfr. o art. 120.º, n.º 1, alínea b), do CPTA]. Os juízes aceitaram uma autogeração da dúvida sobre a perigosidade do processo de co-incineração, obnubilando os deveres de imparcialidade, de respeito pelos princípios do processo equitativo, da igualdade de armas, enfim, do direito à tutela jurisdicional efectiva do requerido, todos bem patentes no art. 20.º da CRP. E a decisão do TCA ainda causa maior perplexidade quando os juízes reconheceram expressamente que “(...) numa providência cautelar, vigora também a regra geral do ónus da prova, segundo o qual àquele que invoca um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do mesmo – artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil. Só que, no âmbito cautelar, o legislador basta-se com uma prova sumária dos fundamentos do pedido (...). **Mas prova sumária não é o mesmo que ausência de prova**” (realçado nosso).

Repare-se que nem sequer se trata de um problema de presunção de verdade derivada da falta de oposição do requerido (art. 118.º, n.º 1, do CPTA) – o Ministério e a CIM-POR bem se opuseram, mas nada puderam contra a intenção justiceira do julgador. Da nossa perspectiva, a não se admitir o indeferimento liminar do pedido do Município de Coimbra, por não apresentação de prova sumária da existência de fundamentos do mesmo [com base no art. 116.º, n.º 2, alínea b), conjugado com o art. 114.º, n.º 3, alínea g), do CPTA – e, no caso de não suprimento, nos termos do 116.º, n.º 4], o TAF deveria ter absolvido o Ministério do Ambiente do pedido, por não verificação dos pressupostos de concessão de tutela cautelar. Não o tendo feito, cabia ao TCA corrigir o erro – que até detectou! –, revogando a decisão recorrida. Importa deixar uma nota final: Como cidadã, não sou entusiasta da co-incineração – nem deixo de ser.

Considero que o problema das lixeiras a céu aberto, o abandono incontrolado dos resíduos perigosos deve ser atalhado, e depressa, para bem da saúde das pessoas e da melhoria da qualidade do ambiente, e gostava de ser convencida da bondade da solução adoptada.

te activité humaine est susceptible d'avoir d'une façon ou d'une autre un impact sur l'environnement. Au demeurant, rien ne supprimera la part incompressible d'imprévisibilité que comportent certaines activités à risque” – Les principes du polluer-payeur, de prévention et de précaution, Bruxelas, 1999, p. 194.

9 C. BARTON, “The status of the precautionary principle in Australia: its emergence in legislation and as a common law doctrine”, in HELR, vol. 22, 1998, pp. 509 e segs., 550, 551.

Como jurista, todavia, sou forçada a observar que o melindre da “localização” da questão e o seu historial deveriam ter levado o Governo a não escolher o caminho mais curto – que se revelou mais árduo – e a conferir à decisão a maior legitimação, técnica e social, possível. Talvez o desfecho desta “novela” – provavelmente daqui a mais alguns capítulos, entre os quais, muito provavelmente, o da revista excepcional da decisão *sub judice* junto do STA, ao abrigo do art. 150.º do CPTA – confirme esta análise. De todo o modo, afigura-se-me que, tendo sido adoptado o instrumento pacificador da AIA, o caso poderia ter sido, realmente, completamente diferente.



D. Quixote, cidadão do mundo: da apoliticidade da legitimidade popular para defesa de interesses transindividuais...¹

Anotação ao [Acórdão do STA, I, de 13 de Janeiro de 2005](#) (proc. 085/04)¹

Carla Amado Gomes

0. Começemos por uma confissão: a razão primeira deste comentário prende-se com a nossa vontade de homenagear Cervantes, por ocasião do IV centenário da publicação, em 1605, da Primeira Parte da sua obra *El ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha*, na pessoa do protagonista: precisamente, D. Quixote de la Mancha. E nada melhor que um caso de “acção popular” para servir de pretexto a tal propósito, aproveitando a dimensão altruísta das oníricas cruzadas do *Cavaleiro da Triste Figura*. Com efeito, a feição quixotesca daqueles que, com prejuízo da sua disponibilidade, se dispõem a pôr a sua lança ao serviço de causas (por vezes esquecidas em virtude do alucinante ritmo da vida quotidiana, tantas vezes aparentemente perdidas no confronto com interesses mais palpáveis) que transcendem o seu interesse concreto e imediato, é a marca mais distintiva do instituto da legitimidade popular.

Verdade se diga, continuando em tom confessional, que o mote da acção popular, tal como surge no acórdão, não é senão uma ilusão desmontada pelo STA — em termos que subscrevemos. Os autores do recurso de anulação da deliberação camarária, mais do que carecerem de *um interesse directo*, falhavam a configuração de *um qualquer interesse*, por não terem conseguido caracterizar nenhuma lesão, potencial ou imediata, da sua esfera jurídica ou de um bem jurídico legalmente protegido. Por mais garantista do princípio da tutela jurisdicional efectiva que o STA pretendesse ser, a alegação de uma lesão hipotética² não lhe deveria merecer o aproveitamento do pedido de recurso sob um título de legitimidade diverso do invocado, dada a inexistência de interesse processual fosse de que tipo fosse³.

Um acto falhado, portanto? Na realidade, o aresto não nos traz, nem uma situação típica de acção popular, nem aquilo que se pode considerar uma espécie de acção pública particular autárquica, na tradição da “acção popular correctiva” acolhida pelo artigo 822º do Código Administrativo⁴ e perpetuada no nº 2 do artigo 55º do

1 Publicado nos *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 53, 2005, pp. 46 segs

2 A alegada futura transferência do terminal rodoviário da Av. Casal Ribeiro para (o próximo Jardim d') o Arco do Cego não decorria da intimação de abstenção de uso do terminal, prescrita na deliberação camarária impugnada.

3 Sobre os requisitos do “interesse processual” na acção administrativa especial de impugnação da validade de um acto administrativo, já sob a égide do CPTA, M. AROSO DE ALMEIDA, **O novo regime do processo nos tribunais administrativos**, 3ª edição, Coimbra, 2004, pp. 39, 40.

4 Cfr. D. FREITAS DO AMARAL, **Direito Administrativo**, IV, Lisboa, 1988, pp. 176 segs; PAULO OTERO (**A acção popular: configuração e valor no actual Direito português**, in *ROA*, 1999/III, pp. 871 segs, 873) radica a “acção popular correctiva” na Carta Constitucional, ao abrigo da qual o Código Administrativo de 1842

CPTA⁵ — embora mencione ambas. A confrontação entre esta solução legal e a figura da legitimidade popular para defesa de interesses de fruição de bens colectivos constitui, na verdade, o ponto de partida desta anotação (1.). Plenamente assumido o carácter *desviante* da mesma, resta admitir que a questão para a qual gostaríamos de chamar a atenção se prende com a limitação da utilização do mecanismo da legitimidade popular por cidadãos “no gozo dos seus direitos civis e políticos” (artigo 2º/1 da Lei 83/95, de 31 de Agosto = LPPAP, para a qual remete o artigo 9º/2 do CPTA) (2.).

Com efeito, e apesar da arrumação constitucional do “direito de acção popular” no capítulo dos direitos, liberdades e garantias políticos (Título II, Capítulo II), e da limitação quanto à titularidade e exercício destes direitos decorrente do artigo 15º/2 (com as excepções resultantes dos nºs 3, 4 e 5), julgamos que a natureza dos bens em jogo aconselharia o alargamento da legitimidade a cidadãos não nacionais, independentemente da existência de instrumentos de Direito Internacional que, estabelecendo condições de reciprocidade, veiculem tal extensão. Quais cavaleiros andantes, “indivíduos que, motivados por uma vocação generosa, se lançam pelos caminhos, buscando remédios para todos os males do planeta”⁶.

1. A figura da acção popular correctiva era a principal visada pela primitiva norma do nº 2 do artigo 49º da CRP. Aí se fazia menção à existência de um direito de acção popular, transitado de legislação emitida ao abrigo do ciclo constitucional anterior — o artigo 822º do CA de 1936/40. A sua catalogação como “direito político” ia ao encontro dos pressupostos da figura, que estabelecia como premissas de utilização a titularidade de direitos civis e políticos — além do fiel cumprimento das obrigações fiscais. Constituindo um meio complementar de fiscalização da legalidade das deliberações dos órgãos autárquicos, a sua ligação a um *status activus civitatis* pleno fazia todo o sentido: a legitimidade processual, prescindindo de qualquer lesão dos interesses do recorrente, encontra a sua filiação directa na capacidade eleitoral passiva ao nível local⁷. Ou seja, é o facto de as deliberações provirem de órgãos cujos titulares gozam de legitimidade democrática directa que justifica a possibilidade de os cidadãos eleitores controlarem a actuação dos seus representantes. O direito de participação política embasa o direito de intervenção processual; a legitimidade eleitoral activa não se esgota no sufrágio, encontrando um (de entre outros⁸) prolongamento na legitimidade processual alargada.

a regularia, num primeiro momento circunscrita a actos da administração eleitoral e, num momento ulterior, incidente sobre actos alegadamente ilegais de órgãos da administração local.

5 A alínea f) do nº 1 do artigo 55º, adoptando uma norma que surgiu no CPA (cfr. o artigo 14º/4), por influência da lei procedimental espanhola, estabelece a possibilidade de os presidentes dos órgãos colegiais pedirem a suspensão jurisdicional da eficácia das deliberações tomadas pelo órgão a que presidem que repute ilegais, facto que configura um outro tipo de “acção pública” desenvolvida por entidade diversa do MP, desta feita institucional.

6 M. VARGAS LLOSA, **Una novela para el siglo XXI**, texto introdutório à obra de Miguel Cervantes *D. Quijote de la Mancha*, Edición del IV centenario de D. Quijote de la Mancha, Real Academia Española e Asociación de Academias de la lengua española, Madrid, 2004, pp. XIII segs, XX.

7 O que constituía como que uma *dupla novação* da norma do artigo 822º do CA (cfr. o artigo 290º/2 da CRP), na medida em que a sua recuperação pelo novo regime político lhe conferiu uma coerência que, na época da sua criação, por força do falseamento do sistema de eleição dos órgãos autárquicos, não existia. Cfr. o nosso **A eleição do Presidente da Câmara Municipal em Portugal**, in *O Direito*, 2001/IV, pp. 895 segs, 898, 899 (e bibliografia aí citada).

8 Pensamos, por exemplo, em formas de democracia participativa como o referendo local, o

Quando, em 1989, o nº 3 do artigo 52º da Constituição dá novo alento à figura da “acção popular”, apegando-se à premissa inicial para criar um mecanismo cujos objectos são bem distintos: os interesses de fruição de bens colectivos [al. a)] e de bens públicos (afectos a uso colectivo)⁹ [al. b)] — ambos individualmente inapropriáveis, embora por razões diversas (os primeiros, por natureza; os segundos, por determinação legal)¹⁰. A “acção popular” criada pela Constituição é uma realidade fundamentalmente diversa daquela que resultava do artigo 82º do CA (hoje vivente no artigo 55º/2 do CPTA); mas esta *contaminou* a norma constitucional, e a *infecção* alastrou à LPPAP. Por outras palavras: o mecanismo de alargamento da legitimidade processual que a CRP acolhe no artigo 52º/3 nada tem a ver com o controlo objectivo da legalidade da actuação de órgãos da Administração Pública (mais concretamente, da Administração local¹¹), antes decorre de um imperativo de coerência com a protecção constitucional substantiva conferida a bens de fruição colectiva, como a qualidade do consumo (artigo 60º da CRP), a saúde (artigo 65º da CRP), o ambiente (artigo 66º da CRP), o património cultural (artigo 78º da CRP).

Daí que a exigência de capacidade eleitoral activa aos sujeitos que pretendam exercer o direito de acção investidos em legitimidade popular para defesa de “interesses difusos” e bens do domínio público, nos termos do artigo 2º/1 da LPPAP, resulte de uma conformação distorcida da norma constitucional de acordo com o CA, e não de uma configuração obedecendo a uma lógica de adequação à estrutura dos interesses em causa. A aliança entre legitimidade popular para defesa de “interesses difusos” e direitos políticos nada mais é senão uma ilusão de óptica.

2. Esta distorção leva a que, nos termos do artigo 2º/1 da LPPAP — para o qual remete o artigo 9º/2 do CPTA, sede da legitimidade popular (particular e associativa) e da legitimidade pública para defesa de interesses relativos a bens de fruição colectiva no âmbito da jurisdição administrativa (cfr. também o artigo 4º/1/l) do ETAF)¹² — os cida-

direito de petição aos órgãos autárquicos, o direito de intervenção nas reuniões dos órgãos colegiais autárquicos, após encerrada a ordem do dia e num período fixado com vista à prestação de esclarecimentos, e o direito de requerer a convocação de reuniões extraordinárias dos órgãos deliberativos autárquicos.

9 A. ESTEVES DE OLIVEIRA e R. ESTEVES DE OLIVEIRA (**Código do Processo nos Tribunais Administrativos, Anotado**, I, Coimbra, 2004, pp. 164, 165) entendem que os bens públicos a que a CRP se reporta são tanto os bens do domínio público, como os bens integrantes do domínio privado do Estado, autarquias locais e regiões autónomas. Com reservas (apesar da cristalina literalidade do preceito constitucional), admitimos que ambos estejam contemplados, embora nos pareça dever ser feita uma distinção (pelo menos teórica) entre *legitimidade popular em sentido estrito*, assente num interesse de facto na defesa de bens cujo uso colectivo, potencial ou actual, os autores partilham (mas que deve ser utilizada a título subsidiário — cfr. nota seguinte), e *legitimidade popular em sentido amplo* — autêntica acção pública individual — em que todos os cidadãos, enquanto contribuintes e eleitores, estão investidos, para assegurar a gestão dentro dos parâmetros da legalidade de bens do domínio privado de entidades públicas.

10 Cfr. CARLA AMADO GOMES, **Embargos e demolições: entre a vinculação e a discricionariedade, Anotação aos Acórdãos do STA, I, de 6 e 19 de Maio de 1998**, in CJA, nº 19, 2000, pp. 44 segs, 46 (caracterizando tal “acção popular”, na esteira de ROBIN DE ANDRADE, como excepcional). ANA RAQUEL GONÇALVES MONIZ, além de excepcional, considera-a subsidiária (ou seja, só actuável perante uma inércia demonstrada da pessoa colectiva pública a cujo cargo se encontra a tutela do bem) — **O domínio público. O critério e o regime jurídico da dominialidade**, Coimbra, 2005, p. 545.

11 Julgamos que o mecanismo previsto no artigo 55º/2 do CPTA entronca bem mais na conjugação entre os artigos 48º/1 e 235º/2 da CRP, do que no artigo 52º/3 da CRP.

12 Jurisdição preferencial na apreciação deste tipo de litígios, ressalvados os domínios penal e contra-ordenacional, conforme defendemos no nosso **A ecologização da justiça administrativa: brevíssima nota sobre a alínea l) do nº 1 do artigo 4º do ETAF**, in RJUA, nº 20, 2003, pp. 25 segs (também publicado em **Textos dispersos de Direito do Ambiente**, Lisboa, 2005, pp. 249 segs).

dãos aptos a fazer uso da figura da legitimidade popular sejam apenas aqueles que se encontram na plenitude do gozo dos seus direitos civis e políticos, ou seja, os cidadãos (e associações e fundações) de nacionalidade portuguesa. A este grupo juntar-se-ão, segundo A. ESTEVES DE OLIVEIRA E R. ESTEVES DE OLIVEIRA, cidadãos de Estados-membros da União europeia — logo, titulares do duplo vínculo de cidadania europeia — no que respeite a interesses (abrangidos no núcleo de atribuições comunitárias, exclusivas ou concorrentes) cujo objecto se situe na circunscrição onde residem e onde detêm capacidade eleitoral activa¹³ (cfr. o artigo 15º/4 da CRP).

Propulsor desta leitura é, não só o próprio artigo 52º da CRP, por força da sua inserção sistemática, como o artigo 15º da CRP, que equipara os estrangeiros a nacionais no capítulo do gozo dos direitos civis (nº 1), mas amputa o seu estatuto no que concerne a direitos políticos (com as excepções dos nºs 3, 4 e 5). Acrescente-se, todavia, e na sequência do raciocínio anteriormente exposto, que também aos estrangeiros oriundos de Estados com os quais Portugal tenha acordos de reciprocidade no que toca ao exercício de direitos políticos deve ser reconhecido o direito de utilização da legitimidade popular (artigo 15º/3 da CRP).

Fica de fora deste círculo, contudo, um vasto conjunto de cidadãos estrangeiros, os quais podem ter um interesse altruísta na defesa de bens de fruição colectiva sítos num Estado que não é o da sua origem (ou empenhados na remoção ou neutralização de uma fonte de risco para esses bens cujo centro de actuação esteja em Portugal). Basta pensar nas hipóteses de turistas que visitam regularmente o nosso país a fim de usufruírem de estadias em parques naturais ou sítios arqueológicos e que criam, relativamente a esses bens, laços de proximidade que podem redundar, no limite, num compromisso com vista à sua preservação. Ou de estrangeiros residentes em Portugal, não cidadãos da União Europeia, que não adquiriram a nacionalidade portuguesa e que, portanto, não gozam de direitos políticos — mas cuja ligação à comunidade é sensível. Ou ainda de estrangeiros não residentes em Portugal que pretendam fazer cessar actuações lesivas de bens de fruição colectiva das quais tomam conhecimento por força da proximidade geográfica — v. g., pescadores marroquinos relativamente a atentados ambientais levados a cabo por quaisquer navios em águas sob jurisdição nacional.

Se focarmos a nossa atenção nos casos de agressões a bens ambientais naturais (no sentido do artigo 6º da LBA)¹⁴, facilmente perceberemos a *curteza de vistas* do legislador. Com efeito e, por um lado, em virtude do carácter transfronteiriço dos fenómenos de poluição, serão frequentes as situações em que um estrangeiro pode, no seu país de origem, pretender reagir contra uma fonte de emissões poluentes sediada num Estado diverso (mesmo que não sofra nenhuma lesão pessoal). Por outro lado, a dimensão imaterial dos bens ambientais naturais faz com que a sua fruição seja tendencialmente universal — donde, a sua defesa dever estar aberta a todos os potenciais usufrutuários. E nem se invoque o critério da residência, a que alude o artigo 15º/3 da LPPAP, pois este artigo (todo o artigo) não se aplica aos casos de acções interpostas por cidadãos investidos em legitimidade popular para defesa de interesses de fruição de bens

13 A. ESTEVES DE OLIVEIRA e R. ESTEVES DE OLIVEIRA (**Código...**, cit., p. 162).

14 Que constituem o núcleo operativo da noção de ambiente — CARLA AMADO GOMES, **O ambiente como objecto e os objectos do direito do ambiente**, in *Textos dispersos...*, cit., pp. 7 segs; *idem*, **Ambiente (Direito do)**, in *Textos dispersos...*, cit., pp. 73 segs, max. 95 segs.

colectivos¹⁵, mas tão-só às situações de defesa, por um ou mais “representantes”, de interesses individuais homogêneos. O regime das *class actions*, no qual esta disposição se inspira, não se confunde com o das *citizen suits*¹⁶.

Curiosamente, não foi a propósito do ambiente que o legislador abriu um precedente derogatório do artigo 2º/1 da LPPAP, mas sim do património cultural. O artigo 25º/1 da Lei 107/2001, de 8 de Setembro (Lei do Património Cultural = LPC), reconhece a pessoas singulares e colectivas, nacionais ou estrangeiros, legitimidade para iniciar um procedimento de classificação de um bem como bem cultural de interesse nacional, regional ou local. Tal solução só pode, em coerência, ser acompanhada da respectiva legitimidade processual para defesa do bom sucesso de tal pretensão¹⁷. Ora, isto só pode significar que, no domínio do património cultural, o artigo 25º/1 citado se perfila como uma derrogação ao artigo 2º/1 da LPPAP, no sentido do alargamento da legitimidade, procedimental e processual, a quaisquer estrangeiros, com vista à defesa de bens culturais portugueses.

Perguntar-se-ia: é esta abertura conforme à Constituição? Por outras palavras, a circunscrição do instituto da legitimidade popular ao capítulo dos direitos políticos não inviabiliza (no sentido de impor uma interpretação restritiva) a abertura propiciada pela LPC? Em nossa opinião, não, e isso em nome do argumento que já expusemos: a norma constitucional deve ser *desentranhada* do seu contexto inicial e merecer uma leitura axiológica. Em bom rigor, o imperativo de defesa do património cultural (artigo 78º/1 e 2 da CRP), aliado à imaterialidade da dimensão incorpórea dos bens culturais, pode mesmo considerar-se não compaginável com a restrição da legitimidade procedimental e processual a cidadãos portugueses e a alguns estrangeiros — a legitimidade popular deve, isso sim, ser alargada a todos os que com os bens estabeleceram uma relação de memória, de pertença ou de respeito pelo testemunho cultural que o bem representa.

Estamos, inclusive, em condições de afirmar que o exemplo do artigo 25º/1 da LPC deve ser seguido e ampliado pelo legislador, numa revisão — urgente, em virtude das graves deficiências de que lei enferma¹⁸ — da LPPAP. O ambiente, a saúde pública, a qualidade do consumo, o correcto ordenamento do território, a equilibrada ocupação

15 Dubitativamente, quanto à aplicação deste critério, desde logo a cidadãos nacionais, A. ESTEVES DE OLIVEIRA e R. ESTEVES DE OLIVEIRA (**Código...**, *cit.*, p. 157).

16 Ambos os institutos se reportam ao ordenamento norte-americano. Cfr. T. CARBALLEIRA RIVERA, **La tutela ambiental en el derecho norteamericano**, in *RAP*, nº 137, 1995, pp. 511 segs, 527.

17 Por isso a remissão do artigo 9º/2 da LPC para os “termos da lei geral” (que é a LPPAP) deve ser objecto de uma interpretação correctiva, sob pena de neutralização da abertura propiciada pelo nº 1 do artigo 25º/1.

18 Já assim o afirmávamos no nosso **Contributo para o estudo das operações materiais administrativas e do seu controlo jurisdiccional**, Coimbra, 1999, pp. 374 segs (e doutrina aí citada). As deficiências prendem-se fundamentalmente com a (con) fusão entre legitimidade popular e legitimidade “de classe”, em virtude do referencial único que a LPPAP foi colher às “class actions” (que visam a defesa de interesses individuais homogêneos, não interesses de fruição de bens colectivos). Tendo buscado inspiração no direito norte-americano, pela via da Lei da Acção Pública brasileira (cfr. o nosso **O direito ao ambiente no Brasil: um olhar português**, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. Silva Cunha*, Coimbra, 2005, pp. 159 segs; também publicado em *Textos dispersos...*, *cit.*, pp. 271 segs, max. 276 segs e 287 segs), o legislador português não estabeleceu as distinções devidas entre as duas noções (a que se junta ainda a questão da modalidade, circunstancial ou institucional, de defesa de qualquer um desse tipo de interesses, isto é, a intervenção processual protagonizada por pessoas singulares que sofreram danos cuja origem é comum, ou por pessoas colectivas, constituídas com vista à promoção de determinados interesses, tenham eles a natureza de direitos subjectivos (v.g., sindicatos) ou de interesses (de facto) de fruição de bens colectivos (v.g., associações de defesa do ambiente).

do espaço urbano, a harmoniosa composição arquitectónica dos edifícios, são interesses de que comungam todos os cidadãos que integram a colectividade, entendida esta numa perspectiva material e não formal (assente em critérios de nacionalidade). São legítimos defensores destes interesses todos os cidadãos que deles podem usufruir e que se ressentem, por isso, numa lógica de solidariedade cívica (e não de representatividade política), das lesões que lhes são inflingidas¹⁹.

Claro que, chegados a este ponto, haverá quem reflita nesta solução e, apesar de lhe reconhecer alguma validade teórica, a rejeite em nome de motivações de natureza prática. Entra em cena o argumento *ad terrorem*: alargar ainda mais a legitimidade popular será contribuir para a asfixia do sistema judicial (bem como para o entorpecimento da máquina administrativa, sujeita a infindáveis procedimentos de consulta pública), sujeito a ser solicitado a intervir em todo o tipo de controvérsias relativas a bens de fruição colectiva, mesmo que desencadeadas por actores cuja ligação à comunidade nacional não revela um grau de permanência equiparável ao dos nacionais (embora possa suplantá-lo em intensidade)²⁰.

Pois bem, a isto respondemos com uma banalidade: o mais seguro *filtro* destas actuações processuais será o puro e simples bom senso²¹. É pouco provável que um cidadão estrangeiro que, passeando por Portugal ocasionalmente depare com situações que consubstanciem ofensas ambientais (ou outras) graves deseje iniciar/participar num procedimento decisório com vista à sua denúncia, ou intentar uma qualquer acção com vista à cessação daquelas. Mesmo com as facilidades que a LPPAP propicia — isenção de preparos e custas judiciais, salvo se o autor decair (artigo 20º da LPPAP) —, não é crível um cenário de afluxo anormal de iniciativas populares protagonizadas por estrangeiros visitantes pontuais. O gigante da ameaça volve-se num inofensivo *moinho de vento*, à luz de uma observação desassomburada.

19 Esta argumentação é transponível para o domínio das associações e fundações defensoras dos interesses concretamente em causa, desde que o seu objecto estatutário se não auto-limite no plano territorial (v.g., Associação dos Amigos dos Pirinéus Bascos) — artigo 3º/b) da LPPAP. Contra, invocando o princípio da territorialidade, M. ESTEVES DE OLIVEIRA e R. ESTEVES DE OLIVEIRA, **Código...**, cit., p. 162.

20 Julgamos ser conveniente frisar este ponto: o alargamento da legitimidade popular, procedimental e processual, a estrangeiros, não significa que entendamos ter a Administração e a Justiça o dever de publicitar procedimentos e processos pelo mundo fora. Por um lado, cabe ao estrangeiro interessado — e em virtude da sua ligação à causa que defende — o ónus de se informar sobre a existência das audiências públicas. Por outro lado, no plano processual, das duas uma (descontando-se aqui a hipótese de o estrangeiro ser a primeira pessoa a denunciar judicialmente o problema): ou apresenta uma acção no tribunal territorialmente competente para apreciar o pedido, a qual tem pedido e causa de pedir idêntica a outra anteriormente apresentada (caso de litispendência material — uma vez que formalmente não ocorrerá esta excepção peremptória, dada a não identidade de partes, mas o *branqueamento da parte* que a legitimidade popular provoca leva-nos a defender esta solução —, que o juiz deve decretar, eliminando a acção proposta em segundo lugar), ou apresenta uma acção com diversa causa de pedir, facto que pode justificar a apensação de processos pelo juiz, uma vez que estão verificados os pressupostos da coligação (cfr. o artigo 12º do CPTA; 30º/1 do CPC).

21 Aliado ao poder que a LPPAP atribui ao juiz, de indeferir liminarmente pedidos falhos de uma consistência mínima ou, na expressão da lei, “manifestamente improcedentes” (artigo 13º). Esta é uma especialidade que a legitimidade popular introduz nos processos a que dá aso, quer no contencioso comum, quer no administrativo. Sobre as especialidades (que não natureza especial do processo) da “acção popular”, M. AROSO DE ALMEIDA, **O novo regime...**, cit., pp. 29, 30; M. AROSO DE ALMEIDA e C. FERNANDES CADILHA, **Comentário ao Código de processo nos tribunais administrativos**, Coimbra, 2005, p. 66; L. SOUSA FÁBRICA, A acção popular já não é o que era, **Anotação aos Acordãos do TCA, de 13 de Maio de 1999 e de 8 de Março de 2001**, in CJA, nº 38, 2003, pp. 49 segs, 52 segs; CARLA AMADO GOMES, **Acção popular e efeito suspensivo do recurso: processo especial ou especialidade processual? Anotação ao Acórdão 30/2000 do Tribunal Constitucional**, in *Textos dispersos...*, cit., pp. 105 segs, max. 115 segs.

Seria, todavia, desejável que o regime da legitimidade popular para defesa de bens de fruição colectiva se abrisse o mais possível, a todos os estrangeiros que, com carácter de continuidade (sucessiva ou interpolada) deles usufruem, pois a natureza dos bens em jogo a isso convida. Toda a ajuda é pouca para defender causas com impactos transgeracionais, causas à beira da perdição face à vertigem do progresso, do lucro, causas em que uma ajuda desinteressada pode averbar uma vitória a favor do aproveitamento racional dos recursos naturais, da preservação da memória, da salvaguarda da saúde. Causas maiores que a vida, maiores que as fronteiras, à espera que os cidadãos do mundo as abracem em todo o seu gigantismo, e por elas combatam sem trégua nem desânimo.

Andará a autora a ler demasiados romances de cavalaria?



A caminho de uma ecocidadania: notas sobre o direito à informação ambiental.¹

Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº136/05, de 15 de Março de 2005 ¹

Carla Amado Gomes

0. O acórdão que se anota prende-se com o âmbito do direito à informação ambiental. Exarado em fiscalização concreta da constitucionalidade, o aresto confirma duas decisões das instâncias administrativas nas quais se nega à QUERCUS o direito a obter certidões da totalidade de um contrato celebrado entre o Estado português e o grupo Wolverine, de forma a poder avaliar a incidência ambiental da projectada implantação de uma unidade industrial em Esposende. Quer o Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa, quer o Tribunal Central Administrativo indeferiram o pedido de intimação para passagem de certidões apresentado em 2002 — ainda ao abrigo dos artigos 82º a 85º da LPTA² (actualmente, artigos 104º segs do CPTA) — no sentido de forçar o Primeiro-Ministro a fornecer os elementos requeridos, dando prevalência à cláusula de confidencialidade inserta no contrato. O Tribunal Constitucional não acolheu a alegação de inconstitucionalidade imputada pela QUERCUS aos artigos 10º da Lei 65/93, de 26 de Agosto (Lei do acesso aos documentos administrativos =LADA), com a redacção dada pela Lei 8/95, de 29 de Março, e 13º/1 do DL 321/95, de 28 de Novembro (regime da divulgação e acesso a documentos inerentes à celebração de contratos de investimento estrangeiro quando susceptíveis de conhecimento público), recusando ver nelas qualquer afronta ao artigo 268º/2 da CRP.

É mais o tema do acórdão do que o sentido da decisão que se pretende focar nesta anotação. A nossa discordância revê-se no voto de vencido do Juiz Conselheiro Mário Torres (subscrito também pela Conselheira Fernanda Palma), que sublinha a flagrante violação do princípio da proporcionalidade sancionada pelo acórdão. Com efeito, mesmo aceitando que o nº 2 do artigo 268º não exaure os fundamentos de restrição do direito de acesso à informação, a ponderação de interesses não ficou devidamente acautelada, revelando o Tribunal Constitucional uma olímpica indiferença perante o imperativo de protecção antecipativa do ambiente, aliás constitucionalmente consagrada³ [cfr. os artigos 9º/d) e 66º/2/a) da CRP]. Quanto à desadequação da solução encontrada pelos juizes da 2ª Secção do Tribunal Constitucional, pouco mais há a dizer.

¹ Publicado na *Justiça Constitucional*, nº 9, 2006, pp. 17 segs.

² Sobre a antiga intimação para consulta de documentos e passagem de certidões, vide J. M. SÉRVULO CORREIA, **O direito dos interessados à informação: ubi ius, ibi remedium, Anotação ao Acórdão do STA de 2 de Maio de 1996**, in *CJA*, nº 5, 1997, pp. 7 segs, e J. E. FIGUEIREDO DIAS, **Relevo prático da “intimação para consulta de documentos” na garantia jurisdicional do direito à informação dos administrados, Anotação ao Acórdão do STA de 11 de Março de 1997**, in *CJA*, 1997, nº 5, pp. 50 segs

³ Bem patente no passo que passamos a citar: “Caso a laboração da empresa venha a provocar (ou a ameaçar provocar danos ambientais sempre ficará sujeita à aplicação de outras normas, a propósito das quais poderá, então sim, discutir a prevalência do direito ao ambiente sobre direitos da propriedade privada e da livre iniciativa, e a sua constitucionalidade, se se entender que essas normas não asseguram cabalmente os valores constitucionalmente protegidos”. Ou seja, para o Tribunal Constitucional, vale mais remediar que prevenir, numa total inversão do princípio da prevenção...

Aproveitaremos, contudo, o ensejo, para discorrer brevemente sobre a importância do direito à informação ambiental como factor de reforço daquilo a que já PRIEUR, numa expressão feliz, crismou como “ecocidadania”⁴ (1.). Seguidamente, abordaremos o direito de acesso à informação ambiental de uma perspectiva genética, intimamente ligada a instrumentos internacionais e comunitários (2.). Chegaremos então ao marco universal da consagração de um direito à informação ambiental: a *Convenção de Aarhus*, sobre o acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em matéria de ambiente, assinada em Aarhus em 25 de Junho de 1998, e aprovada para ratificação pela Assembleia da República em 2003⁵. Esta Convenção, não tendo ainda gerado qualquer intervenção adaptativa da parte do legislador nacional⁶, obriga, conjuntamente com a directiva 2003/4/CE, de 28 de Janeiro⁷ (que sucede à directiva 90/313/CEE, de 7 de Junho⁸), sobre direito à informação ambiental, a uma interpretação e aplicação cuidada das disposições da LADA referentes aos fundamentos de recusa de acesso à informação (3.). Concluiremos este breve périplo compaginando a decisão do Tribunal Constitucional com o quadro normativo apresentado, acentuando o dever de interpretação do direito ordinário conformemente à *Convenção de Aarhus* e ao Direito Comunitário (4.).

1. O direito de acesso à informação surge no artigo 268º/1 e 2 da Constituição de 1976, numa dupla dimensão: subjectiva, na medida em que a informação e o acesso às suas fontes são essenciais para que o cidadão compreenda o fundamento e o limite dos seus direitos em face dos poderes públicos (nº 1); objectiva, porquanto o controlo da transparência da decisão administrativa depende da possibilidade de os cidadãos se informarem e serem informados sobre os passos do *iter* procedimental (nº 2)⁹.

4 M. PRIEUR, *La Convention d’Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale*, in *RJE*, 1999 (nº especial), pp. 9 segs, 9.

5 Aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República 11/2003, publicada na 1ª série do *Diário da República*, de 25 de Fevereiro de 2003, pp. 1315 segs.

6 O direito à informação ambiental constava da versão inicial da LADA apenas por remissão, para a directiva 90/313/CEE, de 7 de Junho. Estabelecia então o artigo 22º (cuja epígrafe era *Informação ambiental*), numa minimalista e controversa interpretação do dever de transposição das directivas comunitárias (nomeadamente, no confronto com o dever de publicação das normas e diplomas vinculantes dos cidadãos em *Diário da República*, insito no artigo 119º da CRP — cfr. M. REBELO DE SOUSA, **A transposição das directivas comunitárias para a ordem jurídica nacional**, in *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, nºs 4/5, 1992, pp. 69 segs, 88, 89): “O acesso a documentos em matéria de ambiente efectiva-se, nos termos da presente lei, com o âmbito e alcance específicos decorrentes da Directiva nº 90/313/CEE, de 7 de Junho”.

O artigo 3º da Lei 94/99, de 16 de Julho, revogou esta disposição, desafectando a informação ambiental, em razão do seu objecto específico — e pressentindo, certamente, o défice de densificação da norma comunitária —, projectando, assim, para um futuro próximo a adopção de um diploma autónomo sobre o exercício daquele direito. Esta obrigação só parece ter sido tomada a sério com a aprovação da nova directiva 2003/4/CE, de 28 de Janeiro, cujo prazo de transposição, entretanto, já se esgotou (em 14 de Fevereiro de 2005...).

Recentissimamente, a Lei 19/2006, de 12 de Junho, veio transpor para a ordem jurídica interna a directiva 2003/4/CE, criando um regime especial para o acesso à informação, destacado da Lei 65/93 (ficando esta parcialmente revogada, conforme dispõe o artigo 20º). “Esta opção fundamenta-se no facto de o regime do acesso à informação sobre ambiente ser mais abrangente e permissivo que o regime geral de acesso aos documentos administrativos”, esclarecia a exposição de motivos da proposta de lei nº 21/X (gentilmente facultada pelo Dr. Pedro Delgado Alves).

7 Sobre esta directiva, ENZO PELOSI, **Rafforzamento dell’accesso all’informazione ambientale alla luce della direttiva 2003/4/CE**, in *RGA*, 2004/1, pp. 23 segs, *passim*.

8 Sobre esta directiva, L. KRÄMER, **La directive 90/313/CEE sur l’accès à l’information en matière d’environnement: genèse et perspectives d’application**, in *RMCUE*, nº 353, 1991, pp. 866 segs.

9 Como refere J. M. SÉRVULO CORREIA, os nºs 1 e 2 do artigo 268º da CRP são manifestações de uma mesma realidade: o princípio da publicidade ou transparência da Administração. No entanto, algo

Nesta segunda vertente, que de alguma forma faz eco do disposto na já longínqua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789¹⁰, o acesso à informação não só representa uma inversão da lógica de segredo tradicionalmente associada ao funcionamento da máquina administrativa, como e sobretudo, acresce à legitimidade da decisão por força da potencial abertura a um contraditório público. A partilha do “poder” que está associado à posse da informação representa, assim, um estágio de evolução superior do Estado de Direito, provando que há democracia para além do sufrágio¹¹.

Se a sustentabilidade da democracia depende do nível de informação dos cidadãos (e da capacidade de a apreender e analisar criticamente), a sustentabilidade ambiental tem com o acesso à informação uma ligação estrutural. O ambiente enquanto valor de interesse público e colectivo induz a solidariedade entre os membros da comunidade no sentido da prevenção de condutas lesivas de bens essencialmente frágeis e fundamentais ao equilíbrio do ecossistema global. Nas palavras de PRIEUR, “porque o ambiente respeita a todos, quando se trata de partilhar os recursos naturais comuns, a sua gestão deve ser realizada por todos. A democratização da gestão dos bens comuns é inerente à qualidade generalizada de tais bens”¹². Quanto maior a difusão das qualidades do bem se revele, maior deve ser o empenhamento colectivo na sua preservação.

A protecção ambiental enquanto tarefa partilhada entre entidades públicas e privadas traduz-se, do ponto de vista do sujeito, numa dimensão impositiva (o dever de proteger o ambiente) e em dimensões procedimentais e processuais¹³. O interesse de facto de fruição de bens colectivos, para além de um *status fruendi*, que obedece a regras de gestão racional, é também um *status activae processualis*¹⁴, indutor da sensibilização para a necessidade de um esforço solidário no sentido da preservação dos bens ambientais. Porque o imperativo de protecção do ambiente investe cada

os distingue: o direito à informação dos interessados insere-se num quadro subjectivo e cronológico de um procedimento concreto; o direito de acesso à documentação administrativa existe independentemente de qualquer procedimento administrativo. Esta diferença está bem patente na sistemática da lei procedimental (=CPA), traduzindo-se o n.º 1 do artigo 268.º da CRP nos artigos 61.º a 64.º do CPA, e o n.º 2 do artigo 268.º no artigo 65.º do CPA — **O direito à informação e os direitos de participação dos particulares no procedimento e, em especial, na formação da decisão administrativa**, in *Legislação. Cadernos de Ciência de Legislação*, n.ºs 9/10, 1994, pp. 133 segs, 134 segs.

10 O artigo 5 da Declaração reconhecia à sociedade em geral o direito a pedir contas às entidades públicas dos actos praticados no desempenho das suas funções. M. PRIEUR [**Aspects généraux du droit à l'information sur l'environnement**, in *O direito do cidadão à informação sobre ambiente*., *Seminário Internacional*, Instituto Nacional do Ambiente, s/local, s/data (mas de 1992), pp. 29 segs, 29] vê nesta norma um antecedente remoto e implícito do moderno direito à informação.

11 Este amadurecimento da ideia de que a democracia se realiza através do procedimento, gerando um *status activae civitatis* (na terminologia de Jellinek), explica, porventura, a ausência do direito à informação das anteriores leis constitucionais portuguesas e mesmo do texto de 1976, relativamente ao n.º 2 do artigo 268.º (introduzido na revisão constitucional de 1989). Sobre a superação, na década de 1970, do modelo da “Administração fechada”, FERNANDO CONDESSO, **Direito à informação administrativa**, Lisboa, 1995, pp. 14, 15.

12 M. PRIEUR, **La Convention d'Aarhus...**, *cit.*, p. 9.

13 V. os nossos **A ecologização da justiça administrativa: brevíssima nota sobre a alínea I) do n.º 1 do artigo 4.º do ETAF**, in *Textos dispersos de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2005, pp. 249 segs, 261, 262; **O direito ao ambiente no Brasil: um olhar português**, in *Textos...*, *cit.*, pp. 271 segs, 282 segs; **As operações materiais administrativas e o Direito do Ambiente**, 2.ª ed., Lisboa, 2005, pp. 18 segs.

14 Apelando à qualificação de JORGE MIRANDA, **Manual de Direito Constitucional**, 3.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 93, 94

indivíduo na dupla qualidade de credor e devedor¹⁵: é um dever de cada pessoa, cujo cumprimento reverte, quer a favor de si própria, quer a favor dos restantes membros da comunidade, existentes e futuros. O interesse na preservação e promoção da qualidade dos bens ambientais pressupõe uma certa concepção de vida em comunidade, ou seja, é um interesse de realização comunitária, solidária¹⁶, assente numa cidadania activamente empenhada no respeito e promoção da causa ecológica — uma *ecocidadania*.

A propósito do envolvimento do público na tomada de decisões com incidência ambiental, resume SCOVAZZI no sentido de que “o conceito de participação do público comporta alguns elementos substanciais irrenunciáveis: que o público conheça os dados da situação (direito à informação); que possa exprimir a sua opinião (direito a ser ouvido); que tal opinião seja tida em consideração pelo órgão decisor (direito a ser tido em consideração); que o público conheça o teor da decisão e os motivos que a determinaram (uma vez mais, direito à informação)”¹⁷. O acesso à informação ambiental assume, por si só, uma dimensão de *participação política*, que se traduz num simples desejo de estar informado sobre as intervenções, públicas e privadas, em bens de fruição colectiva. Depois, poderá revelar uma feição *pedagógica*, dotando o indivíduo do conhecimento essencial à determinação da sua interacção, nos planos pessoal e profissional, com o ambiente. Finalmente, descortina-se ainda uma vertente *instrumental* do direito à informação ambiental, no seu entrelaçamento com o direito à participação na tomada de decisões com incidência ambiental.

Enfim, o direito à informação reveste inegável substantividade¹⁸, constituindo uma forma de envolver o cidadão na cadeia de solidariedade intra e intergeracional. Incidindo sobre bens de qualidades difusas, imateriais, individualmente inapropriáveis, o direito de acesso à informação provoca um *magnetismo* especial sobre a tutela ambiental, gerando e alimentando um sentimento de responsabilidade partilhada, que se desenvolve, quer a montante de procedimentos autorizativos (v.g., consulta pública no âmbito da avaliação de impacto ambiental — artigos 14º e 15º do DL 69/2000, de 3 de Maio; divulgação dos elementos do pedido de licença ambiental — artigo 24º do DL 194/2000, de 21 de Agosto), quer a jusante (v.g., publicitação periódica dos relatórios de monitorização, no âmbito da pós-avaliação — artigo 23º/3 do DL 69/2000; disponibilização da decisão e seus fundamentos, das renovações e das monitorizações de emissões previstas na licença ambiental — artigo 25º do DL 194/2000).

Assim, e ainda que o direito à informação ambiental não esteja expressamente consagrado na Constituição, podemos subscrever a afirmação de JORGE MIRANDA, quando filia este direito nos artigos 20º/2, 37º, 48º, 268º/1 e 2 da CRP, interpretados no

15 J. SYMONIDES, **The human right to a clean, balanced and protected environment**, in *Diritti dell'uomo e ambiente. La partecipazione dei cittadini alle decisioni sulla tutela dell'ambiente*, a cura di Teresa Tonchia, Pádua, 1990, pp. 239 segs, 246.

16 Neste sentido, KAREL VASAK, **Le droit international des droits de l'homme**, in *RCADI*, 1974/IV, pp. 333 segs, 344; G. HANDL, **Human rights and protection of the environment: a mildly «revisionist» view**, in *Derechos humanos, desarrollo sustentable y medio ambiente*, Brasília, 1992, pp. 117 segs, 133.

17 T. SCOVAZZI, **La partecipazione del pubblico alle decisioni sui progetti che incidono sull'ambiente**, in *RGA*, 1989/3, pp. 485 segs, 487.

18 Apontando para a autonomia do direito à informação perante o direito de participação procedimental, J. M. SÉRVULO CORREIA, **O direito dos interessados...**, cit., p. 8; RAQUEL CARVALHO, **O direito à informação administrativa procedimental**, Porto, 1999, pp. 167 segs.

contexto da tarefa de protecção ambiental em que o Estado se encontra investido, nos termos dos artigos 9º/d) e 66º/2 da CRP¹⁹.

2. A Comunidade Europeia despertou para a necessidade de consagração formal de um direito à informação ambiental em 1990, através da directiva do Conselho 90/313/CEE, de 7 de Junho²⁰. Não pode ignorar-se a importância que a aprovação da primeira directiva sobre a avaliação de impacto ambiental (directiva 85/337/CEE, de 27 de Junho) terá tido na consciencialização do acesso à informação como instrumento essencial da participação pública e do incremento da vigilância partilhada da qualidade ambiental. Nem tão-pouco deve esquecer-se a projecção da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que, apesar de não ter a seu cargo a protecção do ambiente (a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não o acolhe no seu enunciado), proferiu em 1990 duas importantes decisões nas quais, através da tutela da personalidade e apelando ao artigo 8 (direitos à inviolabilidade do domicílio e à privacidade), se alcançava uma tutela mediata do ecossistema²¹. A doutrina viu nesta jurisprudência uma forma de sustentar, através da ligação ao artigo 10 da Convenção (liberdade de informar e de ser informado), um verdadeiro direito de acesso à informação ambiental a que corresponde um dever estadual de a publicitar²², sempre que a informação tenha relevância generalizada ou para um grupo numeroso de pessoas — características que a informação ambiental reveste²³.

Nenhum dos quadros assume, no entanto, o direito à informação como um direito absoluto. A directiva 90/313/CEE, embora estatua que "(...) os Estados-membros assegurarão que as autoridades públicas dêem acesso a informações relacionadas com

19 JORGE MIRANDA, **O direito fundamental à informação no domínio do ambiente**, in *O direito do cidadão à informação sobre ambiente*, Seminário Internacional, Instituto Nacional do Ambiente, s/local, s/data (mas de 1992), pp. 47 segs, 50, 51.

20 Na verdade, já a decisão do Conselho 76/161/CEE, de 8 de Dezembro, estabelecia um procedimento comum para a recolha e actualização de dados informativos ambientais no espaço comunitário. Esta iniciativa, que passava basicamente pela avaliação do estado dos centros de informação ambiental nos Estados-membros, teve uma sequência revolucionária no Programa CORINE, lançado pela decisão do Conselho 85/338, de 27 de Junho. Este ambicioso programa visou levar a cabo uma recolha sistemática de informação junto dos Estados-membros, implementando o seu tratamento centralizado por organismos comunitários, de forma a "aplicar as políticas de meio ambiente nos diversos níveis comunitário, nacional e regional, bem assim como para informar a opinião pública", como se lia no Ponto III A — cfr. A. M. MORENO MOLINA, **Puesta en funcionamiento del Derecho comunitario del medioambiente. Acceso a la información. Acceso a la justicia**, in *Derecho Ambiental de la Unión europea*, Madrid, coord. de J. Picon Risquez, 1996, pp. 141 segs, 152 segs.

21 *Casos Powell and Rayner* (sobre poluição sonora provocada pelos aviões do aeroporto de Heathrow), de 21 de Fevereiro de 1990, e *Nuclear Plant* (emissões poluentes materializadas em ruídos, iluminação, riscos de fuga e alterações no microclima em virtude da proximidade de uma central nuclear), de 17 de Maio de 1990. Mais recentemente, o Tribunal Europeu voltou a aliar ambiente, saúde e informação sob a égide do artigo 8, no *Caso Guerra*. Cfr. S. MALJEAN-DUBOIS, **La Convention Européenne des Droits de l'Homme et le droit à l'information en matière d'environnement. A propos de l'arrêt rendu par la CEDH le 19 février 1998 en l'affaire Anna Maria Guerra et 39 autres c. Italie**, in *RGDIP*, 1998/4, pp. 995 segs.

22 Chamando a atenção para o desdobramento da questão da informação ambiental em duas vertentes, pretensiva e impositiva, M. PRIEUR, em 1992, sublinhava a importância dos deveres de informação que impendem sobre Estado e agentes económicos por força de vários instrumentos internacionais, nomeadamente no âmbito do combate à poluição provocada por navios (na Convenção de Montego Bay, artigos 119º/2, 200º, 220º/3 e 5) ou catástrofes naturais [Resolução 2816 (XXVI) da AG da ONU de 14 de Dezembro de 1971] — **Aspects généraux...**, *cit.*, pp. 32, 33.

23 S. WEBER, **Environmental information and the European Convention of Human Rights**, in *HRLJ*, 1991/5, pp. 177 segs, 182 (o Autor propõe, no entanto, o aditamento formal deste direito à Convenção, como forma de clarificação — p. 185). Mais recentemente, G. MONÉDIAIRE, **Les droits à l'information et à la participation du public auprès de l'Union Européenne (1ère partie)**, in *REDE*, 1999/2, pp. 129 segs, 146 segs.

o ambiente a qualquer pessoa, singular ou colectiva que o solicite, sem que tenha de provar ter um interesse na questão" (artigo 3/1, §1º), enuncia vários fundamentos de restrição ao exercício deste direito, no nº 2, desde a confidencialidade de diligências de autoridades públicas, passando pela confidencialidade comercial e industrial, até à nocividade da difusão da informação para o próprio ambiente, entre outros. A Convenção Europeia, por seu turno, no artigo 10 citado, sujeita a concessão de determinadas informações a um *balancing process* dos interesses envolvidos. Ambos os instrumentos reflectem o melindre que a publicitação de alguma informação pode implicar. Mas ambos adoptam o princípio da proporcionalidade — indutor de uma ponderação casuística — de forma mais ou menos explícita, como método de controlo da restrição imposta²⁴.

Com a criação da Agência Europeia para o Ambiente (pelo regulamento 1210/90, de 7 de Maio), com atribuições na área da recolha e tratamento de informação, no sentido de assegurar a comparabilidade dos dados ambientais no plano europeu e processá-la sistematicamente em estudos, de forma a promover a adopção de políticas eminentemente preventivas, quer no âmbito comunitário, quer no plano internacional²⁵ — cfr. o artigo 2º do regulamento citado —, a Comunidade dotou-se de uma estrutura permanente e centralizada de tratamento e difusão de informação ambiental²⁶.

O direito à informação como componente de um *status activae processualis* ambiental revela-se também de forma particularmente clara no princípio 10 da Declaração do Rio²⁷, de 1992, completado pelo Capítulo 40 da Agenda 21²⁸. Ficava demonstrada à sociedade a *relevância estratégica* do direito à informação como motor de uma nova atitude na "era ecológica"²⁹, bem como a sua importância no desenvolvimento de uma pedagogia ambiental. Passar do texto à prática, contudo, revelou-se difícil, em face da diversidade de modelos adoptados pelos Estados³⁰, *maxime* de Estados do Leste da Europa, não ainda totalmente livres de influências autoritárias e a dar os primeiros passos no sentido da democratização, ou de Estados para os quais a tutela

24 A directiva perpassa o crivo da proporcionalidade no §2º do nº 2 do artigo 3, onde prevê que "As informações na posse de autoridade pública serão objecto de uma comunicação parcial, sempre que for possível apartar a informação sobre questões relacionadas com os interesses acima referidos".

25 A Agência situa-se, destarte, na linha de continuidade do programa CORINE — A. M. MORENO MOLINA, **Puesta en funcionamiento...**, *cit.*, p. 153.

26 A actuação da Agência revelou-se de algum modo decepcionante na densificação do direito à informação ambiental no seio das instituições comunitárias, amputando assim bastante o âmbito da cidadania europeia criada em 1992 com o Tratado de Maastricht. Com efeito, numa decisão de 21 de Março de 1997, a Agência estabeleceu os contornos do direito de acesso à informação por si coligida por parte dos cidadãos europeus, denotando um retrocesso quando compaginada com a directiva 90/313/CEE — nomeadamente, nada dispunha quanto à possibilidade de comunicação parcial de documentos em caso de oposição de fundamento de recusa de comunicação, nem quanto à recusa para salvaguarda do ambiente. Cfr. G. MONÉDIAIRE, **Les droits...**, *cit.*, pp. 144, 145.

27 O princípio 19 da Declaração de Estocolmo (1972) apelava à educação ambiental e à contenção dos media no sentido de se absterem de fomentar comportamentos lesivos do ambiente, sem se reportar, contudo, ao direito à informação.

28 Uma análise mais detalhada do contexto internacional pode ver-se em M. PRIEUR, **La Convention d'Aarhus...**, *cit.*, pp. 17 segs.

29 A. KISS, **Direito Internacional do Ambiente**, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 147 segs, 147.

30 Alguns exemplos das disparidades inicialmente registadas, mesmo ao nível dos Estados-membros da Comunidade Europeia, foram recensados por P. KROMAREK, **Les limites de l'accès à l'information en matière d'environnement**, in *O direito do cidadão à informação sobre ambiente.*, *Seminário Internacional*, Instituto Nacional do Ambiente, s/local, s/data (mas de 1992), pp. 65 segs, 75 segs.

ambiental ainda se não tornara, pelas piores razões (as involuntárias), uma prioridade. Era necessário avançar no sentido da maior adstringência das obrigações assumidas.

Na Conferência de Sofia, realizada entre 23 e 26 de Outubro de 1995, reuniram-se os Ministros do Ambiente de cinquenta e cinco países europeus, passando a escrito um conjunto de directrizes sobre o direito à participação pública em matéria ambiental e todas as faculdades inerentes, a montante (informação), e a jusante (acesso à justiça). Desse documento, ainda não vinculante, saiu um apelo para que os Estados se determinassem a tornar estes direitos uma realidade. Este alerta foi tomado a sério, traduzindo-se num intenso processo diplomático entre 1996 e 1998, que integrou Estados e Organizações não governamentais. Deste esforço resultou a Convenção de Aarhus, assinada em 25 de Junho de 1998 por trinta e cinco Estados e pela União Europeia. Aberto à assinatura de todos os Estados membros da Organização das Nações Unidas, surgiu assim o primeiro “instrumento universal de democratização das decisões sobre o ambiente”³¹.

3. A Convenção de Aarhus visa harmonizar os pressupostos de exercício de três direitos: o direito de acesso à informação ambiental (artigos 4º e 5º), o direito de participação em procedimentos tendentes à aprovação de actividades específicas (artigo 6º) e de planos, programas e políticas em matéria de ambiente (artigos 7º e 8º), e o direito de acesso à justiça (artigo 9º)³². No contexto desta anotação, vamos restringir-nos à análise do artigo 4º³³, que passamos a transcrever:

“1. Cada Parte, de acordo com o disposto nos parágrafos seguintes deste artigo, assegurará que as autoridades públicas, em resposta a um pedido de informação relativa ao ambiente, põem à disposição do público esta informação, de acordo com a legislação nacional aplicável, incluindo, quando solicitado e nos termos do subparágrafo (b) deste artigo, cópia da documentação actualizada contendo e abrangendo tal informação:

a) Sem que tenha de provar ter um interesse na questão;

b) Sob a forma requerida, excepto:

i.) Quando seja razoável para autoridade pública disponibilizar a informação de forma diferente, indicando, nesse caso, as razões dessa forma de disponibilização; ou

ii.) Quando as informações em causa tenham já sido divulgadas ou tornadas públicas de outra forma.

2. A informação em matéria de ambiente referida no parágrafo do presente

31 M. PRIEUR, *La Convention d'Aarhus...*, cit., p. 20.

32 Sobre a Convenção de Aarhus, vejam-se M. PRIEUR, *La Convention d'Aarhus...*, cit., pp. 20 segs; G. MONÉDIAIRE, *Les droits...*, cit., pp. 149 segs; K. BRADY, *New Convention on access to information and public participation in environmental matters*, in *Environmental Policy & Law*, 1998/2, pp. 69 segs, *passim*.

33 O artigo 5º tem por epígrafe *Difusão e recolha de informação em matéria de ambiente*. Não é, por conseguinte, alheio à problemática que estamos a focar. No entanto, o seu carácter organizativo e objectivo, mais virado para o tratamento e disponibilização da informação ambiental enquanto tarefa pública, levam-nos a excluí-lo da nossa análise.

artigo será posta à disposição do público logo que possível e o mais tardar um mês após a apresentação do pedido, excepto quando o volume e a complexidade da informação solicitada justifiquem um alargamento deste prazo, que poderá ser prorrogado até um máximo de dois meses. O interessado será informado de qualquer prolongamento do prazo e das razões que o fundamentam.

3. O pedido de informação em matéria de ambiente pode ser recusado se:

- a) A autoridade pública a quem foi apresentado não detiver essa informação;
- b) O pedido carecer de razoabilidade ou tiver sido formulado de modo demasiado vago; ou
- c) O pedido envolver matéria constante de documentos inacabados ou comunicações internas de autoridades públicas, desde que tais excepções estejam previstas na legislação nacional aplicável ou no costume, tendo em atenção o interesse que a divulgação dessa informação possa revestir para o público.

4. Um pedido de acesso à informação em matéria de ambiente pode ser recusado se a sua divulgação prejudicar:

- a) A confidencialidade das deliberações das autoridades públicas, quando esta confidencialidade se encontre prevista na legislação nacional aplicável;
- b) As relações internacionais, a defesa nacional ou a segurança pública;
- c) O curso da justiça, o direito de qualquer pessoa a um julgamento justo ou a capacidade de uma autoridade pública para efectuar uma investigação de natureza criminal ou disciplinar;
- d) O segredo comercial ou industrial quando protegidos por lei para defesa de um interesse económico legítimo. Neste contexto, devem ser divulgadas as informações sobre emissões que sejam relevantes para a protecção do ambiente;
- e) Os direitos de propriedade intelectual;
- f) A confidencialidade de dados e/ou registos pessoais que se refira a pessoa física quando esta pessoa não tiver autorizado a sua divulgação pública, desde que o carácter confidencial deste tipo de informação esteja previsto no ordenamento jurídico interno;
- g) Os interesses de terceiros que forneceram a informação solicitada sem que a tal estivessem legalmente obrigados ou sem que estejam ou possam estar juridicamente obrigados a fazê-lo, e quando estes não consentam na divulgação dessa informação; ou
- h) O ambiente a que se refere a informação, como as zonas de reprodução de espécies raras.

Os fundamentos para recusa acima mencionados devem ser interpretados de forma restritiva, tendo em consideração o interesse que a divulgação da informação representa para o público, bem como se a informação solicitada se relaciona ou não com emissões para o ambiente.

5. Quando uma autoridade pública não esteja na posse da informação em matéria de ambiente solicitada, deverá, o mais rapidamente possível, informar o interessado da autoridade pública à qual este pode solicitar a informação desejada ou transmitir o pedido para essa autoridade pública e informar desse facto o interessado.

6. Cada Parte assegurará que, sempre que seja possível expurgar a informação sobre ambiente sem comprometer o carácter confidencial da informação que, em virtude da alínea c) dos parágrafos 3. e 4. esteja isenta de divulgação, as autoridades públicas disponibilizarão a informação sobre ambiente solicitada.

7. A recusa a um pedido de informação é feita por escrito se o pedido tiver sido feito por escrito ou quando tal seja solicitado pelo interessado. O indeferimento indica as razões da recusa e presta as informações sobre o acesso ao processo de revisão de acordo com o previsto no artigo 9º. O indeferimento será feito o mais rapidamente possível e no prazo máximo de um mês, excepto quando a complexidade da informação justifique o alargamento deste prazo até dois meses após o pedido. O interessado será informado deste alargamento de prazo e das razões que o justificam.

8. Cada Parte pode autorizar as autoridades públicas a cobrar o fornecimento de informação, mas o pagamento não pode ser superior a um custo razoável. As autoridades públicas que pretendam cobrar o fornecimento das informações devem disponibilizar ao interessado a tabela de preços a aplicar, indicando as circunstâncias em que estes podem ser cobrados, as situações de isenção, bem como os casos em que o fornecimento de informação está condicionado ao pagamento adiantado”.

A ratificação da Convenção de Aarhus não envolveria para o legislador nacional, à primeira vista, grande esforço compatibilizador do Direito nacional com as suas disposições. Com efeito, como a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos reconheceu no seu parecer de 12 de Janeiro de 2005³⁴, o quadro normativo português é genericamente conforme à Convenção, revelando-se até, pontualmente, mais generoso do que ela — v.g., no que toca ao artigo 4º, relativamente ao prazo de resposta, que o artigo 15º/1 da LADA fixa em apenas 10 dias³⁵ (salvo, presume-se, se for pedido parecer à Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, nos termos do artigo 15º/3³⁶).

34 A Comissão concluiu que “A implementação da Convenção de Aarhus em Portugal implica a introdução de algumas alterações à LADA, relacionadas com os sujeitos passivos do direito de acesso e com a divulgação da informação”

35 Refira-se, aliás, que o prazo de um/dois meses previsto na Convenção foi muito contestado durante o período negocial, tendo sido por muitos considerado como excessivamente longo (indo mesmo contra a directiva da Declaração de Sofia, que o fixava “o mais rápido possível e no máximo até seis semanas” — KATY BRADY, **New Convention...**, cit., p. 70).

36 A lei não define o prazo dado à Comissão para se pronunciar. Poderia recorrer-se ao artigo 71º/1

De estranhar é, contudo, na LADA, a ausência de referência à ponderação de interesses eventualmente subjacente a um pedido de acesso a documentação administrativa sobre o qual recaia uma restrição fundamentada (por exemplo, documentos cuja divulgação ponha em causa a segurança interna, o segredo de justiça, o direito à reserva da vida privada, os segredos comerciais ou industriais — artigos 5º, 6º, 8º e 10º da LADA). É um facto que o artigo 7º/6 tem ínsita uma preocupação de equilíbrio, de proibição do excesso, quando estatui sobre a possibilidade de comunicação parcial “sempre que seja possível expurgar a informação relativa a matéria reservada” (na linha do artigo 3/2, §2º da directiva 90/313/CEE, e do artigo 4/4 da directiva 2003/04/CE, que revogou a primeira). E não é menos verdade que a existência de uma Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos com competências ao nível da qualificação da natureza dos dados e do levantamento de restrições à sua revelação (artigo 15º/3 da LADA) indicia, da parte do legislador, uma intenção de suavização dos fundamentos da restrição à liberdade de acesso à informação, indo de encontro ao critério estatuído no artigo 18º/2 e 3 da CRP.

Certo é que a LADA não contempla disposição similar ao §2º do nº 4 do artigo 4º da Convenção de Aarhus, nem ao §2º do nº 2 do artigo 4º da directiva 2003/04/CE³⁷, que apontam para o *carácter restritivo* da interpretação subjacente às decisões de recusa³⁸, em atenção à prevalência do interesse de revelação de informações tendentes à evitação de danos ambientais. Em contrapartida, a proposta de lei nº 21/X, que visa transpor a directiva 2003/4/CE, já apresentada à Assembleia da República, acolhe claramente este princípio³⁹.

Uma outra nota negativa no que tange à *fuga* ao parâmetro de proporcionalidade surge do confronto entre o artigo 4º/3, alínea c) da Convenção, e o artigo 4º/2/b) da LADA, que retira todos os documentos preparatórios do Conselho de Ministros e de Secretários de Estado do âmbito da “documentação administrativa”. Como sublinha G. MONÉDAIRE, os documentos preparatórios de decisões, políticas e/ou administrativas, adquirem o mais elevado interesse para a reconstrução do *iter* decisório e a Convenção, ao sujeitar a oposição à sua divulgação a uma *dupla condição*⁴⁰ (estar previsto em

do CPA, que fixa em 10 dias o prazo para a prática de actos endoprocedimentais, salvo lei especial ou determinação diversa da Administração. Parece-nos, no entanto, que a analogia deve realizar-se por apelo à própria LADA, nomeadamente ao artigo 16º/2, que concede à Comissão o prazo de 30 dias para responder a queixas dos cidadãos a quem tenha sido alegadamente vedado o acesso à informação de forma ilegítima, em relatório fundamentado.

37 A directiva foi aqui — como noutros pontos — directamente conformada pela Convenção de Aarhus, naquilo que E. PELOSI considera uma “interessantíssima inovação” — **Rafforzamento...**, *cit.*, p. 29.

38 Muito embora, conforme ressalta o Juiz Conselheiro Mário Torres na sua Declaração de Voto (§4º), tal ausência não tenha impressionado, nem os tribunais administrativos, nem o Tribunal Constitucional (em decisões anteriores) que, apelando a um princípio de equilíbrio perante a colisão de direitos, obtemperaram no sentido de que “A aferição da confidencialidade dos documentos a que o particular pretende aceder deve ser feita em relação a cada tipo de documento em concreto e não, em geral, a todos os documentos que acompanham o processo (...)”.

39 *Vide supra*, nota 5. O artigo 11º da Lei 19/2006 (cuja epígrafe é “Indeferimento do pedido de acesso à informação”), dispõe que sempre que o pedido de informação incida sobre emissões para o ambiente, esse interesse se sobrepõe à confidencialidade: da informação detida por entidades públicas; das informações comerciais ou industriais, da confidencialidade estatística e do sigilo fiscal; dos interesses de quem tenha fornecido voluntariamente a informação; e da protecção de espécies protegidas (nestes dois últimos pontos, o legislador português foi mais longe que a Convenção de Aarhus) — nº 7. No nº 8 consagra o princípio da interpretação restritiva dos fundamentos de recusa e no artigo 12º afirma o princípio do indeferimento parcial sempre que possível.

40 G. MONÉDAIRE, **Les droits...**, *cit.*, p. 151.

lei/costume; depois de sopesado o interesse geral na sua publicitação), aponta para uma avaliação *in concreto* dos termos da recusa. Ora, a LADA furta-se subtilmente a esta norma, subtraindo os documentos preparatórios de carácter não exclusivamente administrativo ao lote de documentação passível de acesso público. Ou seja, previne qualquer ponderação por força da *desqualificação* do documento.

Finalmente, o artigo 10º/1 da LADA, numa interpretação conforme à Convenção, há-de significar que os documentos abrangidos pelo segredo só podem ser considerados absolutamente confidenciais após uma ponderação casuística da efectiva necessidade do segredo para a salvaguarda de um interesse económico legítimo — o que aponta para um imperativo de divulgação parcial, em tudo o que não ponha em causa tal segredo. E mais: a Convenção determina, sem margem para dúvidas, que toda a informação relativa a emissões poluentes — ainda que isenta da revelação de processos de fabrico — é de divulgação obrigatória [cfr. a alínea d) do nº 4 do artigo 4º]. Esta disposição dita uma inquestionável prevalência do valor da protecção da saúde (e do ambiente) em face dos segredos industrial e comercial⁴¹.

5. Por tudo o que antecede e que acresce às certas considerações do Juiz Conselheiro Mário Torres na sua Declaração de Voto, julgamos que o Tribunal Constitucional prestou um mau serviço à causa do ambiente e ao desejável desenvolvimento de uma *ecocidadania*, que no nosso país fica, salvo raras e meritorias excepções, “delegada” nas Organizações não governamentais do ambiente e no Ministério Público⁴². E nem se pretenda entrever nestas palavras uma qualquer afirmação de fundamentalismo ecológico, uma vez que a desadequação da decisão do Tribunal Constitucional — na medida em que recusa a aplicação do método da proporcionalidade e independentemente do resultado concreto (nomeadamente, para as pretensões da Quercus) que uma eventual selecção de documentos pudesse surtir — fica bem patente:

i.) no afastamento do critério do artigo 18º/2 e 3 da CRP, que o vinculava em primeira linha, no que representa uma subtracção inexplicável à metodologia de ponderação que o conflito de interesses demandava;

ii.) na indiferença perante o efeito conformativo da Convenção de Aarhus, cuja precisão regulativa (do artigo 4º) obrigaria a uma interpretação das normas de direito nacional conforme ao seu conteúdo, de acordo com os artigos 8º/2 da CRP e 70º/1/i) da LOTC⁴³;

41 A redacção da alínea d) foi muito contestada nas negociações da Convenção. Entre os opositores a esta restrição do segredo industrial esteve Portugal — KATY BRADY, **New Convention...**, *cit.*, p. 70 e nota 9 (p. 74).

42 Chamando a atenção para este défice de envolvimento nas questões da protecção ambiental em Portugal e para o relevo da actuação das ONGAs, V. PEREIRA DA SILVA, **The Aarhus Convention: A “bridge” to a better environment**, in *RJUA*, n.ºs 18/19, 2002, pp. 133 segs, 138.

43 A leitura conjugada destas disposições permite concluir, não só pela adstrição de Portugal aos compromissos internacionais que assume, como também pela necessidade de interpretar a legislação nacional de acordo com as disposições de instrumentos internacionais, desde que a sua densidade regulativa tanto consinta — a “contrariedade” a que se refere a alínea i) citada parece-nos suportar esta leitura (apesar de a LOTC apenas admitir a intervenção do Tribunal Constitucional em caso de desaplicação da norma nacional, criando uma situação de desarmonia contextual quiçá explicada pela atipicidade do tipo de controlo exercido. Como explica C. BLANCO DE MORAIS, estamos perante “uma questão de aplicação preferencial entre normas não necessariamente inválidas”, e não já no âmbito do apuramento da validade de uma norma — **Justiça Constitucional**, II, Coimbra, 2005, p. 647).

iii.) no desrespeito do princípio da interpretação conforme às directivas (nomeadamente, à directiva 2003/4/CE, de 28 de Janeiro) enquanto expressão do princípio da uniformidade de aplicação do Direito Comunitário, afirmado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no acórdão *Marleasing*⁴⁴, e suportado pelos artigos 7º/6 e 8º/3 da CRP.

Quer se encare na sua dimensão substantiva, quer se acentue a sua dimensão adjectiva, o direito à informação ambiental reforça a abordagem preventiva e solidária que nos deve merecer a problemática da preservação e promoção da qualidade dos bens ecológicos. Se o direito à informação, em geral, é uma vitória dos administrados frente ao secretismo administrativo, o direito à informação ambiental afigura-se ainda como um longo caminho a percorrer no sentido da interiorização da sua componente de (eco) cidadania. E esta decisão do Tribunal Constitucional deixa-lhe uma pedra no sapato.

44 Acórdão do TJCE de 13 de Novembro de 1990, Caso C-106/89, Col. 1990, I-4135 segs.

