



DIREITO DO AMBIENTE

Anotações Jurisprudenciais Dispersas

Carla Amado Gomes

DIREITO DO AMBIENTE

Anotações Jurisprudenciais Dispersas

Carla Amado Gomes

2013

Edição:

INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS

www.icjp.pt

Junho de 2013

ISBN: 978-989-97834-4-7



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

e-mail: icjp@fd.ul.pt

DIREITO DO AMBIENTE - ANOTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DISPERSAS

ÍNDICE

Nota de apresentação [ler o texto](#)

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 [ler o artigo](#)

Há mar e mar, há pescar e danificar, Anotação ao Acórdão do TCA-Sul, de 7 de Fevereiro de 2013 [ler o artigo](#)

Nem tudo o vento levou..., Anotação ao Acórdão do TCA-Sul, de 31 de Março de 2011 [ler o artigo](#)

And now, something completely different: a co-incineração nas malhas da precaução, Anotação ao Acórdão do TCA-Norte, de 29 de Março de 2007 [ler o artigo](#)

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 [ler o artigo](#)

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 [ler o artigo](#)

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 « cegonhas 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

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

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 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>

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

[Voltar ao início do texto](#)

[voltar ao índice](#)

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 (proc. 04613/08)

[Consultar aqui o acórdão*](#)

Diogo Calado,

com aditamentos de **Carla Amado Gomes****

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.

* Endereço completo do hyperlink:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/d6e763b2928fca4080257b2e00381cd0?OpenDocument&Highlight=0,04613%20>

** O texto que se segue constitui, na sua essência, um comentário ao acórdão do TCA-Sul elaborado pelo aluno Diogo Calado, como complemento de avaliação proposto por mim, enquanto regente da cadeira de Direito do Contencioso Administrativo e Tributário (4º ano-Noite), no ano lectivo de 2012/2013. O interesse e actualidade do aresto, bem como a qualidade da análise produzida, leva-me a promover a sua publicação, com pequenas correcções e alguns aditamentos mas respeitando integralmente o sentido e alcance da versão original redigida pelo Diogo.

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>

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, vindo 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 tentado 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 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

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

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>.

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 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 considerável 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

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.

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 residentes, 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.

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.

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 homogêneos*, 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 *residentes 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*.

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

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 493ª, 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 eletrocutamento 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 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

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.

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 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.

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

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

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

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, pórtico 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.

É fácil de admitir que a emissão de decisões em quadros de incerteza científica constitua 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.

[Voltar ao início do texto](#)

[voltar ao índice](#)

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 (proc. 05849/10)*

Consultar aqui o acórdão**

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?

Cumprе 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 28/5¹; 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

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

** Endereço completo do hiperlink :

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

¹ Em vigor à data dos factos, hoje revogada pela Lei 34/2006, de 28 de Julho.

como “indemnização 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 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 perdas² 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

² 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].

colectividade e degradar a natureza de bem metaindividual que a Constituição lhe consagra [embora não sem equívocos].³

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 LAP⁴, 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 previstas 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 qualificados⁵, 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 subjectivos⁶.

³ 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.

⁴ Cr. 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.

⁵ JOSE MANUEL SERVULO CORREIA, *Direito do Contencioso Administrativo*, I, Lisboa, 2005, pp. 649 e segs.

⁶ 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.

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 ecológica ⁷, e previne situações de dupla reparação, que configuram abuso

⁷ 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 *ERIK*A, 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

de direito ⁸. No entanto, as especialidades processuais de isenção de taxa de justiça e de custas, previstas no artigo 20º da LAP, podem empecilhar esta hipótese (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 LAP ⁹.

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 homogéneos (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 prolacção da famosa *decisão das cegonhas brancas de Coruche* ¹⁰, na qual se chegou a

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.

⁸ Sobre este ponto, veja-se CARLA AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, cit., pp. 193-194.

⁹ E não só: cfr. CARLA AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, cit., p. 221.

¹⁰ Sentença do Tribunal Judicial de Coruche de 23 de Fevereiro de 1990, proc. 278/89.

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 conservação favorável desses habitats ou espécies” (cfr. a disposição *supra* citada) ¹¹.

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

¹¹ 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 extracontratual 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.

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 ¹² 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 ¹³], 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 ¹⁴, 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 prescindida 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.

[Voltar ao início do texto](#)

[voltar ao índice](#)

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ CARLA AMADO GOMES, *Introdução ao Direito do Ambiente*, cit., p. 197.

Nem tudo o vento levou...*

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

Consultar aqui o acórdão**

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 eólicos¹⁵. 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 protegidas¹⁶.

Nos Estados Unidos da América, um estudo revelou que, para um universo de quinze mil aerogeradores se verifica uma mortalidade de 2,19

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

** Endereço completo do hiperlink :

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/f9660f7a3473654f8025786a0032ff17?OpenDocument&Highlight=0,06793>

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

aves/aerogerador/ano, ou seja, aproximadamente trinta mil indivíduos, entre os quais 448 aves de rapina¹⁷. 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 território¹⁸ – 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, 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, respectivamente¹⁹. Enfim, biólogos em geral e ornitólogos em especial convergem em que se trata de um domínio pouco estudado e que recomenda particulares cautelas²⁰.

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

¹⁷ 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>

¹⁸ 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>

¹⁹ P. TRAVASSOS *et alli*, **A energia eólica...**, *cit.*, p. 9.

²⁰ 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).

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 morcegos²¹.

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)²², 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 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

²¹ 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.

²² 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)].

(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 cautelar²³, 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 acto autorizativo) 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

²³ 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).

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 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 PTCON0045 - 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 judice* 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 biodiversidade²⁴. É certo que o PSRN2000 fala em *conciliar* e não em *proibir* —

²⁴ 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

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 compensação²⁵.

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 autorizativo²⁶, 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

“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. C-418/04 (*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).

²⁵ 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).

²⁶ 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

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 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...

[Voltar ao início do texto](#)

[voltar ao índice](#)

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 (proc. 085/04)*

Consultar aqui o acórdão**

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 hipotética¹ não lhe deveria merecer o aproveitamento do

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

** Endereço completo do hiperlink :

<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/9514d2c1f559546680256f94003b68cd?OpenDocument&Highlight=0,ac%C3%A7%C3%A3o,popular,2005>

¹ 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.

pedido de recurso sob um título de legitimidade diverso do invocado, dada a inexistência de interesse processual fosse de que tipo fosse².

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 Administrativo³ e perpetuada no nº 2 do artigo 55º do CPTA⁴ — 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 *desviant*e 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

² 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.

³ 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 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.

⁴ 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 reputem ilegais, facto que configura um outro tipo de “acção pública” desenvolvida por entidade diversa do MP, desta feita institucional.

que, motivados por uma vocação generosa, se lançam pelos caminhos, buscando remédios para todos os males do planeta”⁵.

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 local⁶. 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 outros⁷) prolongamento na legitimidade processual alargada.

Quando, em 1989, o nº 3 do artigo 52º da Constituição dá novo alento à figura da “acção popular”, apega-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)⁸ [al. b)] —

⁵ 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.

⁶ 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).

⁷ Pensamos, por exemplo, em formas de democracia participativa como o referendo local, o 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.

⁸ 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

ambos individualmente inapropriáveis, embora por razões diversas (os primeiros, por natureza; os segundos, por determinação legal)⁹. A “acção popular” criada pela Constituição é uma realidade fundamentalmente diversa daquela que resultava do artigo 822º 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 local¹⁰), 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

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.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

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)¹¹ — os cidadãos 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 activa¹² (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 sitos 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

¹¹ 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).

¹² A. ESTEVES DE OLIVEIRA e R. ESTEVES DE OLIVEIRA (**Código...**, cit., p. 162).

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)¹³, 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 colectivos¹⁴, mas tão-só às situações de defesa, por um ou mais “representantes”, de interesses individuais homogéneos. O regime das *class actions*, no qual esta disposição se inspira, não se confunde com o das *citizen suits*¹⁵.

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

¹³ 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.

¹⁴ Dubitativamente, quanto à aplicação deste critério, desde logo a cidadãos nacionais, A. ESTEVES DE OLIVEIRA e R. ESTEVES DE OLIVEIRA (**Código...**, cit., p. 157).

¹⁵ 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.

solução só pode, em coerência, ser acompanhada da correspectiva legitimidade processual para defesa do bom sucesso de tal pretensão¹⁶. 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 enferma¹⁷ — da LPPAP. O ambiente, a saúde pública, a qualidade do consumo, o correcto

¹⁶ 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.

¹⁷ Já assim o afirmávamos no nosso **Contributo para o estudo das operações materiais administrativas e do seu controlo jurisdicional**, 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 homogéneos, 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).

ordenamento do território, a equilibrada ocupação 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 inflingidas¹⁸.

Claro que, chegados a este ponto, haverá quem reflecta 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)¹⁹.

Pois bem, a isto respondemos com uma banalidade: o mais seguro *filtro* destas actuações processuais será o puro e simples bom senso²⁰. É pouco

¹⁸ 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.

¹⁹ 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).

²⁰ 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 ALMEIRA e C. FERNANDES CADILHA, **Comentário ao Código de processo**

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 desassombrada.

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?

[Voltar ao início do texto](#)

[voltar ao índice](#)

nos tribunais administrativos, Coimbra, 2005, p. 66; L. SOUSA FÁBRICA, **A acção popular já não é o que era, Anotação aos Acórdãos 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.

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

Anotação ao Acórdão do TCANorte, de 29 de Março de 2007, proc. 758/06.3BECBR*

[Consultar aqui o acórdão**](#)

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 Assembleia¹, 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.

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

** Endereço completo do hiperlink :

<http://www.dgsi.pt/jtcn.nsf/89d1c0288c2dd49c802575c8003279c7/70b607f780623874802572ae004a51b9?OpenDocument&Highlight=0,co-incinera%C3%A7%C3%A3o>

¹ 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

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 adequadas (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 feitio. Em cada proclamação do “princípio da precaução”, a deriva significante 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 sanitária².

² 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-YPQQ1FFa3CS1p3T1EyUEQyODQ/edit?usp=sharing>

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 risco³.

³ 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 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.

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*⁴. 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

⁴ 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 idênticamente apoiadas em informações científicas, é o Caso Pfizer Animal Health (Acórdão do TPI de 11 de Setembro de 2002, Proc. T-13/99).

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 saúde pública e/ou para o ambiente⁵. 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.

Cumprir 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

⁵ 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.

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 CEDH⁶, 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 diabolica 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 privada⁷.

Subscrevemos, assim, inteiramente a crítica de BARTON a esta extensão desmesurada da medida de prova⁸. 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

⁶ 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.

⁷ 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 toute 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.

⁸ 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.

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 CIMPOR 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.

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.

[Voltar ao início do texto](#)

[voltar ao índice](#)

A caminho de uma ecocidadania: notas sobre o direito à informação ambiental. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 136/05*

[Consulte aqui o acórdão**](#)

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 LPTA¹ (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

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

** Endereço completo do hiperlink :

<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20050136.html>

¹ 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, **Relevância prática 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

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 consagrada² [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.

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”³ (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 2003⁴. Esta Convenção, não tendo ainda gerado qualquer intervenção adaptativa da parte do legislador nacional⁵, obriga, conjuntamente com a directiva

² 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...

³ M. PRIEUR, **La Convention d’Aarhus, instrument universel de la démocratie environnementale**, in *RJE*, 1999 (nº especial), pp. 9 segs, 9.

⁴ 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.

⁵ 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 presentindo, 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

2003/4/CE, de 28 de Janeiro⁶ (que sucede à directiva 90/313/CEE, de 7 de Junho⁷), 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)⁸. Nesta segunda vertente, que de alguma forma faz eco do disposto na já longínqua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789⁹, o acesso à informação não só representa uma inversão da lógica de segredo tradicionalmente associada ao

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).

⁶ 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*.

⁷ 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.

⁸ 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 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 nº 1 do artigo 268º da CRP nos artigos 61º a 64º do CPA, e o nº 2 do artigo 268º no artigo 65º 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*, nºs 9/10, 1994, pp. 133 segs, 134 segs.

⁹ 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.

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 sufrágio¹⁰.

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”¹¹. 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 processuais¹². 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*¹³, 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 indivíduo na dupla

¹⁰ 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 nº 2 do artigo 268º (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.

¹¹ M. PRIEUR, **La Convention d’Aarhus...**, cit., p. 9.

¹² V. os nossos **A ecologização da justiça administrativa: brevíssima nota sobre a alínea I) do nº 1 do artigo 4º 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**, 2ª ed., Lisboa, 2005, pp. 18 segs.

¹³ Apelando à qualificação de JORGE MIRANDA, **Manual de Direito Constitucional**, 3ª ed., Coimbra, 2000, pp. 93, 94

qualidade de credor e devedor¹⁴: 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, solidária¹⁵, 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)”¹⁶. 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 substantividade¹⁷, 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

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ T. SCOVAZZI, **La partecipazione del pubblico alle decisioni sui progetti che incidono sull'ambiente**, in *RGA*, 1989/3, pp. 485 segs, 487.

¹⁷ 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.

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 contexto da tarefa de protecção ambiental em que o Estado se encontra investido, nos termos dos artigos 9º/d) e 66º/2 da CRP¹⁸.

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 Junho¹⁹. 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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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 Risque, 1996, pp. 141 segs, 152 segs.

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 ecossistema²⁰. 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 publicitar²¹, sempre que a informação tenha relevância generalizada ou para um grupo numeroso de pessoas — características que a informação ambiental reveste²².

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 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

²⁰ 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.

²¹ 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.

²² 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.

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 imposta²³.

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 internacional²⁴ — cfr. o artigo 2º do regulamento citado —, a Comunidade dotou-se de uma estrutura permanente e centralizada de tratamento e difusão de informação ambiental²⁵.

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 Rio²⁶, de 1992, completado pelo Capítulo 40 da Agenda 21²⁷. Ficava demonstrada à sociedade a *relevância estratégica* do direito à informação como motor de uma nova atitude na “era ecológica”²⁸, 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 Estados²⁹, *maxime* de Estados do

²³ 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”.

²⁴ A Agência situa-se, destarte, na linha de continuidade do programa CORINE — A. M. MORENO MOLINA, **Puesta en funcionamiento...**, *cit.*, p. 153.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

²⁷ Uma análise mais detalhada do contexto internacional pode ver-se em M. PRIEUR, **La Convention d'Aarhus...**, *cit.*, pp. 17 segs.

²⁸ A. KISS, **Direito Internacional do Ambiente**, in *Direito do Ambiente*, INA, 1994, pp. 147 segs, 147.

²⁹ 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*

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 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 Estado 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”³⁰.

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)³¹. No contexto desta anotação, vamos restringir-nos à análise do artigo 4º³², que passamos a transcrever:

ambiente., *Seminário Internacional*, Instituto Nacional do Ambiente, s/local, s/data (mas de 1992), pp. 65 segs, 75 segs.

³⁰ M. PRIEUR, *La Convention d'Aarhus...*, *cit.*, p. 20.

³¹ 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*.

³² 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.

“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 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

2005³³, 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 dias³⁴ (salvo, presume-se, se for pedido parecer à Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, nos termos do artigo 15º/3³⁵).

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

³³ 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”

³⁴ 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).

³⁵ A lei não define o prazo dado à Comissão para se pronunciar. Poderia recorrer-se ao artigo 71º/1 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.

directiva 2003/04/CE³⁶, que apontam para o *carácter restritivo* da interpretação subjacente às decisões de recusa³⁷, 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 princípio³⁸.

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*³⁹ (estar previsto em 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

³⁶ 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.

³⁷ 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 (...)”.

³⁸ *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.

³⁹ G. MONÉDAIRE, **Les droits...**, *cit.*, p. 151.

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 n.º 4 do artigo 4.º]. Esta disposição dita uma inquestionável prevalência do valor da protecção da saúde (e do ambiente) em face dos segredos industrial e comercial⁴⁰.

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 meritórias excepções, “delegada” nas Organizações não governamentais do ambiente e no Ministério Público⁴¹. 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 18.º/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 4.º) obrigaria a uma interpretação das normas de direito nacional conforme ao seu conteúdo, de acordo com os artigos 8.º/2 da CRP e 70.º/1/i) da LOTC⁴²;

⁴⁰ 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).

⁴¹ 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.

⁴² A leitura conjugada destas disposições permite concluir, não só pela adstricção 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

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*⁴³, 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.

[Voltar ao início do texto](#)

[voltar ao índice](#)

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).

⁴³ Acórdão do TJCE de 13 de Novembro de 1990, Caso C-106/89, Col. 1990, I-4135 segs.

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.

[...] 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.