

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Associação Portuguesa para o Direito do Ambiente
Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente



ACTAS DO COLÓQUIO

A responsabilidade civil por dano ambiental

Faculdade de Direito de Lisboa
Dias 18, 19 e 20 de Novembro de 2009

Organização de Carla Amado Gomes e Tiago Antunes
Com o patrocínio da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Associação Portuguesa para o Direito do Ambiente
Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente

ACTAS DO COLÓQUIO

A responsabilidade civil por dano ambiental



Faculdade de Direito de Lisboa
Dias 18, 19 e 20 de Novembro de 2009

Organização de Carla Amado Gomes e Tiago Antunes
Com o patrocínio da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento

Edição:

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

www.icjp.pt

Maio de 2010

Faculdade de Direito de Lisboa

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

E-Mail: icjp@fd.ul.pt

ISBN: 978-989-97410-0-3

NOTA DE APRESENTAÇÃO

O DL 147/2008, de 29 de Junho veio regular o regime de prevenção e reparação do dano ecológico no ordenamento jurídico português.

Cientes da novidade e complexidade deste novo diploma, decidimos abrir a reflexão à comunidade académica, promovendo três dias de colóquio sobre o tema.

O encontro teve lugar da Faculdade de Direito de Lisboa, nos dias 18, 19 e 20 de Novembro de 2009, sob a égide de três entidades: o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, a Associação portuguesa para o Direito do Ambiente e o Instituto Lusíada de Direito do Ambiente. O patrocínio da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento foi decisivo para tornar o que parecia um sonho numa realidade. Aqui se deixa uma palavra de agradecimento muito especial ao Dr. Rui Machete, pelo empenho e carinho que dedicou à iniciativa.

O apoio da Fundação Luso Americana foi fundamental sobretudo no plano do financiamento da vinda de vários especialistas estrangeiros, cujas intervenções permitiram contextualizar o debate num cenário mais vasto. Pela sua disponibilidade para se deslocarem a Lisboa, também aos Professores Ludwig Krämer, Jesus Jordano Fraga, Gilles Martin, Eckhard Rehbinder, Edith Brown Weiss e Rubens Morato Leite deixamos uma nota de gratidão.

Pela qualidade das intervenções e pelo entusiasmo que elas provocaram na audiência, mais um agradecimento é devido a todos os oradores. Os seus contributos ficam agora reunidos nesta publicação digital, que se pretende tenha a mais ampla difusão pela comunidade de utilizadores.

Ao público que durante três dias constantemente alimentou o debate deixa-se um agradecimento final e o compromisso de continuarmos a pensar, conjuntamente, o Direito do Ambiente.

Lisboa, Abril de 2010

Os organizadores,
Carla Amado Gomes
Tiago Antunes

ÍNDICE

Aspectos éticos da responsabilidade ambiental

Maria da Glória Dias Garcia

A responsabilidade civil por danos causados ao ambiente

Luís Menezes Leitão

The Directive 2004/35 on environmental liability – useful?

Ludwig Krämer

O dano moral ambiental difuso: conceituação, classificação e jurisprudência brasileira

José Rubens Morato Leite

O princípio do poluidor pagador como princípio nuclear da responsabilidade ambiental no direito europeu

Maria Alexandra Aragão

Da natureza jurídica da responsabilidade ambiental

Tiago Antunes

De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica

Carla Amado Gomes

A prova do nexó de causalidade na lei da responsabilidade ambiental

Ana Perestrelo de Oliveira

As medidas de reparação de danos ambientais no âmbito do regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais – um estudo da componente procedimental

Rui Lanceiro

A restauração natural no novo Regime Jurídico de Responsabilidade Civil por Danos Ambientais

Heloisa Oliveira

Aspectos contenciosos da efectivação da responsabilidade ambiental – A questão da legitimidade, em especial

José Eduardo Figueiredo Dias

PRESSUPOSTOS ÉTICOS DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

I. No anúncio da célebre marca de relógios Patek Philippe, por muitos considerada o Rolls-Royce dos relógios, pode ler-se:

«Ninguém é verdadeiramente proprietário de um Patek Philippe. Limita-se a conservá-lo para a geração seguinte»

O marketing acentua a excelência do medidor do tempo fazendo apelo à eternidade do bem que o justifica (tempo) e conferindo um novo conteúdo ao título de propriedade de quem, em cada momento, o detém. Vale por dizer que é tal a qualidade do relógio que este se confunde com o tempo que visa medir, adquirindo as qualidades deste, concretamente a eternidade, e, ao adquiri-la, exige do proprietário particulares cautelas, a fim de a salvaguardar.

O tradicional acervo de poderes que integra o direito de propriedade, nos quais se inclui, no limite, o próprio poder de destruição do bem – os romanos falavam em direito de usar, fruir e abusar (*ius utendi, fruendi et abutendi*) –, é menosprezado e, em sua substituição, aparece um conjunto de poderes/deveres que descaracterizam o direito de propriedade. Tudo em razão da excelência do relógio. Quem o possui tem de cumprir um dever, um dever estreitamente ligado a um valor geracional, que, por isso de ser geracional, ultrapassa o tempo de vida de quem o cumpre, enquanto aspira a que o relógio seja eterno. Esse dever é o dever de cuidado, o dever de conservar o Patek Philippe com o objectivo de o transmitir, com a excelência que o caracteriza, ao novo possuidor da geração que se segue.

Façamos agora o exercício de substituir, no anúncio mencionado, Patek Philippe por Terra, já que, suponho, estamos todos de acordo quanto a este ponto de partida: a Terra é um bem que, pelas suas qualidades intrínsecas, de suporte de vida, urge salvaguardar. Teremos, então, o seguinte:

«Ninguém é verdadeiramente proprietário da Terra. Limita-se a conservá-la para a geração seguinte».

O que fizemos não traduz uma pura troca de palavras. É muito mais do que isso. Porquê? Pois por várias razões. Em primeiro lugar, porque ao substituir Patek Philippe por Terra, à alteração terminológica acresce uma

complexidade imensa que resulta, além do mais, de o relógio ser um instrumento técnico preciso, fruto do homem e do seu engenho, ao passo que a Terra existe como sustentáculo de vida do Homem, não sendo produto do seu labor. Já existia antes dele e, apesar de o Homem ter desenvolvido ao longo dos tempos os seus conhecimentos sobre ela e ter aguçado a sua inteligência para melhor a entender, escapa-lhe ainda muito do seu funcionamento. Em segundo lugar, porque a referida alteração na frase do anúncio encerra um complexo problema de compreensão, conseqüentemente um problema de natureza cultural. Esse problema diz respeito à relação do Homem – de todos e cada um de nós –, com a cultura de que cada um é possuidor, com aquele bem que é o seu suporte de vida.

Até há pouco tempo, essa relação era entendida como uma relação de domínio, de base utilitarista: a Terra ao serviço do Homem, de cada homem, no uso da sua liberdade, e, no limite, uma relação que divide e fragmenta. Mas não é esse o sentido subjacente à frase do anúncio que adulterámos. O que nela está em causa é uma mudança qualitativa, estruturante, da compreensão da relação do Homem com o local onde habita. Trata-se agora de uma relação que tende a unir os homens, todos e cada um, pela finalidade da acção que passa a ser única: conservar a Terra para as gerações vindouras. É assim uma relação nova, feita do exercício de poderes e do cumprimento de deveres, funcionalizados todos pelo fim que lhes preside, mas desdobrados, perante o próprio que age, perante os outros, presentes e futuros, e perante a própria Terra, poderes e deveres entendidos e materializados culturalmente. Trata-se de um problema difícil, a demandar esforço e a exigir reflexão.

Assim a capacidade de o compreender não nos falte e o tempo desta intervenção o permita.

II. As múltiplas inovações tecnológicas que hoje pertencem ao quotidiano transformam, modificam, alteram o espaço geográfico, em todas as escalas – local, nacional, global. PAUL VIRILIO, filósofo francês que ao tema tem dedicado o melhor da sua atenção, afirma que os motores a vapor, primeiro,

os motores de explosão, depois, os motores eléctricos, de seguida, o foguete e consequente satelização, mais tarde, e, recentemente, o motor da informática, se, de um lado, são a expressão de um crescimento civilizacional que tende para o infinito, de outro criaram aquilo que designou por «tecnicização do território».

A «tecnicização do território» pretende traduzir a realidade que actualmente se vive, concretamente a realidade de um espaço territorial cada vez mais mecanizado, no qual foram introduzidas profundas alterações no modo de produzir, bem como nas formas de circulação e de consumo do espaço. Com a agravante de se ter acelerado a velocidade das alterações, sem que o controlo das consequências dessas alterações as tenha acompanhado, com idêntica velocidade.

Com efeito, se temos a técnica capaz de construir o instrumento que mede e controla a relação do Homem com o tempo, na sua progressão futura, materializada no relógio, não temos ainda a técnica capaz de controlar a relação do Homem com o espaço que habita e é seu suporte de vida, através de um instrumento que meça, em permanência, a capacidade de vida na Terra, qualquer que seja o ecossistema a que se dirija. Ora, sem esse instrumento, o Homem não tem indicadores que lhe permitam aferir a adequação dos seus comportamentos à referida capacidade de vida, tal como, através do relógio, o Homem adequa os seus comportamentos às finalidades que se propõe atingir, em razão do tempo que cada comportamento exige.

Não está em causa medir a distância geográfica nem identificar os elementos que compõem os diversos bens ambientais, nem conhecer a existência de diferenças nos múltiplos condicionantes dos suportes de vida. O que está em causa é, tão-somente, avaliar a interferência comportamental do Homem – todos e cada um – na capacidade de vida na Terra. E, para fazer essa avaliação, não temos qualquer instrumento.

O dramático, porém, é que há a percepção e, mesmo, o conhecimento científico, de que as múltiplas inovações tecnológicas, em especial, os diferentes motores descobertos ao longo da História, alteraram e continuam a

alterar, para além de outros factores que nos transcendem, o espaço geográfico e a sua envolvente, e o estão a consumir lentamente.

Perante o «crescimento infinito» com que a cultura ocidental moldou, até há poucos anos, a sua forma de viver, uma forma de viver que tende a comprometer o futuro de todos, sabemos somente que é necessário agir. E agir rapidamente, com urgência, o que significa que a acção se transformou na prossecução de um interesse público e de um interesse público fundamental. Mas falta-nos o meio de identificar, com segurança, a oportunidade de cada acção, o seu exacto conteúdo, a sua intensidade e o tempo de duração de cada acção capaz de alcançar, caso a caso, as finalidades pré-determinadas. E, não havendo essa segurança, os poderes e deveres de quem habita, em cada momento, a Terra e nessa medida dela se apropria, consumindo-a, têm dificuldade em se configurar ou em fixar os seus contornos.

Com o que fica identificado o problema jurídico do nosso relacionamento com a Terra enquanto suporte de vida. Não havendo conhecimento científico e técnico sobre as exactas consequências de cada comportamento humano, torna-se difícil definir, com rigor, poderes e deveres, impor comportamentos, tolerá-los ou proibi-los.

Acresce que à incerteza resultante da ausência do instrumento capaz de medir a capacidade de vida na Terra se junta a incerteza decorrente da tradicional multiplicação de títulos jurídicos, bem como a falta de uniformidade dos respectivos conteúdos, em regra funcionalizados a objectivos individualistas, títulos que recaem sobre recursos naturais e, em geral, sobre o espaço geográfico e os bens capazes de nele interferirem. Ora qualquer destas realidades potencia o desequilíbrio da relação entre o tempo, onde os seres ganham vida e a usufruem, e o espaço em que esse tempo se espraia enquanto se dilui. Ou, porventura mais do que isso, estas incertezas estão a gerar o receio de que a relação do Homem com a Terra se extinga, a prazo.

É neste cenário de «tecnicização do território» de que fala PAUL VIRILIO, proporcionado pela sucessiva intervenção de sempre renovados motores e

técnicas, mas de ausência daquela que permite avaliar e medir a capacidade de vida na Terra, que se situa esta reflexão. O objectivo reside agora em saber, fazendo apelo à capacidade de conhecer e de inovar do Homem, como definir os comportamentos que conservem a Terra para as gerações futuras. Porque parece hoje evidente que «ninguém é verdadeiramente proprietário da Terra. Limita-se a conservá-la para as gerações futuras». Por outras palavras, parece claro, no plano sociológico, que precisamos mais de eternidade do que de crescimento infinito.

III. Depois deste primeiro passo de compreensão do problema que aqui nos congrega, prossigamos para um segundo. Este novo passo obriga-nos a retomar a afirmação da bióloga marítima RACHEL CARLSON: «tudo está ligado a tudo» (everything is connected with everything).

Nos já longínquos anos sessenta do século passado, a afirmação de RACHEL CARLSON foi, simultaneamente, uma surpresa e o reconhecimento de uma verdade simples, compreendida por todos sem grandes explicações adicionais. Mas, tal como no conto de Hans CHRISTIAN ANDERSEN, «O fato novo do rei», em que a afirmação de uma verdade dita por uma criança – «o rei vai nu» – criou pasmo e admiração mas determinou a revolução, assim também a afirmação da bióloga marítima, na sua simplicidade, implicou um volte-face, um quebrar de rotinas, um remar contra interesses instalados. Enfim, deu início a uma revolução social de âmbito global, centrada na forma como o Homem se relaciona com o ambiente que o cerca, com a Terra onde habita e é fonte de vida.

Desta afirmação retiraram-se inúmeras consequências. Salientaremos aqui somente três, importantes para a compreensão da matéria de que tratamos.

Em primeiro lugar, se tudo está ligado a tudo, resulta não poder mais o Homem afirmar, com à vontade, ser senhor dos seus actos. Tudo porque estes, nas repercussões que determinam sobre a natureza em geral e sobre os bens com que se confrontam, em particular, são geradores de consequências que não podem prever, consequências susceptíveis de interferirem na cadeia de vida.

A decisão de agir, que subjaz a cada comportamento, ao dar origem à acção, desencadeia um conjunto de fenómenos e conexões que quem decide não domina. «Tudo está dependente de tudo» tem o sentido de apontar para um feixe de complexidades determinadas pela acção individual, complexidades que impedem se continue a falar, sem mais, em «poder de domínio». Ao Homem escapa, porventura, o essencial da acção para que esta implique «podem» ou domínio.

Isto significa, sob outra perspectiva, que retoma a ideia apresentada antes, que a decisão de agir está envolta num manto de ignorância. Quando decidimos actuar, desconhecemos com precisão ou com razoável grau de precisão, a plenitude das consequências desse actuar. E, como vimos também, o dramático desta ignorância reside no facto de ela conter o decisivo sobre o que gostaríamos de saber, concretamente em que medida esses actos interferem ou transformam a cadeia de vida. Os romanos diziam, e nós repetíamos até há bem pouco tempo, «faça-se justiça mesmo que o mundo pereça!» (fiat justitia, pereat mundus), tudo para acentuar, através do simbolismo, a importância da acção justa, sabendo, no entanto, que o mundo não era mais do que um espaço renovável numa totalidade imperecível. Hoje, porém, a afirmação perdeu o sentido simbólico, e nem como retórica se pode continuar a repetir, uma vez que se sabe que o mundo pode mesmo extinguir-se com a acção humana, justa ou injusta (HANS JONAS).

Acresce que, se tudo depende de tudo, então a incerteza convive com a nossa capacidade de decidir. Aprender a lidar com a incerteza, a conviver com ela, é a consequência, já que, na mútua interligação dos bens e nas sinergias que lhes estão associadas, vai um sentido de novidade que o conhecimento humano não abarca. Ora a incerteza é um referente particularmente difícil de incorporar no direito, já que este se assume precisamente como realidade cultural portadora de segurança e paz.

Mas mais. Em segundo lugar, se tudo depende de tudo, então os comportamentos individuais adquirem uma dimensão colectiva. À solidão da decisão segue-se a dimensão colectiva das suas consequências, que passam a andar à solta entre os homens e pela Terra, tal como os dons guardados na

caixa de Pandora. ARISTÓTELES, com a sabedoria que o caracteriza, lembrou que o Homem foi feito para viver em sociedade e que, sozinho, ou é um deus ou um bruto. Mas foram precisos vinte e cinco séculos para reconhecer a complexa teia de ligações que naturalmente une os homens, de modo indissolúvel, pelas consequências dos comportamentos e, porventura mais do que isso, a natureza holística desse relacionamento. Longe vai a polis aristotélica, lugar privilegiado do homem que quer ser feliz e trabalha para o bem comum. Em seu lugar, surge a aldeia global, qual Torre de Babel, na qual o Homem, «o mesmo em toda a parte», se projecta de modo diferente, já que «só vem ao ser de si próprio pela compreensão que de si culturalmente constitui» (António Castanheira Neves). O que tudo conduz a um entrecruzamento de comportamentos culturalmente enformados, complementares uns, paralelos outros, antagónicos outros ainda, potenciando-se, enfraquecendo-se, eliminando-se mutuamente, nas diferenças que os caracterizam.

Finalmente, em terceiro lugar, tudo depende de tudo é uma afirmação com consequências políticas profundas, já que faz cair fronteiras políticas e muros sociais. Com o que o apelo à casa comum que é a Terra implica a diluição da soberania nacional que, desde JEAN BODIN e a construção do Estado moderno após o Tratado de Vestefália (1648), foi o referente primeiro não só do poder dos Estados exercido internamente, como o poder dos Estados se interrelacionarem autonomamente e de modo independente.

Perda de domínio sobre os bens, em razão da ignorância sobre as consequências dos comportamentos, geradora de incerteza quanto ao futuro, de um lado, aquisição de dimensão colectiva por parte da acção individual, de outro, e esboroamento da soberania estadual, de outro ainda, estas as consequências revolucionárias da verificação dessa verdade simples, tão velha quanto a própria Terra, que RACHEL CARLSON enunciou: «everything is connected with everything».

IV. Focando a atenção no esboroamento da soberania estadual, não faltam Autores que se interrogam sobre se não será necessário abandonar o conceito

e a ideia de Estado (HEIKO FABER), os que afirmam que o Estado Moderno já não existe (WOLFGANG REINHOLD), os que perguntam «para quê falar ainda de Estado?» (PETER SALADIN), ou ainda os que afirmam haver uma incompatibilidade entre globalização e Estados soberanos (THOMAS VESTING). E há mesmo os que asseveram que o Estado nacional já não garante hoje a paz, a liberdade, a segurança, a defesa dos direitos humanos, a protecção ambiental (JULIANNE KOKOTT). Uma coisa parece, no entanto, certa: se ao Homem se não reconhece o domínio sobre os seus actos, e este tem dificuldade em corresponder ao apelo de conservar a Terra para as gerações futuras, ao Estado ou aos Estados, isoladamente considerados, tão-pouco se lhes reconhece a capacidade de assumirem a tarefa de conservação da Terra para as próximas gerações. Envolve-os a mesma incerteza: a de ignorarem as consequências da acção. HANS JONAS, o filósofo da responsabilidade pelo futuro, leva mais longe o raciocínio para concluir que o problema, hoje, não é tanto o de estreitar a ignorância, mas muito mais o de aprender a lidar com a ignorância e com a incerteza que gera, já que, a partir de agora, não vai deixar de nos acompanhar.

Não admira, por isso, que os Estados sejam forçados a alterar o modo de exercer o poder, abandonando formas impositivas, ligadas à soberania tradicional – impor a definição legal estrita de comportamentos pode conduzir a resultados não desejados –, e passando a formas mais flexíveis (soft), de acordo com princípios gerais, ligadas a um poder novo, distinto do poder legislativo, executivo ou judicial, o poder de governance, a que costumo chamar poder de governança. Trata-se de um poder assente na liberdade dos cidadãos, na sua capacidade de inovar, e traduz a capacidade de estimular ou incentivar os cidadãos a agir (Estado Incentivador), de orientar as suas múltiplas acções, introduzindo nelas coerência (Estado Orientador) ou mesmo, de as promover (Estado Activo ou Estado Propulsor), exercendo uma acção de pilotagem em razão dos standards ou indicadores que a comunidade (ou as comunidades, científicas e políticas, a nível global, agindo em rede) lhe vão, em cada momento, transmitindo. Estou a pensar nas campanhas estaduais de sensibilização para a necessidade de fazer selecção de lixos ou para utilizar os transportes públicos, no apelo ao mecenato

ambiental e à criação de benefícios fiscais às empresas que usem tecnologias limpas, nas campanhas que incentivam o uso de energias alternativas ou que alertam para o gasto excessivo de energia, e tantas outras mais.

Subjacente a esta mudança no exercício do poder está o reconhecimento da impossibilidade de, sozinhos, os Estados empreenderem a gigantesca tarefa de conservar a Terra para as gerações vindouras, o reconhecimento da complexidade extrema da realidade, das múltiplas conexões a que estão sujeitos tais problemas, mas, sobretudo, o reconhecimento de que, sendo incerta a definição da melhor forma de agir, essa definição tem de se ir construindo na realidade, de modo coerente e concertado. Incentivar os cidadãos a usar a sua liberdade, prover o acesso fácil de todos à informação, estimular a investigação científica, premiar a inovação, contribuir para a conformação de standards ou indicadores da acção traduz uma mudança qualitativa essencial do Estado que quer corresponder aos desafios do século.

Mas, se assim é, este novo paradigma de Estado envolve, então, uma renovação da democracia, através do aprofundamento da democracia participativa para que, desde logo, o artigo 2º da Constituição da República Portuguesa aponte. O que não é de estranhar, já que, tendo nós verificado que a questão ecológica ou a questão que envolve o relacionamento do Homem com a Terra, a nossa casa comum e nosso suporte de vida, é também uma questão de ignorância ou desconhecimento sobre a acção, a democracia representativa, tal como tem vindo a ser exercida até agora, tem decerto sérias dificuldades em se firmar. É que os regimes democráticos se baseiam na transparência de procedimentos, na correcta percepção de propostas, na evidência das soluções. Ora, se concluímos que há ignorância, se o nosso destino, como afirmou HANS JONAS, é a incerteza sobre o modo de agir, teremos de concluir que os programas partidários construídos neste quadro, e presentes ao eleitorado, não serão mais do que fórmulas vazias, e o voto nas eleições um cheque em branco capaz de receber qualquer conteúdo.

A resposta aos angustiantes e prementes problemas que o nosso relacionamento com a Terra envolve, neste dealbar do século XXI, ganha

consistência e operacionalidade se o seu enfoque mantiver a dimensão em que tais problemas se geraram. Vale por dizer que a vivência comunitária que se impõe construir, em densa filigrana, se enriquece com a interligação de saberes das diferentes ciências e de saberes de proximidade ao lugar, nas diferenças e especificidades que mutuamente se completam, já que, como KARL POPPER afirmou no emblemático texto «A sociedade aberta», «...o caminho da humanidade... implica um salto no desconhecido, na incerteza, na insegurança, implica recorrer à razão como meio de planear, o melhor que soubermos, a nossa segurança e a nossa liberdade». É este «salto no desconhecido», na insegurança, de que fala KARL POPPER, que se impõe dar, recorrendo, como ele invoca, à razão, como forma de melhor nos garantirmos em liberdade, fazendo apelo não tanto a um direito que está dito mas a um direito que se vai culturalmente dizendo, com o contributo de todos, nas suas irremediáveis diferenças (EMMANUEL LEVINAS).

Em suma, o Estado que quiser continuar a ser de Direito, tem de volver-se em Estado Incentivador, Estado Propulsor, Estado Activo, Estado Orientador, reinventando o seu relacionamento com os cidadãos, mais informados e mais participativos, no sentido de uma democracia que alia a representatividade à natureza participativa. O que não significa que, nessa reinvenção, se abandone a função de garantia do Estado. Pelo contrário. Ela deve, mesmo, ser reforçada, desde logo enquanto garantia contra perigos, contra a afectação de direitos fundamentais, contra os que ponham a vida em risco – daí também a necessidade de acentuar a faceta garantística do Estado (Estado Garantidor).

Conformado pela História e pela cultura que esta transporta, é costume dizer-se que o direito não se compreende sem História, tal como o Homem, o mesmo em todo o lado, só na sua compreensão cultural se constitui, nela assumindo a sua diferença perante o outro. Só que o relacionamento do Homem com a Terra, como relacionamento de perigo, que inegavelmente é, só foi como tal reconhecido nos nossos dias. Por isso o direito que rege esta relação é «direito nascido connosco», um direito sem história, a construir culturalmente, por sobre as múltiplas culturas que nos enformam. O passado é, para este direito, um lugar estranho, um lugar onde não pode ser colhida

experiência. Matérias impensáveis para o direito tradicionalmente compreendido são agora naturais para que o mundo exista para as gerações futuras.

V. Neste horizonte temporal alargado, em que o perigo espreita e tanto a acção humana como a estadual se impõem, retomamos a ideia inicial sugerida pelo anúncio do relógio Patek Philippe: «Não somos verdadeiramente proprietários da Terra. Limitamo-nos a conservá-la para as gerações seguintes».

E a pergunta eleva-se, pertinente: «Que comportamento ou comportamentos jurídicos devemos, então, adoptar para conservar a Terra para as gerações futuras, já que não estamos mais perante uma relação de direito de propriedade?» «Como agir juridicamente na incerteza, uma incerteza que para o Homem se vem tornando uma questão de destino?» Qual a nossa responsabilidade relativamente às consequências ambientais dos nossos actos?

Na ausência de respostas claras, como quem tateia no escuro, diria ser necessário avançar, reflectindo, em especial sobre três temas.

O primeiro é o dos poderes/deveres de cuidado, decisivos no relacionamento do Homem com a Terra. Sendo impossível controlar a totalidade das consequências da acção, o direito não pode continuar a centrar-se no clássico binómio definição legal de comportamentos e repressão em caso de incumprimento. Quanto à definição, porque pode ser contraproducente. Quanto à repressão, porque chega tarde demais. Por isso se deve enfatizar a prevenção, onde os poderes/deveres de cuidado encontram a sua sede e o direito recupera o sentido condutor. Na impossibilidade de precisar, por antecipação, os deveres de cuidado, na multiplicidade infinita que os caracteriza, a oportunidade de os exercer, a sua medida, intensidade e tempo de duração serão resultado de um diálogo interdisciplinar subordinado a princípios gerais de direito, diálogo onde se formam indicadores ou standards ajustados ao conhecimento disponível no momento. Tudo no quadro de um procedimento aberto, interdisciplinar, transparente, no qual

também se avaliam os graus de tolerabilidade da acção, e, de acordo com o princípio da precaução, quem age deve ter o ónus de provar que cumpriu os deveres de cuidado e é capaz de controlar o risco que a acção produz.

O segundo tema a merecer particular atenção respeita ao novo modo de o Estado se manifestar, através do poder e, concretamente, do poder de governança. Este reinventa, em razão da identificada ignorância sobre as consequências da acção, a relação da liberdade dos cidadãos com o exercício do poder estadual. Com o que a intervenção do Estado evolui no sentido de incentivar, orientar, informar os cidadãos, no âmbito da sua liberdade, apelando à respectiva criatividade, bem como no sentido de estimular a segurança no exercício dos direitos fundamentais, entre os quais o direito ao ambiente, densificando princípios jurídicos fundamentais, na sua abertura à evolução, como o princípio da sustentabilidade ambiental do desenvolvimento económico e social, ambos com assento constitucional, e ampliando posições procedimentais em que todos têm oportunidade de participar na defesa dos seus interesses, em procedimentos justos e em liberdade.

O terceiro tema a exigir particular atenção respeita ao relacionamento ético do Homem com a Terra, suporte da vida que aquele transporta.

Com efeito, esta relação corresponde a uma relação do homem perante o outro homem – o que é presente e o que será futuro –, através da Terra. Nasce como relação do homem perante si próprio, mas, pelas consequências da acção, na sua potencial negatividade, torna-se relacional. Não admira que seja geradora de empenhamento e envolva um apelo ao homem em situação, para que actue, adquirindo, por isso, o sentido de uma missão. Não é, assim, uma ética caracterizável como individual. Antes uma ética com cariz comunitário. E, porque tem esse cariz, torna-se base fundante do direito e do Estado, em curso de reinvenção.

VI. Resistindo, com FRANÇOIS OST, ao desejo da palavra de fecho que tranquiliza enquanto encerra o pensamento desenvolvido, deixo-vos com uma

pequena história que li em tempos numa obra de Economia, de um Autor americano.

Uma noite, um homem foi a uma festa de amigos, onde bebeu um pouco mais do que o habitual. No regresso a casa, quando quer abrir a porta, verifica que perdeu as chaves no trajecto para casa. Volta, então, para trás, a fim de as encontrar. E é de joelhos, junto a um candeeiro, que um vizinho o encontra e o interroga sobre o que está a fazer. Responde-lhe que procura as chaves que perdeu no regresso a casa vindo de uma festa. Ao que o vizinho riposta: E tem a certeza que foi aqui, junto ao candeeiro, que as perdeu? A resposta não se fez esperar: Certeza não tenho. Mas só aqui, junto ao candeeiro, tenho luz para as procurar!

Serve a história para lembrar que as respostas para muitas das questões que o nosso relacionamento com a Terra coloca, nas suas múltiplas incertezas, estão no escuro, como as chaves do homem desta história. Procurá-las no já pensado e reflectido, no já experienciado e vivido, corresponde, as mais das vezes, a tarefa vã, como a do homem da história que procura as chaves junto do candeeiro, como só ali, junto à luz, as pudesse ter perdido.

Não tenhamos receio de pensar no escuro. Como HANNAH ARENDT tão bem soube sintetizar, «nesta fenda entre o passado e o futuro, encontramos o nosso lugar no tempo quando pensamos».

Maria da Glória F.P.D.Garcia

Professora Catedrática da Faculdade de Direito da
Universidade Católica Portuguesa

[Voltar ao Índice](#)

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS AO AMBIENTE *

1. Os danos ao ambiente

De acordo com as concepções clássicas do Direito Civil, falar em responsabilidade civil por danos causados ao ambiente, envolveria uma contradição entre termos. Efectivamente, os elementos componentes do meio ambiente como o ar, as águas, a fauna, a flora, a luz e a temperatura atmosférica inserem-se no que a doutrina civilística denomina de *res communes omnium*. as coisas que são por natureza insusceptíveis de apropriação individual. Relativamente a estas, o art. 202º, nº2 do Código Civil, refere que se encontram fora do comércio, ou seja, não podem ser objecto de direitos privados. Ora, como a responsabilidade civil exige, nos termos do art. 483º a violação de direitos (ou de normas de protecção), a tutela do ambiente enquanto tal não poderia passar pela responsabilidade civil.

Esta concepção jurídica parte, porém, de um dado económico, que modernamente se verificou ser falso: o de que os bens naturais teriam carácter ilimitado e constantemente renovável. Efectivamente, tem-se vindo a demonstrar que o ambiente tem um carácter tão finito como os outros bens escassos e que tenderá a ser rapidamente destruído se não for disciplinada a sua utilização ou, mais especificamente, se os agentes económicos não suportarem qualquer encargo em virtude do seu consumo¹. Esta descoberta do carácter finito dos bens ambientais leva ao reconhecimento da necessidade da sua protecção pelo Direito, que a nossa Constituição veio pioneiramente desde 1976 consagrar no art. 66º, através do reconhecimento de um direito genérico a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

O reconhecimento de qualquer direito subjectivo implica a afectação de um bem às necessidades de pessoas individualmente considerados. Surge assim o reconhecimento de que o ambiente constitui um bem jurídico². A partir

* O presente trabalho corresponde ao texto escrito da conferência por nós realizada no Instituto de Ciências Jurídico-Políticas em 18 de Novembro de 2009 e é dedicado aos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carvalho Fernandes*.

¹ Cfr. ANTÓNIO SOUSA FRANCO, "Ambiente e Desenvolvimento — Enquadramento e Fundamentos do Direito do Ambiente" em CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Textos, I— Ambiente e Consumo*, Lisboa, s.e., 1996, pp. 9-25 (22).

² Cfr. LUCIO FRANCARIO, *Danni Ambientali e Tutela Civile*, s.l., Jovene, 1990, pp. 84 e ss. e, entre nós, LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES, *O procedimento administrativo de*

desse pressuposto está naturalmente aberto o caminho para o reconhecimento da ilicitude da lesão ambiental e, simultaneamente, para a configuração como dano da frustração de quaisquer utilidades proporcionadas pelo ambiente: abre-se assim a porta para o reconhecimento de um novo tipo de dano: o dano que resulta de uma ofensa ecológica ou lesão da Natureza, destruindo o direito previsto na nossa Constituição ao gozo de um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Perante este enquadramento normativo está naturalmente aberta a porta para a tutela do ambiente através da responsabilidade civil, tutela essa que tem vindo paulatinamente a afirmar-se cada vez mais, uma vez que a lesão do ambiente tem-se vindo a apresentar, não como uma lesão de um bem jurídico exterior ao Homem, mas antes como uma lesão da própria personalidade humana. Efectivamente, as grandes catástrofes ecológicas foram simultaneamente lesões da vida e da saúde de pessoas determinadas³, e sabe-se que a contínua degradação do meio-ambiente é, a longo prazo, susceptível de pôr em risco a sobrevivência da própria espécie humana. Pense-se no fenómeno das chuvas ácidas, das desertificações e alterações climáticas associadas ao aquecimento global resultante do aumento do dióxido de carbono na atmosfera, na progressiva diminuição da concentração de ozono na estratosfera, com o surgimento de buracos em

avaliação de impacto ambiental, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 39 e ss.

³ Entre as grandes catástrofes ecológicas, com lesão de vidas humanas, poderemos salientar as seguintes:

Minamata (Japão)-1953- doença provocada por derrame de mercúrio na água, que envenena os peixes, causando envenenamento por mercúrio nos seres humanos

Seveso- 10/7/1976- Avaria no disco de uma fábrica, que expulsa para a atmosfera dois quilos de tricolorofenol, obrigando à evacuação de duzentas pessoas com tratamento hospitalar e ao abate de todos os animais de uma aldeia

Bhopal (Índia) - 3/12/1984 - Um acidente ocorrido numa fábrica com emissão de poluição química leva à total destruição de uma aldeia indiana.

Chernobyl (Ucrânia) — 26/4/1986 — A avaria de um reactor nuclear leva à emissão de radiações para toda a atmosfera, que se propagaram por todo o continente europeu, gerando nessa zona uma catástrofe ambiental de grandes proporções, com repercussões que ainda hoje se verificam na saúde dos seus habitantes, designadamente nascimentos de crianças deficientes e lesões cancerígenas em adultos.

diversas áreas do planeta, e na progressiva destruição dos mares e do ar atmosférico⁴.

2. A Responsabilidade Civil

2.1. Os problemas colocados pela utilização da responsabilidade civil, no âmbito dos seus quadros clássicos.

Um dos instrumentos de direito privado que tem vindo a ser usado com funções de protecção ambiental tem sido a responsabilidade civil, gerando assim o que se denomina de "responsabilidade civil ambiental". A utilização da responsabilidade civil como reacção às ofensas ambientais, recorrendo aos seus quadros clássicos, coloca vários problemas, quer a nível da determinação dos seus pressupostos, quer a nível da eficácia da imposição da obrigação da indemnização.

A nível da determinação dos seus pressupostos, poderemos apontar os seguintes problemas:

1) Como estabelecer o nexo de causalidade entre um acto que prejudica o ambiente (como, por exemplo, a poluição do ar e da água), em relação a danos surgidos a centenas de quilómetros de distância, e que ocorrem muito tempo depois (ex: aparecimento de cancro e desaparecimento de espécies vivas)?

2) Como resolver o problema da pluralidade de responsáveis pelo dano (vide os arts. 490º e 497º, nº1, que delimitam a responsabilidade com base na medida das respectivas culpas), quando existem vários poluidores, e os efeitos da poluição aparecem potenciados pela concorrência de fenómenos naturais (ex: meteorologia) ou pela interacção entre os diversos poluentes?

3) Como avaliar em termos de indemnização o prejuízo resultantes de meras lesões ecológicas (ex., desaparecimento de espécies vivas, degradação da paisagem, lesão da qualidade de vida).

⁴ Cfr. LUCIO FRANCARIO, *Danni Ambientali e Tutela Civile*, s.l., Jovene, 1990, p. 38.

4) Como determinar os titulares do direito da indemnização, atentas as restritíssimas regras de legitimidade do nosso Código Civil. Por exemplo, uma lesão ecológica como uma maré negra no mar poderá atribuir direito de indemnização aos pescadores por não poderem pescar? E aos hotéis na orla marítima por perderem clientes? E, aos proprietários nessa área pela diminuição do valor de mercado das habitações comercializadas? E aos turistas, pela frustração do pretendido nas suas viagens?⁵

5) Como resolver o problema da prescrição da responsabilidade civil, quando, nos termos do art. 498º, nº1, o prazo se inicia a partir do momento em que o lesado tem conhecimento do direito que lhe compete, mesmo que com desconhecimento da pessoa do responsável e da extensão integral dos danos? No âmbito das lesões ambientais os danos são, por vezes, causados a grande distância dos sítios onde têm lugar as lesões⁶, impossibilitando assim o lesado de tomar conhecimento da pessoa do responsável.

6) Atendendo a que os principais lesados por lesões ambientais são as gerações futuras, como atender a danos futuros, para além dos estreitos limites do art. 564º, nº2 do Código Civil?

Já a nível da eficácia da imposição da obrigação de indemnização, coloca-se o problema de a responsabilidade civil apenas assegurar o ressarcimento dos danos (arts. 562º e ss. do Código Civil) e de nem sequer impedir a continuação da actividade danosa, enquanto a nível das lesões ambientais, a sua tutela passa sobretudo pela prevenção ou, pelo menos, pela cessação da actividade danosa. Por outro lado, a imposição de uma obrigação de indemnização pode ser meramente platónica para os lesantes ambientais, que se limitarão a fazer inserir essa verba entre os custos de fabrico do produto, que será facilmente repercutida nos consumidores, através do respectivo preço⁷.

⁵ Cfr. ALEXANDRE KISS, "Direito Internacional do Ambiente" (trad.) em AAVV, *Direito do Ambiente*, Lisboa, INA, 1994, pp. 147-173 (153-154).

⁶ Cfr. FRAÚSTO DA SILVA, "A Poluição Ambiental. Questões de Ciência e Questões de Direito" em AAVV, *Direito do Ambiente*, Lisboa, INA, 1994, pp. 83-116 (106), que refere que os efeitos das chuvas ácidas tendem a verificar-se, não nos locais mais poluídos, mas em zonas afastadas e menos poluídas.

⁷ Cfr. SALVATORE PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, Cedam, 1979, p. 77.

A Constituição da República Portuguesa assume, no entanto, uma orientação clara no sentido de serem indemnizáveis os danos causados ao ambiente, em virtude de o seu art. 52º, nº3, prever a possibilidade de os particulares, através do direito de acção popular, reclamarem para o lesado ou lesados, a competente indemnização, em virtude de ser afectada a preservação do ambiente. Trata-se de uma orientação clara no sentido indemnizatório dos danos ambientais, sujeita à aplicabilidade directa, nos termos do art. 18º da Constituição, embora necessite de ser concretizada pela legislação ordinária.

Nas páginas seguintes, ir-se-á verificar por que forma a legislação ordinária efectuou a concretização desta directriz constitucional, analisando para o efeito as respostas dadas pelos diversos diplomas que estabelecem casos de responsabilidade civil por lesões ambientais, analisando no entanto em primeiro lugar a viabilidade de uma resposta através do regime geral da responsabilidade civil.

2.2. A possibilidade de aplicação do regime geral da responsabilidade civil

Uma primeira resposta possível, relativamente à aplicação da responsabilidade civil por danos ambientais consiste no recurso ao sistema geral da responsabilidade civil, previsto nos arts. 483º e ss. do Código. Conforme se sabe, desta norma, que estabelece um princípio genérico de responsabilidade subjectiva, resulta que para constituir alguém na obrigação de reparar os danos causados por uma actuação sua, são necessários os seguintes pressupostos:

- a) A existência de um facto voluntário;
- b) A ilicitude, entendida como violação de direitos subjectivos ou de normas de protecção destinadas a proteger interesses alheios;
- c) A culpabilidade, entendida como a censurabilidade da conduta do agente;
- d) O dano;
- e) O nexo de causalidade entre o facto e o dano;

Desde que estejam preenchidos num caso concreto todos estes pressupostos é possível responsabilizar o agente pelos danos resultantes de

uma lesão ambiental, tarefa que tem vindo a ser facilitada em virtude dos desenvolvimentos dogmáticos surgidos a propósito dos pressupostos da responsabilidade civil, que facilitam a admissibilidade de uma responsabilidade civil ambiental. Assim, quanto à ilicitude, mais do que a lesão de direitos subjectivos alheios, estará essencialmente em causa a violação de normas de protecção, destinadas a proteger interesses alheios. A *probatio diabolica* da culpa relativamente aos casos de lesão ambiental, parece-nos poder ser dispensada através do recurso à presunção do art. 493º, nº2 do Código Civil, que considera que quem exerce uma actividade perigosa se presume responsável pelos danos verificados, excepto se demonstrar que tomou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.

Os grandes problemas colocam-se em relação aos pressupostos do dano e do nexó de causalidade entre o facto e o dano, onde a dogmática tradicional tem muita dificuldade em trabalhar.

Relativamente ao dano, a doutrina distingue tradicionalmente entre danos ambientais e danos ecológicos, referindo que os primeiros são aqueles em que se verifica lesão de bens jurídicos concretos, através de emissões particulares ou de um conjunto de emissões emanadas de um conjunto de fontes emissoras e que os segundos são lesões intensas causadas ao sistema ecológico natural, sem que tenham sido violados direitos individuais.

Nos danos ecológicos, por ou serem danos sem lesado individual, ou serem danos produzidos por fontes longínquas, ou serem danos sem causador individual determinado não seria possível recorrer aos mecanismos da responsabilidade individual, uma vez que estando em causa o interesse global defesa do ambiente, só o direito público poderia intervir⁸. Nestes casos, para evitar a solução tradicional da não atribuição de indemnização, haveria que aplicar soluções baseadas no princípio do poluidor pagador, como a criação

⁸ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: Da Reparação do Dano através da Restauração Natural*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 403. Conforme escreve CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho*, Lisboa, AAFDL, 2009, p. 29, "o autêntico dano ecológico é sempre órfão: a sua prevenção e reparação só por representantes da colectividade pode ser levada a cabo, junto dos tribunais especializados em questões jurídico-públicas".

de taxas ou impostos ecológicos, ou numa ideia de repartição comunitária dos danos, como na criação de fundos colectivos de indemnização⁹.

Iremos ver que, mesmo no âmbito dos danos ecológicos, ainda é possível recorrer aos esquemas da responsabilidade civil, e a tal não obsta a configuração dogmática do conceito de dano. Efectivamente, as modernas concepções dogmáticas qualificam o dano como um conceito simultaneamente fáctico-normativo, ou seja, como a frustração de uma utilidade que era objecto de tutela jurídica. Ora, a partir do momento, em que o ambiente aparece como tutela de normas juris-ambientais enquanto bem jurídico protegido, as utilidades que ele proporciona tornam-se objecto da tutela jurídica, pelo que qualquer lesão do ambiente satisfaz os requisitos para a configuração do conceito de dano. O problema reside na não existência de lesados individuais, mas ele pode ser ultrapassado pela atribuição da titularidade da indemnização a colectividades ou a entes públicos, ou pela criação de um fundo com esse fim¹⁰.

Já o dano ambiental, por se verificarem lesões de situações jurídicas individuais, coloca exclusivamente o problema da determinação do *quantum* indemnizatório. Efectivamente não sendo admissível no nosso direito uma ideia de *punitive damages*, a solução será a da elaboração de critérios para avaliação do dano ambiental. Já vimos que o art. 562º do Código Civil atribui primazia à reconstituição natural, o que é um critério extremamente relevante em sede ambiental¹¹. Deve salientar-se, por outro lado, que a impossibilidade de quantificar em termos exactos os prejuízos causados pela lesão ambiental, não impede os tribunais de atribuir indemnização pecuniária por danos ambientais, uma vez que o art. 566º, nº3 do Código Civil admite claramente que, quando não puder ser fixado o montante exacto dos danos, o Tribunal julgue equitativamente dentro dos limites que tiver por provados. Já quanto aos danos futuros, por força do art. 564º, nº2, o Tribunal poderá tomá-los em

⁹ Cfr. CUNHAL SENDIM, *op. cit.*, p. 59, nota (100).

¹⁰ Assim, informa-nos SALVATORE PATTI, *op. cit.*, p. 84, que nalgumas decisões dos Tribunais Americanos, a impossibilidade de determinar lesados individuais levou o Tribunal a determinar a criação de um fundo com a função de indemnizar os prejuízos verificados.

¹¹ Refira-se como exemplo a sentença do Juiz de Coruche de 23/2/1990, em que, perante a destruição de árvores onde nidificavam cegonhas, ordenou a elaboração de construções que permitissem essa nidificação.

consideração, mas apenas se forem previsíveis, o que permite a indemnização de danos futuros, exigindo-se no entanto, pelo menos, um alto grau de probabilidade da sua verificação, já que os danos meramente individuais não serão indemnizáveis no âmbito desta disposição¹².

As situações tornam-se mais complexas em relação ao nexo de causalidade. A doutrina mais moderna sobre o nexo de causalidade abandonou a solução legal da causalidade adequada e adopta a doutrina do escopo da norma violada, imputando ao agente por intermédio da *conditio sine qua non* os danos correspondentes às posições que são garantidas pelas normas violadas. Só que mesmo este desenvolvimento não é suficiente em sede ambiental, sendo que a própria demonstração da *conditio sine qua non* raramente é susceptível de ocorrer em sede ambiental, já que a prova da causalidade é normalmente limitada a hipóteses puramente estatísticas, ocorrendo ainda situações de causalidade alternativa, em que apenas se sabe que os autores da lesão estarão entre vários agentes, mas não se sabendo em concreto qual deles causou o dano. MENEZES CORDEIRO propõe, para esses casos, hipóteses de facilitação da causalidade, designadamente aceitando a relevância da causalidade estatística ou responsabilizando todos os participantes no caso de causalidade alternativa¹³. Quanto à relevância da causalidade estatística, parece-nos que actualmente a prova da causalidade por essa via já é possível através da utilização das presunções judiciais (art. 351º do Código Civil). Já relativamente à aceitação de causalidades alternativas, tal já não será possível *de iure condito*. *De iure condendo* uma solução possível seria a aplicação das teorias anglo-saxónicas da *market-share liability* (responsabilidade segundo a quota de mercado) ou da *pollution-share liability* (responsabilidade segundo o nível das emissões poluentes)¹⁴. Na primeira concepção, a responsabilidade é repartida segundo a presença de cada empresa no mercado, enquanto que na segunda a

¹² Sobre a ressarcibilidade dos danos futuros, veja-se SALVATORE PATTI, *op. cit.*, pp. 84 e ss.

¹³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "Tutela do Ambiente e Direito Civil" em AAVV, *Direito do Ambiente*, Lisboa, INA, 1994, pp. 377-396 (390).

¹⁴ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e Imputação na Responsabilidade Civil Ambiental*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 30 e ss., e ANTÓNIO BARRETO ARCHER, *Direito do Ambiente e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 63.

repartição da responsabilidade dá-se de acordo com o nível das emissões poluentes, sem necessidade de demonstrar qual foi a concreta emissão que conduziu ao dano.

2.3. A Lei de Bases do Ambiente (Lei nº 11/87, de 7 de Abril)

A Lei de Bases do Ambiente (Lei nº 11/87, de 7 de Abril) veio procurar resolver alguns destes problemas instituindo, no art. 41º um sistema de responsabilidade objectiva ou pelo risco, determinando que existe obrigação de indemnizar, independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos ao ambiente, em virtude de uma acção especialmente perigosa, muito embora com respeito do normativo aplicável (nº1), determinando, no entanto, que o quantitativo de indemnização a fixar por danos causados ao ambiente será estabelecido em legislação complementar (nº2).

Em primeiro lugar, haverá que averiguar o que são "danos significativos ao ambiente", para efeitos de aplicação desta lei. A nosso ver, o "dano significativo ao ambiente" pode ser definido a partir do conceito geral de dano, que a doutrina tem vindo a qualificar como um conceito simultaneamente fáctico-normativo, como a frustração de uma utilidade que era objecto de tutela jurídica. Neste caso concreto, estaremos então perante a frustração das utilidades proporcionadas por um bem ambiental que é objecto de tutela jurídica. Ora, de acordo com o art. 6º da Lei de Bases do Ambiente (Lei nº 11/87, de 7 de Abril) os bens ambientais que são objecto de tutela jurídica são o ar, a luz, a água, o solo vivo e o subsolo, a flora e a fauna. Pode assim considerar-se que qualquer afectação das vantagens proporcionadas por estes bens ambientais constitui um dano causado ao ambiente. No entanto, a lei exige que o dano seja significativo, o que aponta para uma certa gravidade da lesão ecológica. Esse requisito é-nos, no entanto, concretizado nos arts. 8º e ss. da LBA, através da tipificação de uma série de lesões ecológicas. Seguindo FREITAS DO AMARAL, poderemos considerar os seguintes tipos de ofensas ecológicas¹⁵:

¹⁵ Cfr. FREITAS DO AMARAL, "Lei de Bases do Ambiente e Lei das Associações de Defesa do Ambiente" em AAVV, *Direito do Ambiente*, Lisboa, INA, 1994, pp. 367-376 (369-370).

1) A poluição atmosférica, que o art. 8º da LBA define como o lançamento para a atmosfera de quaisquer substâncias, seja qual for o seu estado físico, susceptíveis de afectarem de forma nociva a qualidade do ar e o equilíbrio ecológico ou que impliquem risco, dano ou incómodo grave para as pessoas e bens;

2) A perturbação do nível de luminosidade, que a partir do art. 9º da LBA se pode definir a redução ou afectação do nível de luminosidade conveniente à saúde, bem-estar e conforto do ser humano (nº1) e ao equilíbrio dos ecossistemas transformados, de que depende a sua qualidade de vida (nº2);

3) A poluição hídrica, que a partir do art. 11º, nº2 da LBA poderá vir a ser definida como o lançamento nas águas de quaisquer produtos ou espécies que alterem as suas características ou as tornem impróprias para as suas diversas utilizações;

4) A danificação do solo ou subsolo, que pode ser definida, a partir do art. 13º, nº2 da LBA, como qualquer facto que provoque erosão e degradação do solo, o desprendimento de terras, encharcamento, inundações, excesso de salinidade e outros efeitos perniciosos;

5) A danificação da flora, que o art. 15º, nº2 da LBA define como todo e qualquer facto que impeça o desenvolvimento normal ou a recuperação da flora e da vegetação espontânea, ou que prejudique a fertilidade do espaço rural e do equilíbrio biológico das paisagens e a diversidade dos recursos genéticos;

6) A danificação da fauna, definida a partir do art. 16º da LBA, como todo e qualquer facto que prejudique a conservação e a exploração das espécies, designadamente através da afectação do seu potencial genético ou dos *habitats* indispensáveis à sua sobrevivência;

7) A ofensa da paisagem, que podemos definir a partir do art. 18º da LBA, como todo e qualquer facto que prejudique a paisagem como unidade estética e visual, designadamente a realização de construções que provoquem um impacto violento na paisagem preexistente, a acumulação de resíduos e materiais usados ou o corte maciço de arvoredos;

8) A poluição sonora, entendida a partir do art. 22º da LBA, como a produção de ruído em nível susceptível de prejudicar a saúde e o bem-estar das populações;

Serão estas, assim, as situações específicas que poderão ser consideradas danos significativos ao ambiente, para efeitos da responsabilidade civil instituída no art. 41º da LBA. Conforme se pode verificar, consistem estes em danos sem lesado individual concreto. A grande inovação causada por esta lei reside assim precisamente no reconhecimento do dano ecológico, admitindo-se a ressarcibilidade de danos de natureza social ou colectiva, o que representa um grande avanço em relação ao sistema do Código Civil, cujos arts. 483º e ss. pressupõem a existência de lesados individuais.

Trata-se, no entanto, de uma disposição a que podem ser apontadas algumas críticas: Em primeiro lugar, é de criticar a disposição do art. 41º, nº2, que parece querer funcionar como um travão à concessão de indemnização com base em critérios judiciais de avaliação do dano ecológico, e que impossibilita na prática a aplicação do artigo. Tal constitui uma solução estranha, uma vez que o art. 566º, nº3 do Código Civil prevê que, quando não puder ser fixado o montante exacto dos danos, o Tribunal julgue equitativamente dentro dos limites que tiver por provados, admitindo assim claramente a fixação da indemnização segundo critérios judiciais, dentro de limites alargados. Não se vê por que razão esta possibilidade deva ser afastada em caso de lesões ambientais, pelo que propomos o recurso a esta disposição geral para colmatar a lacuna resultante da omissão da legislação regulamentadora do art. 41º, nº2 da LBA.

Em segundo lugar, parece-nos deficiente a articulação desta norma, com o já referido art. 493º, nº2 do Código Civil, que já institui uma presunção de culpa para os danos causados no âmbito de actividades perigosas, que o agente só pode elidir se demonstrar que empregou todos os procedimentos exigidos pelas circunstâncias com o fim de os prevenir. Neste caso, o art. 41º, nº1, da Lei nº 11/87, de 7 de Abril, estabelece um caso de responsabilidade pelo risco, mas exige a prática de "uma acção especialmente perigosa", o que limita essa responsabilidade pelo risco a casos excepcionais. O que fica

da articulação das duas disposições é assim a de que em caso de actividades perigosas o agente responde, excepto se mostrar que empregou todos os meios exigidos pelas circunstâncias, com o fim de prevenir os danos. Caso, porém, praticar "uma acção especialmente perigosa", fica-lhe vedada essa demonstração. Conforme refere MENEZES CORDEIRO, trata-se assim de uma previsão do risco como uma cominação indirecta, uma vez que quem integre esta previsão se colocará numa situação de ilicitude "imperfeita" ou "amortecida", uma vez que a previsão se aproxima da responsabilidade subjectiva, dado que visa assegurar que sejam tomadas todas as providências para evitar a verificação do dano¹⁶.

A Lei não define, porém, o que seja "uma acção especialmente perigosa", deixando-nos assim perante um conceito vago e indeterminado que cabe ao intérprete preencher. Há, no entanto, um núcleo conceitual preciso, que nos parece resultar das disposições sobre poluição química e radioactiva, a que se referem os arts. 23º a 26º da LBA. Assim, quanto à poluição química, o legislador estabelece, no art. 24º, nº4, que os resíduos e efluentes devem ser recolhidos, armazenados, transportados, eliminados ou reutilizados de tal forma a que não constituam perigo imediato ou potencial para a saúde humana nem causem prejuízo ao ambiente, esclarecendo o art. 24º, nº3 que "a responsabilidade do destino dos diversos tipos de resíduos e efluentes é de quem os produz". Daqui resulta que o produtor não se pode alhear do destino dos seus resíduos e efluentes, adquirindo um específico dever de prevenção do perigo em relação a esse destino final, cuja violação é susceptível de o responsabilizar objectivamente nos termos do art. 24º, nº3 e 41º da LBA. da mesma forma, no art. 26º da LBA prevê-se uma proibição específica de "lançar, depositar ou, por qualquer forma, introduzir nas águas, no solo, no subsolo ou na atmosfera efluentes, resíduos radioactivos e outros e produtos que contenham substâncias ou microorganismos que possam alterar as características ou tornar impróprios para as suas aplicações aqueles componentes ambientais ou que contribuam para a degradação do ambiente". Há aqui também um específico dever de prevenção do perigo, relativamente a substâncias potencialmente nocivas para o ambiente, cuja

¹⁶ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, p. 389.

violação deverá ser considerada uma acção especialmente perigosa para efeitos do art. 41º da LBA.

Resta-nos, porém, a norma do art. 40º, nº4, da mesma lei que garante o recurso aos meios gerais de direito para os cidadãos directamente lesados obterem a cessação das causas de violação e a respectiva indemnização. Conforme a doutrina tem vindo a defender, esta norma não se destina a conferir a cada cidadão, individualmente considerado, a titularidade de um direito ao ambiente, que lhe permitisse obter indemnização por lesões ambientais genéricas. Trata-se, antes, de uma situação em que a lesão ambiental provoca danos em sujeitos individuais, os quais são naturalmente tutelados através do instituto da responsabilidade civil¹⁷. A protecção do ambiente através do regime geral da responsabilidade civil fica, assim, expressamente salvaguardada. Haverá, portanto, que fazer funcionar o esquema de pressupostos do art. 483º, referindo o facto voluntário do agente, a ilicitude, a culpa, o dano e o nexo de causalidade entre o facto e o dano, com as dificuldades atrás referidas.

O nº5 do art. 40º da LBA refere ainda que, sem prejuízo deste recurso aos meios gerais de direito, é reconhecido às autarquias e aos cidadãos que sejam afectados pelo exercício de actividades susceptíveis de prejudicarem os recursos do ambiente o direito às compensações por parte das entidades responsáveis pelos prejuízos causados. Trata-se de uma norma que tem suscitado justificadas perplexidades na doutrina, uma vez que da conjugação do nº4 com este nº5 do art. 40º da LBA resulta que este "direito às compensações por parte das entidades responsáveis pelos prejuízos causados" atribuído às autarquias locais e aos cidadãos, é algo que acresce ao recurso aos meios gerais da responsabilidade civil. Assim, JOÃO PEREIRA REIS, salientando que esta norma levanta as maiores dificuldades de interpretação, vem sustentar, embora cautelosamente, que aqui estaria consagrada uma "indemnização suplementar", que extravasaria dos danos efectivamente verificados, à qual o legislador chamou compensação. Pretender-se-ia desta forma que as entidades responsáveis pela degradação do ambiente fossem

¹⁷ Cfr. MÁRIO JOSÉ DE ARAÚJO TORRES, "Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente e de Consumo — Legitimidade processual" em CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Textos, I—Ambiente e Consumo*, Lisboa, s.e., 1996, pp. 165-185 (181).

obrigadas a compensar terceiros por essa sua actuação, independentemente da ocorrência de danos concretos. Mas o autor considera que esta obrigação não será exequível enquanto a matéria não estiver devidamente regulamentada¹⁸. Pelo contrário, JOSÉ MAGALHÃES considera que este "direito às compensações" entra em choque com a exigência dos pressupostos gerais da responsabilidade civil, constantes dos arts. 483º a 510º do Código Civil, já que "a)- as 'compensações' serão devidas em caso de mera perturbação da normal utilização dos recursos naturais, configurando-se, pois, uma especial noção de dano, ainda que seja difícilimo fixar a medida da compensação; b)- não é exigível que se trate de uma actividade especialmente perigosa; c)- a situação configurada pelo legislador não surge olhada do ponto de vista do 'mal objectivo' causado ao ambiente, antes se captando as consequências (o impacto) de uma actividade prejudicial à normal utilização dos recursos naturais por dada autarquia ou cidadão, embora a delimitação subjectiva não seja fácil; d)- pode a perturbação decorrer de um facto lícito e e) pode até não afectar o titular do direito"¹⁹. Para o autor trata-se, por outro lado, de um caso específico de obrigação de indemnizar, que derroga o princípio da restauração natural, previsto quer no art. 562º do Código Civil, quer no art. 48º da LBA. Já MÁRIO ARAÚJO TORRES, considerando serem tantas as dificuldades interpretativas do artigo e tão óbvia a necessidade de uma regulamentação para o tornar exequível, vem propor uma espécie de interpretação abrogante desta norma, pelo menos enquanto a sua regulamentação não for feita²⁰.

A nosso ver, nesta norma já não está propriamente consagrada uma situação de responsabilidade civil pela lesão do ambiente, mas antes a aplicação da segunda variante do princípio do poluidor pagador²¹, segundo a

¹⁸ Cfr. JOÃO PEREIRA REIS, *Lei de Bases do Ambiente*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 86.

¹⁹ JOSÉ MAGALHÃES, "Ambiente de Perdição, Acções de salvação: A Acção Popular Ecoçógica e o Direito às Compensações por Prejuízo Ambiental no Horizonte Português de 1991", na *Revista de Direito Público*, ano IV, nº8 de Julho/Dezembro de 1990, págs. 9-41 (*apud* ARAÚJO TORRES, *loc. cit.*).

²⁰ Cfr. ARAÚJO TORRES, *loc. cit.*

²¹ J. J. GOMES CANOTILHO, "A Responsabilidade por Danos Ambientais: Aproximação Juspublicística" em AAVV, *Direito do Ambiente*, Lisboa, INA, 1994, pp. 397-407 (400). O autor atribui três variantes a este princípio, sendo que a primeira se baseia no simples dever de evitar os danos ambientais e na indemnização pela sua causação ilícita; a segunda envolve uma compensação financeira à colectividade

qual, independentemente do cumprimento dos deveres de prevenção dos danos ambientais ou da licitude da lesão ambiental, é sempre devida uma compensação financeira à colectividade, por forma a assegurar que os encargos ambientais sejam suportados pelo próprio responsável desses encargos, proibindo-se assim em termos económicos a existência de subvenções de terceiros que impeçam a internalização dos custos ambientais pelo seu autor²². Não nos parece, assim, correcto sustentar a impossibilidade imediata de execução desta norma. Com efeito, nada impede, por exemplo, que uma autarquia, que se veja obrigada a custear um sistema de tratamento de efluentes, em consequência da instalação de uma fábrica, cuja laboração foi autorizada, venha a requerer dessa mesma entidade a compensação financeira por esse encargo, na lógica do princípio de que cabe ao autor compensar financeiramente a colectividade pelos custos ambientais que lhe provoca.

Importante é igualmente a norma do art. 48º da LBA, onde se prevê o dever de os autores de crimes e contra-ordenações ambientais serem obrigados à remoção das causas da infracção e à reposição da situação anterior ou equivalente. Esta norma converge com o princípio geral da responsabilidade civil, consagrado no art. 483º do Código Civil, e com a primazia da reconstituição natural em relação à obrigação de indemnização, consagrado no art. 562º do mesmo Código. É de salientar, porém, que no âmbito da protecção do ambiente, o legislador atribui uma primazia absoluta à restauração natural, apenas admitindo fixação da indemnização em dinheiro, no caso de ser impossível essa restauração natural, havendo em qualquer caso obrigação de realizar obras para minimizar as consequências da lesão (art. 48º, nº3 LBA). Salvo nos casos de impossibilidade de reconstituição natural, fica, assim, vedada a possibilidade de a indemnização ser fixada em dinheiro, mesmo que a reconstituição natural seja excessivamente onerosa para o devedor (art. 566º, nº1 do C.C.), ou que o lesado dê o seu acordo²³. Verifica-

pelas cargas ambientais lícitas; e a terceira implica a fixação de um preço por qualquer utilização de bens ambientais.

²² Cfr. GOMES CANOTILHO, *op. cit.*, p. 401.

²³ Cfr. CUNHAL SENDIM, *op. cit.*, p. 201.

se, assim que o legislador atribui uma primazia absoluta à reconstituição natural, ao consagrar a sua imperatividade no art. 48º da LBA.

2.4. A Lei da Acção Popular (Lei 83/95, de 31 de Agosto)

Após a Lei de Bases do Ambiente, é igualmente importante em relação à tutela do ambiente através da responsabilidade civil a Lei nº 83/95, de 31 de Agosto (Lei da Acção Popular). Esta Lei procura assegurar a tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos, os quais correspondem àqueles interesses comuns a todos os membros de uma comunidade e categoria, que não são todavia susceptíveis de apropriação individual por cada um dos seus membros, individualmente considerado, sendo por isso interesses subjectivamente indeterminados²⁴. Entre eles, o art. 1º, nº2 da LAP inclui a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a protecção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público.

O reconhecimento destes interesses difusos põe em causa a tradicional distinção romana entre o interesse público e o interesse privado, expressa por ULPIANUS em D.1.1.1.2: "*Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem*". Efectivamente, esses interesses não são públicos, uma vez que o seu titular não é o Estado, mas também não podem considerar-se privados, pois não visam a satisfação de necessidades exclusivas de indivíduos determinados. Tratam-se antes de interesses supra-individuais, comuns a todos os membros de uma colectividade, e cuja tutela jurisdicional pode, por isso, ser desencadeada não apenas pelo Ministério Público, mas também por outras entidades ou cidadãos que participem desses mesmos interesses. Daí o reconhecimento na Lei 83/95, de 31 de Agosto, do direito de acção popular, que se destina precisamente a assegurar que quaisquer entidades singulares ou colectivas, genericamente interessadas na protecção dos interesses difusos, tenham legitimidade para exercer a sua tutela jurisdicional²⁵.

²⁴ Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "A Protecção Jurisdicional dos Interesses Difusos: Alguns aspectos processuais" em CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Textos, I— Ambiente e Consumo*, Lisboa, s.e., 1996, pp. 231-245 (232).

²⁵ Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *op. cit.*, pp. 232-233.

Efectivamente, conforme se refere no art 2º dessa Lei, este direito de acção popular pode ser exercido, quer por autarquias locais para defesa dos interesses dos seus residentes, quer por associações e fundações defensoras destes interesses, (legitimidade que já lhes fora conferida pela Lei 10/87, de 7 de Abril), quer ainda por cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda. Estão assim simultaneamente aqui consagradas as soluções da *representação*, em que a autarquia local actua em nome dos seus residentes para defesa dos seus interesses próprios, e da *substituição*, em que a associação ou qualquer cidadão se substitui ao ente colectivo para tutela destes interesses²⁶. Relativamente à *substituição*, vemos que a lei prevê, quer a denominada *acção associativa*, em que a tutela dos interesses difusos é assegurada por uma associação privada representativa desses interesses, quer ainda a chamada *class action*, situação típica dos sistemas da *common law*, que consiste na propositura de uma acção que diz respeito a todos os membros de uma certa comunidade e categoria, apenas por algum ou alguns membros dessa colectividade, sendo, porém, os efeitos da decisão extensivos a todos os membros da classe ou categoria (cfr. arts. 14º a 19º da Lei 83/95, de 31 de Agosto)²⁷.

O reconhecimento do direito de acção popular, na Lei 83/95, de 31 de Agosto, tem importantes consequências no âmbito da responsabilidade civil ambiental, uma vez que esta Lei incluiu entre os interesses que exemplifica poderem ser defendidos através da acção popular o ambiente e a qualidade de vida (art. 1º, nº2), estabelecendo, nos seus arts. 22º e 23º regras específicas de responsabilidade civil, aplicáveis a qualquer situação em que se verifique uma lesão ou ofensa a estes interesses.

²⁶ Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, "Legitimidade processual e acção popular no Direito do Ambiente" em AAVV, *Direito do Ambiente*, Lisboa, INA, 1994, pp. 409-429 (418-419)

²⁷ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, "A protecção..." (cit.), p. 234. Sobre a *class action*, veja-se, desenvolvidamente, SALVATORE PATTI, *op. cit.*, pp. 98 e ss. e ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN, "A Insurreição da Aldeia Global contra o Processo Civil Clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do ambiente e do consumidor" em CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, *Textos, I—Ambiente e Consumo*, Lisboa, s.e., 1996, pp. 277-351 (322 e ss.)

Em primeiro lugar, no art. 22º é prevista uma situação de responsabilidade civil subjectiva, correspondente à violação de disposições destinadas a proteger interesses alheios, mas admite-se indemnizar titulares não individualmente fixados através de uma indemnização global (nº2), fixando um prazo de prescrição a contar do trânsito em julgado da sentença que reconheceu o direito (nº4). Por outro lado, o art. 23º passou a ir mais longe que o próprio art. 493º, nº2, do Código Civil, transformando a presunção de culpa referida neste artigo num caso de responsabilidade pelo risco, a qual pode precisamente passar pela imposição de um seguro de responsabilidade civil (art. 24º). Temos aqui, portanto, um desenvolvimento promissor para efeitos de tutela do ambiente através da responsabilidade civil.

2.5. O regime da responsabilidade por danos ambientais constante do Decreto-Lei 147/2008, de 29 de Julho.

O grande avanço em relação à responsabilidade civil ambiental é, no entanto, dado pelo Decreto-Lei 147/2008, de 29 de Julho, que transpõe a Directiva 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que aprovou o regime relativo à responsabilidade civil por danos ambientais, com a alteração que lhe foi introduzida pela Directiva 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à gestão de resíduos da indústria extractiva²⁸. Embora grande parte do seu regime já se pudesse retirar da Lei de Bases do Ambiente e da Lei de Participação Procedimental e Acção Popular, não há dúvida de que a sua introdução representou uma melhoria significativa, pois as dificuldades interpretativas que suscitavam os outros preceitos dificultavam a sua aplicação prática.

O novo regime da responsabilidade civil ambiental institui tanto previsões de responsabilidade subjectiva (art. 8º), como de responsabilidade objectiva pelos danos ambientais (art. 7º), estabelecendo igualmente nos seus arts. 11º e ss., uma responsabilidade administrativa pela prevenção e reparação de danos ambientais. A nossa exposição limitar-se-á, no entanto, à responsabilidade civil, pelo que iremos examinar em seguida os preceitos e ela respeitante. Não deixamos de salientar, no entanto, a proibição da dupla

²⁸ Cfr., sobre este diploma, ANTÓNIO BARRETO ARCHER, *op. cit.*, pp. 32 e ss.

reparação, dado que o art. 10º, nº1, estabelece que os lesados referidos no capítulo II do decreto-lei não podem exigir reparação nem indemnização pelos danos que invoquem na medida em que esses danos sejam reparados nos termos do capítulo III. Daqui parece resultar a consagração da subsidiariedade da responsabilidade civil em relação à responsabilidade administrativa, o que nos parece altamente criticável, na medida em que pode funcionar como um efectivo travão aos pedidos de indemnização pelos danos causados ao ambiente por parte dos cidadãos. O art. 10º, nº2, acrescenta ainda que “as reclamações dos lesados em quaisquer processos ou procedimentos não exoneram o operador responsável da adopção plena e efectiva das medidas de prevenção ou de reparação que resultem da aplicação do presente decreto-lei nem impede a actuação das autoridades administrativas para esse efeito”.

A responsabilidade subjectiva aparece-nos prevista no art. 8º onde, numa formulação semelhante ao art. 483º CC se estabelece que “quem, com dolo ou mera culpa, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um componente ambiental fica obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa”.

Já em relação à responsabilidade objectiva, a mesma encontra-se prevista no art. 7º, onde se prevê que “quem, em virtude do exercício de uma actividade económica enumerada no Anexo III ao presente decreto-lei, que dele faz parte integrante, ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um qualquer componente ambiental é obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa, independentemente da existência de culpa ou dolo”.

Em ambos os casos é assim necessário a prova do nexo de causalidade que, conforme se referiu, constitui o elemento de demonstração mais difícil no âmbito da responsabilidade por danos ambientais. Ora, nesses casos, o art. 5º do D.L. 147/2008 estabelece que “a apreciação da prova do nexo de causalidade assenta num critério de verosimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco

e de perigo e a normalidade da acção lesiva, a possibilidade de prova científica do processo causal e o cumprimento, ou não, de deveres de protecção”. Já foi criticado o facto de esta norma não estabelecer uma presunção legal de causalidade²⁹, mas não deixamos de considerar que os termos em que está redigida são suficientemente amplos para permitir ao julgador o estabelecimento de presunções judiciais de causalidade.

A pluralidade de responsáveis pelo dano aparece regulada no art. 4º que estabelece o regime geral da solidariedade entre os responsáveis, sem prejuízo do correspondente direito de regresso, presumindo-se a repartição da responsabilidade em partes iguais, bem como a igualdade das culpas dos responsáveis a título subjectivo. A lei estabelece ainda no art. 3º, nº1, que quando a actividade lesiva seja imputável a uma pessoa colectiva, as obrigações previstas no referido decreto-lei incidem solidariamente sobre os respectivos directores, gerentes ou administradores. O art. 3º, nº2, acrescenta que “no caso de o operador ser uma sociedade comercial que esteja em relação de grupo ou de domínio, a responsabilidade ambiental estende-se à sociedade-mãe ou à sociedade dominante quando exista utilização abusiva da personalidade jurídica ou fraude à lei”.

O art. 6º estabelece, porém, um regime especial no caso de poluição de carácter difuso considerando aplicável as obrigações dos artigos anteriores quando seja possível estabelecer um nexo de causalidade entre os danos e as actividades lesivas. Uma vez que se exige a demonstração de um nexo de causalidade entre os danos e as actividades lesivas não parece possível, com base nesta disposição, responsabilizar todos os intervenientes em caso de causalidade alternativa em relação a esta poluição³⁰. Em relação a este aspecto a lei limita-se a estabelecer no art. 4º, nº2, que “quando não seja possível individualizar o grau de participação de cada um dos responsáveis, presume-se a sua responsabilidade em partes iguais”, o que pressupõe o prévio estabelecimento da responsabilidade individual de cada um. Aliás, esta

²⁹ Assim, CARLA AMADO GOMES, *op. cit.*, p. 41, considera que esta norma assenta na teoria da causalidade adequada, além de apontar para a prova científica do processo causal, o que reduz grandemente a margem de construção de situações de imputação menos firmes.

³⁰ Neste sentido, também CARLA AMADO GOMES, *op. cit.*, p. 41.

presunção parece-nos bastante injusta, fazendo muito mais sentido repartir a responsabilidade com base na quota de mercado.

Sob a denominação de proibição da “dupla reparação”, o que ninguém contesta, o art. 10º, nº1, vem estabelecer que “os lesados referidos nos artigos anteriores não podem exigir reparação nem indemnização pelos danos que invoquem na medida em que esses danos sejam reparados nos termos do capítulo seguinte”. Esta norma parece-nos altamente questionável na medida em que pode ser interpretada no sentido de excluir uma responsabilidade civil sempre que as situações sejam abrangidas pela responsabilidade administrativa. Ora, parece manifesto que as medidas de reparação determinadas pelas autoridades administrativas não poderão excluir o direito à indemnização em relação aos titulares de direitos privados.

Muito criticável me parece ser a disposição do art. 33º que vem estabelecer que se consideram “prescritos os danos causados por quaisquer emissões, acontecimentos ou incidentes que hajam decorrido há mais de 30 anos sobre a efectivação do mesmo”.

3. Conclusão.

Apesar das dificuldades que o funcionamento clássico da responsabilidade civil coloca à reparação dos danos ambientais, o Direito Português tem vindo a consagrar sucessivos regimes de responsabilidade civil ambiental. Espera-se que a sua aplicação prática se torne efectiva e que surja uma efectiva responsabilização nesta área.

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

Professor catedrático da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

[Voltar ao Índice](#)

THE DIRECTIVE 2004/35 ON ENVIRONMENTAL LIABILITY – USEFUL?

Directive 2004/35 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage¹ had to be transposed into national law of the 27 EU member States by April 2007. This Directive constitutes the provisional end of some thirty years of discussions on liability discussions at EU level. The present contribution will not retrace all details of this discussion, as much of it is just passed history. Rather, it will look into some features which seem to me of relevance, in order to understand the present approach chosen by the EU and of interest for the discussions which will inevitably come up during the next years. Therefore, the evolution of the Directive's public law approach will be discussed (I), followed by some considerations on the polluter-pays principle which is so strongly put into emphasis (II). The third section will deal with some considerations on damage caused by genetically modified products (III). Finally, there will be some reflections on the effect of the Directive (IV).

I. The public law approach

Directive 2004/35 has the word "environmental liability" in its title. However, a right of compensation of private parties is expressly excluded². Thus, the words "environmental liability" could well have been excluded from the Directive's title and it is no secret that they were only re-inserted there for publicity reasons: a legislation on environmental liability was thought to be much more interesting to the public than legislation on prevention and remedying of environmental damage.

EU law has to be interpreted out of itself, without any recourse to national law notions. For this reason, it might be acceptable that the Directive's system is called "liability" system. Traditional continental European legal systems, though, used to differentiate between on the one hand, liability schemes, where damage was caused by a wrong-doer to a person or to an attributed item of property and the victim looked for compensation, and, on the other hand, other systems of damage caused by the State or by other interfering persons

¹ Directive 2004/35, OJ 2004 L 143 p.56.

² See Directive 2004/35, Article 3(8) and recitals 11 and 14.

and to other non-attributed items of property. While the first group of impairments was handled under civil law – often completed by specific types of legislation –, the second group did not follow the rules of civil law, civil codes or other victim-wrongdoer relations: expropriations by public authorities or interferences by the police which caused damage to persons or private property were not discussed under civil law, but under public law considerations, and specific provisions were established for such cases – often enough, it is true, to privilege public authorities. This continental European differentiation was and is largely unknown in the anglo-saxon common law.

The Commission's proposals on the liability for damage caused by waste, dating from 1976 till 1991, very largely followed the civil law approach and suggested to introduce compensation for damage caused by the waste³. However, when the Commission followed the Council's request and submitted, in 1989, a proposal for an independent directive on damage caused by waste, it addressed, for the first time, the issue that it was not sufficient to deal with physical injury and economic loss, but that also the damage to the environment had to be addressed. Therefore, the proposal distinguished between "damage" and "environmental impairment" which was defined as "any significant physical, chemical or biological deterioration of the environment"⁴. The proposal attributed the liability for damage and for environmental impairment to the generator or the holder of the waste. Again, this proposal was not adopted.

Under the influence of the Sandoz accident in Basel (1986) which caused a considerable pollution of the Rhine River, the Council asked the Commission for the first time to examine the opportunity of adopting general legislation on environmental liability⁵. Generally, however, the request for legislation on

³ See proposal for a directive on toxic and hazardous waste, OJ 1976 C 194, p.2, Article 9; proposal for a regulation on the transboundary shipment of hazardous waste, OJ 1983 C 186, p.3; proposal for a directive on landfills, OJ 1991 C 190 p.1, Article 14. All these proposals were not adopted by the Council.

⁴ Commission, proposal for a directive on liability for damage caused by waste, OJ 1989 C 251 p.3, Article 2(1)(d); amended proposal OJ 1991 C 192 p.9

⁵ Council Resolution of 24 November 1986, not published; see reference to it in Commission, Bulletin of the European Communities no.11/1986, paragraph 2.1.146. See also Resolution of the European Parliament of 11 December 1986 on the Sandoz accident.

environmental damage was not very strong, as the opinion prevailed, that preventive measures – which meant accident prevention schemes for industrial installations, strict environmental standards and the control of their application, restrictions on the use, emission and discharge of substances etc. – were seen to be more effective than a system on payment for damage to the environment.

The Commission's Green Paper on environmental damage⁶, published in 1993 after having been stripped by internal bargaining to almost being not understandable, further built on this differentiation. It discussed the liability for physical injury and economic loss and raised the definition of environmental damage, without going into any depth. Instead, it raised the problem of orphan damage, i.e. damage, where a liable person could not be identified, where the causal link between the operation and the damage could not be proven and where the liable person was not able to pay. For such cases, the Green Paper considered to renounce on civil liability systems and to set up collective compensation schemes.

Though the European Parliament requested the elaboration of a directive on environmental liability, the Commission delayed a reaction, because the Council of Europe had, in the meantime, elaborated the draft of a European Convention⁷. This draft Convention held the operator liable for physical injury and economic loss, furthermore for environmental impairment, and for damage-mitigating measures⁸ and for reasonable reinstatement or restoration measures. It did not provide for any activity or obligation of public authorities. Contracting parties (Germany, France, United Kingdom) considered the draft Convention to be too rigid and thus decided not to adhere to it.

⁶ Commission, Green Paper on remedying environmental damage, COM(93) 47 of 14 May 1993.

⁷ Council of Europe, Lugano Convention of 21 June 1993 on civil liability for damage resulting from activities dangerous to the environment. The Convention has not entered into force.

⁸ These damage-mitigation measures – expressly named as measures “after an incident has occurred” – were called “preventive measures”, which appears misleading, though Directive 2004/35 commits a similar mis-spelling, by mentioning as preventive measures only those that intend to have an “imminent threat” of damage prevented (Article 5). In continental European law, this situation is not normally seen as preventive action, but as an action to eliminate an (existing) impairment.

The Commission's White Paper repeated the concept that the polluter should pay for traditional damage, but also for environmental restoration⁹. Protected natural resources should be restored, even when “a liability regime could not be applied”, for example, where the polluter could not be identified. The White Paper discussed restoration issues under the notion of “damage”¹⁰, though it went well away from the general notion of damage: (a) it considered that the principal aim of an EU scheme should be to avoid disproportionate costs of restoration, not the compensation of damage¹¹; and (b) where restoration was not possible, it discussed the taking of alternative measures which led to equivalent solutions, but again wanted due consideration to be given to the costs of such measures¹².

The Commission's proposal for a directive¹³ then openly went away from civil law system, by expressly not dealing with physical injury and economic loss and giving environmental organisations some rights of action against public authorities, but not against the operator who was responsible for the environmental impairment. Very little justification was given for this change with regard to the White Paper. The departure from the concept of damage compensation for the impaired environment clearly appears in the criteria for the choice of restorative options, where the costs to carry out the option are a very prominent factor¹⁴.

From this approach, the adopted version of Directive 2004/35 only slightly deviated: the obligation placed on the operator to take remedial action was limited to “practicable” steps¹⁵ which contains the notion of being limited to financially reasonable steps; furthermore, the operator was entitled to discuss

⁹ Commission, White Paper on environmental liability, COM(2000) 66 of 9 February 2000, chapters 3 and 4.

¹⁰ Commission (note 9 above), section 4.5.1

¹¹ See *ibidem*, p.19: „if restoration of damage is feasible, there also have to be valuation criteria for the damaged natural resources, *in order to avoid disproportionate costs of restoration*” (emphasis added).

¹² *Ibidem*, p.20: „Replication of the quality and quantity of the natural resources will mostly not be possible, or only at extreme costs. Therefore, the aim should rather be to bring the damaged resources back to comparable condition, considering also factors such as the function and the future use of the damaged environment”.

¹³ Commission proposal, OJ 2002 C 151E p.132; explanatory memorandum COM(2002) 17 of 23 January 2002.

¹⁴ Commission proposal (note 13 above), Annex II, nos 3.2.1 and 3.2.2.

¹⁵ Directive 2004/35 (note 1 above), Article 6(1)(a).

with the administration on the remedial measures to be taken (Article 7(2)); and the administrative authorities were advised not to provide for remedial measures where they considered the costs to be disproportionate¹⁶.

Overall, the discussion of environmental liability at EC level shows more than just a linguistic change from the “compensation of the damage caused” to the “responsibility of the polluter”. It also demonstrates a progressive departure from the concept that an individual person should be compensated for the impaired environment towards a concept that there should be restoration of the impaired environment, provided this could be achieved at reasonable costs. This accentuation of environmental restoration increased the role of public administration which has to determine, if and what has to be restored and at what cost. At the same time, polluters have won a much more decisive influence on the process: in classical civil liability legislation, the wrongdoer has to compensate for the damage that was caused; his financial capacity is nothing which takes away this obligation: At the end of the day, the theory of civil law is that the responsible person who is unable to pay, goes out of business.

With the intervention of the public authorities, this concept has completely changed, as it is no longer the damage suffered which is determining, but the reasonableness of restoration. This means that there is much more of a bargaining process between the polluter and the authorities of what kind of restoration is reasonable and feasible; and once more, the environment, an interest without a group, is not really represented in this bargaining process. It can only be hoped that the proximity of economic operators to the whole process and the past inclination of the administration to look for arrangements with economic operators at the expense of environmental protection, will not make the process that has been introduced by Directive 2004/35, meaningless in practice. On that, the big accidents of the type of Sandoz (1986), Aznalcollar (1998), Prestige (2003) or Seveso (1976) will run less of such a risk, because in such cases, public attention and concern will ensure that remedying measures are being taken by public authorities, who then will address the polluter for the

¹⁶ Directive 2004/35 (note 1 above), Annex II, no.1.3.3(b).

costs. The danger for the environment rather lies in smaller cases of environmental impairment which only find local or regional attention.

This shifting of emphasis also has a democratic aspect. An individual person can no longer pursue a polluter in court and try to find compensation which he or she suffered. Rather, the whole procedure to ensure effectiveness of the legislation has been put into the hands of the administration. This is a clear difference to the United States system of liability, which also gives strong powers to public administration in order to clean up the impaired environment, but which does not exclude, at the same time, private enforcement actions against polluters, where private items – health and safety, individual property – were affected by the environmental impairment. The provisions of the directive which allow environmental organisations to push administrations to fully apply and enforce the provisions of directive 2004/35, are only conceived to help the better restoration of the impaired environment, but not to compensate private victims or reward individuals who successfully sued environmental polluters.

It remains thus, that citizens do not have much to contribute to the restoration of the impaired environment. The protection of the environment – including its non-protection – is in the hands of the administration. The directive does not give any indication on the question, who protects the environment against the passivity of administration¹⁷.

II. The polluter-pays principle

The polluter-pays principle, mentioned in Article 1 as well as in recitals 2 and 18 of Directive 2004/35, obviously is the core principle on which the Directive is based. The polluter-pays principle is mentioned in Article 174 EC Treaty, though with a very different wording¹⁸ and opinions diverge, what exactly it means¹⁹. There seems to be consensus, though, that this principle intends to ensure that

¹⁷ It is interesting to note that Shakespeare asked, some 400 year ago in his "Hamlet", what could be done against "the insolence of office".

¹⁸ Article 174 (2) EC Treaty: „causer principle“ (Verursacherprinzip, German); „polluter payer principle“ (French); „the polluter should pay“ (English); „he who pollutes pays (Italian); „the polluter pays (Dutch); „the polluter pays“ (Danish); polluter-payer principle“ (Portuguese) etc.

¹⁹ See recently Nicolas de Sadeleer, *Environmental principles*. Oxford: OUP 2002, p.60; Richard Macrory (Ed.): *Principles of European environmental law*. Groningen: Europa Law Publishing 2004.

the costs of repairing environmental impairment shall be borne by the polluter and not by the taxpayer in general.

It is remarkable that the Commission's White Paper on environmental liability²⁰, the Commission proposal for directive 2004/35²¹ and Directive 2004/35 all invoke the polluter-pays principle as the leading and guiding principle. In fact, however, the three different texts chose considerably different approaches to the problem of remedying environmental impairment, as the following table demonstrates:

Issue	White Pa per	Commission proposal	Directive 2004/35
1. Traditional damage	included	not included	not included
2. Biotechnology damage	included	not included	not included
3. Water damage	not included	included	included
4. Permit defence	left open	included	left to Member States
5. alleviating proof burden	included	not included	included
6. Member States to restore	included	included	not included
7. Oil pollution nuclear	left open	not included	not included
8. Compulsory insurance	not included	not included	left to Member States
9. NGO action against MStates	included	included	hardly included
10.injunction rights for NGOs	included	not included	not included

If all these different and sometimes even opposite legal solutions may be subsumed under the polluter-pays principle, it seems difficult to consider that

²⁰ Commission (note 9 above)

²¹ Commission proposal (note 13 above)

the polluter-pays principle contains any meaningful legal requirement at all. In particular the solution chosen by the Directive on orphan damage (Article 6(3) of Directive 2004/35) that – where the polluter cannot be identified, cannot pay or has a valid defence - the public authorities may restore the environment, but have no obligation to do so, means that the polluter-pays principle was perceived, by the legislator, as void of content. Indeed, it must not be forgotten that in all our Member States it is the administration which has been given the task – and thus also the responsibility – to protect the environment; it is the administration which issues the permit for an installation, fixes the conditions that are linked to the permit and has the obligation to ensure that the permit conditions are complied with. Had the Directive adopted the Commission proposal to *oblige* the administration to take remedial measures, be it in some cases only, the administration might well have felt an increased responsibility to issue strict permit conditions and to control potential polluters more carefully.

If we talk of justice in our society – where is justice for the impaired environment ranged?

In a number of judgments, the Court of Justice tried to interpret the Polluter-pays principle in a sense that is favourable to victims²². It is submitted, though, that these judgments have hardly a bearing under Directive 2004/35. They mainly concern waste law, where the polluter-pays principle was made compulsory, via secondary EU legislation, on the national law of Member States. Where EU law itself limits the application of this principle, by not making the polluter liable in numerous cases, and by not providing for a subsidiary responsibility of public administration, there is little perspective for extending the liability scheme of the Directive.

III. Damage caused by genetically modified products

The issue of genetically modified products progressively appeared in the discussion on environmental liability, after the adoption of the first EU directives on GMOs in 1990²³. The Commission Greenbook did not yet discuss specific

²² Court of Justice, case C-1/03 *vdWalle*, ECR 2004, p.I-7613; case C-188/07, *Mesquer*, ECR 2008, p.I-4501; case C-254/08 *Futura*, judgment of 16 July 2009.

²³ Directives 90/219 on the contained use of genetically modified micro-organisms, OJ 1990 L 117 p.1; 90/220 on the deliberate release of genetically modified

issues of liability for GMOs. The draft Lugano Convention²⁴ considered the production, handling, storage, use or discharge of genetically modified organisms which pose a significant risk for man, the environment or property to be a dangerous activity; where such products caused damage, the operator should be held strictly liable.

In this context, though, Article 25 of the draft Convention stated that EU Member States, in their mutual relations, had to apply EU law instead of the provisions of the draft Convention. This meant in practice that for EU Member States, the provisions of Directive 85/374 on product liability applied²⁵, and this Directive limited strict liability to cases, where there was a defect of a product; furthermore, economic damage was limited to non-commercial damage. These issues will further discussed below.

The Commission's White Paper considered the elaboration of a specific directive on damage caused by GMOs, but rejected this option in favour of a horizontal directive on environmental liability²⁶; this was not particularly detrimental, because the White Paper, as mentioned above, started from the assumption that an EU system of environmental liability would also include compensation of physical injury and economic loss.

As the introduction of the biotechnology technology came into a crisis in the late 1990s, the Commission accepted, in 2001, to submit a system of environmental liability for damage which was caused by GMOs²⁷. The Commission's proposal for directive 2004/35, however, excluded traditional damage altogether and provided for restoration of biodiversity damage and soil damage only. And this concept was not significantly changed by the final version of Directive 2004/35.

organisms, OJ 1990 L 117 p.15.

²⁴ Lugano Convention (note 7 above), Article 2.

²⁵ Directive 85/374 concerning liability for defective products, OJ 1985 L 210 p.29.

²⁶ Commission (note 9 above), section 5.5, p.26.

²⁷ Directive 2001/18 on the deliberate release of genetically modified organisms, OJ 2001 L 106 p1, recital 16: "The provisions of this Directive should be without prejudice to national legislation in the field of environmental liability, while Community legislation in this field needs to be complemented by rules covering liability for different types of environmental damage in all areas of the European Union. To this end, the Commission has undertaken to bring forward a legislative proposal on environmental liability before the end of 2001, which will also cover damage from GMOs".

The present state of EU law with regard to liability for damage caused by genetically modified products is thus as follows: Directive 2004/35 provides for remedial measures, where GMOs cause any damage that is covered by Directive 2004/35.

Furthermore, Directive 85/374 has set up a strict liability regime for physical injury and non-commercial economic loss which is caused by a defective GMO or a defective product containing GMOs. This Directive, makes the producer or the EU importer liable, excludes the liability of other persons such as traders and does not foresee of a collective liability system of a specific professional group.

Furthermore, it needs to be clarified that GMOs or GMO products which cause a damage – for example by contaminating organic farming products – are not necessarily defective. Indeed, under Directive 85/374, a product is defective when it does not offer the safety which a person is entitled to expect. This definition means that not every dangerous product is automatically defective: a pharmaceutical product may be dangerous; but when properly tested before marketing, it is not defective. In the same way a GMO which undergoes extensive tests prior to its authorisation, cannot normally be considered to be defective, though it might, of course be dangerous.

Directive 85/374 is based on the actual Article 114 FEU Treaty and the Court of Justice decided on several occasions that the Directive constituted a total harmonisation – which means in substance that Member States are not entitled to adopt legislation at national level which deviates from the provisions of Directive 85/374. In other terms: a national legislation which introduces a liability system for GMO products that are not defective, which provides for the responsibility of other persons than the individual producer of the defective GMO product or which provides for compensation of other damage than non-commercial damage is not compatible with existing EU law.

It is likely that controversies between this EU system on liability and existing or new national legislation on liability for damage caused by GMO products will have to be resolved by the Court of Justice, either on the initiative of the Commission which takes a Member State to the Court (Article 258 TFEU), or on

the initiative of a national court which tries to obtain a preliminary ruling from the Court of Justice under Article 267 FEU Treaty.

IV. The first years of experience with Directive 2004/35

What is not surprising with the first years of experience with the new Directive and its transposition into national law is the fact there are hardly any cases where the new provisions apply. This situation is not new. Some years ago, Germany had adopted legislation on environmental liability, and until now, there are extremely few cases where this act was applied in practice²⁸.

This raises the question, whether the approach of the Directive is not, in itself, the wrong one. Indeed, the provisions of the Directive may apply in the case of an environmental accident: an unforeseen and sudden event which damages the environment and which requires restoration. I would not exclude that in such cases, the Directive might have some application in practice; this is possible, though the two most relevant types of accident in modern society are explicitly excluded: nuclear accidents and tanker accidents with subsequent marine and coastal pollution. The restoration of the environment in other cases is severely hampered by the fact that article 8(4)(a) and (b) allow Member States to declare that the polluter should not bear the cost for the restoration, if he acted in compliance with a permit or if there was a so-called development risk. Furthermore, the Directive only applies to occupational activities other than those listed in Annex III, when the polluter was at fault or acted negligently (Article 3 (1) (b)). In cases, where a permit has been granted for exercising the occupational activity, it will normally be most difficult to prove fault or negligence from the side of the polluter.

The main reason, though, why the Directive will not have a great application is that the environment is not in particular damaged because of accidents, but because it is sick²⁹. The long and progressive degradation of the environment is the principal source of impairment. Think of the car emissions which lead to air

²⁸ Of course, this remark refers to cases which were decided by courts. It cannot be excluded that a certain number of cases were regulated by insurers or otherwise, before court litigation started. The likelihood of this is, however, limited

²⁹ The difference between accident insurance and sickness insurance plays a considerable role in social law for workers.

pollution: almost all cars comply with the existing emission limit values for air pollution; yet, the overall result of the emissions is the air contamination which causes so much damage to the environment and to human health. Agricultural activity, such as the use of fertilizers, pesticides and other chemicals, intensive livestock farming and other practices, are normally legal (authorised, not prohibited); yet, they contribute to groundwater and water pollution, to soil contamination, the development of monocultures, the loss of biodiversity etc. The greenhouse gas emissions which contribute to climate change, stem mainly, as far as anthropogenic sources are concerned, from activities which are permitted or, at least, not prohibited. Most of the chemicals in the environment come from perfectly legal activities etc.

Directive 2004/35 does not offer much help in such cases. Multiple causation by several sources, the link of causation between an activity and damage to the environment, the reversal of the burden of proof – the Directive leaves such questions almost entirely undecided. In the begin of the legislative work at European level, this omission was justified by the fact that the Directive did not intend to intervene to strongly in the traditional structures of civil liability legislation which had evolved in Member States during many decades. However, when the orientation of the Directive became, with the last Commission proposal, an exclusively public law orientation, the authors failed to reconsider the structure of the Directive and its integration into the existing mechanisms at Member State level.

European legislation has not yet developed any instruments to address this sickness aspect of the environment. It is clear that prevention is the best cure also against sickness, and there are several pieces of legislation which try to identify preventive measures which are to be taken against environmental impairment; examples include Directive 85/337 on the environmental impact assessment of private or public projects, before consent is granted; Directive 96/82 on major accident prevention for industrial installations; the double-hull equipment of petrol tankers in EU waters; Directive 2001/42 on environmental impact assessment of certain plans and programmes etc. However, these and other measures do not lose a word on the cumulative effect of pollutants and, normally, not either on the operation of an installation which generates the

principal quantities of pollutants and thus the biggest environmental impairment.

Is there a model for addressing the sickness of the environment? At least this author does not know of any such model in industrialised countries. Probably, the only way to address such issues is to develop a whole set of measures, among them

- systematically reducing the quantity of pollutants which enter the environment; this would include the emission from cars, airplanes,
- applying the substitution principle, according to which a dangerous substance shall systematically be replaced by another, less dangerous substance, where this is technically feasible;
- setting up eco-taxes for pollutant-emitting substances; these amounts could be collected and used for environmental restoration;
- developing criteria for assessing "damage" to the environment;
- developing criteria, when the impaired environment needs to be restored, without the polluter having a co-decision function in this (as under Directive 2004/35);
- establishing sanctions for environmental impairment which are serious and more than a mere mockery;
- realising that there is but one environment and orient the polluting activities according to the objective of protecting, preserving and improving the quality of this environment; at present, this basic requirement, laid down in Article 191 TFEU, is blatantly ignored, also by Directive 2004/35 itself.

There is one other aspect on which attention should be drawn. Under classical liability rules, it

is the victim which sues the wrongdoer and tries to get compensation. Directive 2004/35, opting for a public-law system, has laid the task to ask for restoration of the environment into the hands of the public administration. The very limited watchdog role which Articles 12 and 13 of the Directive grant to individuals and environmental organisations, may be left aside in this consideration: indeed, Articles 12 and 13 do not give any reward to persons acting under these

provisions; they ask private persons or bodies to collect documentation and material and transmit it to the responsible authority (provided, this authority is known). These systemic difficulties make it unlikely that Articles 12 and 13 will ever gain a significant importance in the EU society.

There is a similar problem with the administration being in charge of making the Directive's provisions operational: officials have no or little incentive to actively pursue the implementation of Directive 2004/35, earning the same amount of money, when they are active and when they are passive. From social security law, the reluctance of the administration to take action against responsible persons is well known. It is not very likely that the administration, in environmental issues, will be more prepared to actively and systematically take action to restore the impaired environment – except probably very clear and obvious cases, where responsibilities are established almost beforehand.

These and other considerations lead to the conclusion that the effect of Directive 2004/35 on the protection, preservation and improvement of the quality of the environment will most likely be very modest. It is a *green speak directive* which pretends to solving problems, while giving an alibi to authorities, governments and polluters to continue with the promotion of environmental sickness.

Prof. Dr. Ludwig Krämer

[Voltar ao Índice](#)

O DANO MORAL AMBIENTAL DIFUSO: CONCEITUAÇÃO, CLASSIFICAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA*

1. Introdução

O presente artigo objetiva analisar o dano moral ambiental difuso na doutrina e jurisprudência brasileira, levando-se em consideração a complexidade do dano em exame e as dificuldades que o sistema jurídico brasileiro enfrenta para efetivar a reparação dessa lesão que se dá através do instituto da responsabilidade civil.

Assim, partindo-se do pressuposto de que a lesão ao meio ambiente tem conseqüências irreversíveis do ponto de vista ecológico, o objetivo da discussão do dano moral emerge como possibilidade de uma reparação que, se não leva ao *status quo* anterior, ao menos possibilita uma maior integralidade da reparação das lesões ocasionadas a um bem que pertence não apenas as presentes gerações, mas, nos termos da própria Constituição da República Federativa do Brasil, também as futuras gerações. Dessa forma, a reparação do dano moral ambiental difuso caracteriza-se como uma maneira de compensação pelos danos que lesam um bem jurídico de fundamental importância para a sadia qualidade de vida da coletividade.

Nesse sentido, a fim de possibilitar uma reparação o mais integral possível, o ordenamento jurídico brasileiro, através da lei da ação civil pública, possibilita a responsabilização civil por danos morais ambientais. No presente artigo, objetivou-se especificamente verificar em que medida a jurisprudência brasileira tem interpretado os pressupostos legais e doutrinários relativos à responsabilidade civil por danos morais ambientais difusos.

* A redacção desta versão actualizada da conferência teve a colaboração de **Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira** — Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista do CNPQ. Membro do grupo de estudos "Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco" (certificado pela Instituição e cadastrado no CNPQ) — e de **Rodrigo Augusto Matwijkow Frozin** — Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e consultor jurídico do Departamento de Inovação Tecnológica da UFSC.

Assim, parte-se da seguinte hipótese: O Poder Judiciário brasileiro aceita a formulação teórica e normativa relativa aos danos morais ambientais difusos? Para responder a essa questão, estruturou-se o artigo da seguinte maneira. Inicialmente, foram estudados os conceitos de meio ambiente e de dano moral ambiental difuso, bem como a maneira pela qual se comprova essa modalidade de dano, para em seguida analisar o posicionamento dos tribunais brasileiros, através da seleção de algumas decisões emblemáticas sobre o tema, a fim de se verificar como o diálogo entre a teoria e a prática, esta realizada pelo Estado-juiz, vem sendo concretizada.

2.O conceito de meio ambiente e a existência do dano ambiental moral difuso

A conceituação do meio ambiente pode ser realizada através de duas abordagens: de forma ampla ou restrita. A primeira categoria considerará o conjunto das relações estabelecidas entre o homem e o meio ambiente, não apenas em função da ação transformadora das características físicas naturais do bem ambiental, mas, também, devido às relações culturais que são estabelecidas pelo homem em função das possibilidades de desenvolvimento social determinadas pelo meio ambiente. Nesse sentido, é necessário esclarecer que a definição de meio ambiente contempla não somente os elementos naturais, mas também os artificiais e culturais, os quais não poderiam ser excluídos da definição, considerando-se a necessidade de interação existente entre eles.

Já o conceito estrito atribuído ao meio ambiente restringirá as citadas relações de interação presentes na amplitude do conceito anteriormente estabelecido e, com isso, considerará meio ambiente “o *patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos*”¹. Tal noção, é evidente, nos dizeres de Milaré, “*despreza tudo aquilo que não diga respeito aos recursos naturais*”.²

Importa ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o conceito amplo, ao definir o conteúdo do meio ambiente no inciso I, do art. 3º, da Lei 6.938/81, nos seguintes termos:

¹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

² MIRRA. Álvaro Luiz Valery. MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e reparação do meio ambiente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 78.

Art. 3. Para os fins precisos nesta Lei, entende-se por:

I – Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Tal posicionamento erigido pelo ordenamento jurídico pátrio incorporou a concepção integral presente na relação entre o ser humano e o meio ambiente, sendo, portanto, concretização legislativa fundamentada no ideal de desenvolvimento pleno do ser, não unicamente em função da racionalização de suas necessidades materiais, mas primordialmente considerando-se as necessidades imateriais, que, obviamente, dizem respeito às relações culturais e sociais estabelecidas em função ou junto ao meio ambiente. Nesse sentido, a legislação brasileira, através do conceito jurídico de meio ambiente, procurou resguardar o meio ambiente considerando a amplitude de seu alcance.

Deve-se registrar também que na doutrina nacional prevalece o entendimento amplo quanto ao conceito que ora é buscado e cabe destacar, neste sentido, a definição elaborada por Silva que corrobora o posicionamento em questão:

O ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que se vive (...) O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.

O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais³.

³ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 20.

Cumprir destacar que a determinação do sentido jurídico a ser atribuída ao meio ambiente passa pela pormenorização de seus atributos, os quais denotarão a concretização de seu significado perante o mundo normativo. Tais atributos cumprem por definir o bem em questão como de uso e importância comum a todos, quanto à sua funcionalidade subjetiva, e ainda, quanto à sua natureza constitutiva, como bem incorpóreo e imaterial. Essas duas últimas características são como diretrizes fundamentais a justificarem a reparação extrapatrimonial quando existir o dano ao meio ambiente. Cabe ainda defini-lo em razão de integração existente entre suas partes constitutivas, a prosseguir no conceito amplo anteriormente tratado e entendê-lo como macro-bem ambiental, composto por micro entidades ambientais protegidas pela legislação específica.

Sendo assim, o meio ambiente, considerado em sua totalidade como macro-bem, é conceito jurídico relevante englobado pela legislação a corroborar a intenção de tratá-lo como o conjunto relacional estabelecido entre os micro-bens que o compõem. Desse modo, a lei n. 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, tratou de definir o meio ambiente, em seu art. 3, inciso I, a partir das relações e interações estabelecidas entre a sociedade e o meio ambiente como condicionantes da vida em suas diversas formas.

Deve-se registrar que essa noção de meio ambiente como macro-bem permite a construção de uma concepção bastante abrangente para a expressão dano ambiental. Nesse sentido, a análise da extensão dos danos ambientais permite a identificação de lesões de natureza patrimonial e extrapatrimonial; a primeira decorre de prejuízos a bens materiais e a segunda de perdas de ordem imaterial. Nesse sentido, Custódio alerta para o fato de que

"o dano moral, fundamentado em legítimo interesse moral, assume, nos dias de hoje, particular importância, notadamente "diante das questões de ordem ambiental e cultural", tendo em vista que "os notórios fenômenos da poluição ambiental ocasionam a degradação da qualidade de vida no meio ambiente, com reflexos direta

e indiretamente prejudiciais à vida, à saúde, à segurança, ao trabalho, ao sossego e ao bem-estar da pessoa humana individual, social ou coletivamente considerada”⁴.

No que toca ao dano moral ou extrapatrimonial, é possível observá-lo sob dois aspectos: o subjetivo e o objetivo. Constatar-se-á um dano ambiental extrapatrimonial subjetivo sempre que o interesse ambiental afligido relaciona-se a um interesse individual, ou seja, quando a lesão ao meio ambiente reflete negativamente em bens individuais de natureza imaterial, provocando sofrimento psíquico, de afeição ou físico à vítima. Há que se esclarecer que diante da existência de lesão a interesse individual, associada à degradação ambiental, tem-se, no caso concreto, o que se denomina de “dano ambiental extrapatrimonial de caráter individual”⁵.

Deve-se destacar que, quando o interesse ambiental atingido é o difuso, fala-se em dano extrapatrimonial ambiental objetivo. Este, por sua vez, caracteriza-se pela lesão a valor imaterial coletivo,⁶ pelo prejuízo proporcionado a patrimônio ideal da coletividade, relacionado à manutenção do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida.⁷ Neste contexto, Steigleder, em excelente trabalho sobre o dano ambiental no direito brasileiro, identifica três diferentes formas de expressão da dimensão extrapatrimonial do dano ambiental autônomo, a saber: (a) dano moral ambiental coletivo, caracterizado pela diminuição da qualidade de vida e do bem-estar da coletividade; (b) dano social, identificado pela privação imposta à coletividade de gozo e fruição o equilíbrio ambiental proporcionado pelos microbens ambientais degradados; e (c) dano ao valor intrínseco do meio ambiente, vinculado ao reconhecimento de um valor ao meio ambiente em si considerado – e, portanto, dissociado de sua utilidade ou valor econômico, já

⁴ CUSTÓDIO, Helita Barreira. Avaliação de custos ambientais em ações jurídicas de lesão ao meio ambiente. *In: Revista dos Tribunais*. V. 652: 14 – 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 19.

⁵ FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade de suas normas ambientais**. 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 191 e 192.

⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. La nueva ley ambiental argentina. *In: Revista de Direito Ambiental*. N. 29: 187 – 306. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 291.

⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. cit.* p. 305

que “decorre da irreversibilidade do dano ambiental, no sentido de que a Natureza jamais se repete”⁸.

Com efeito, sabe-se que o bem meio ambiente está ligado a um direito fundamental de todos e se reporta à qualidade de vida que se configura como valor imaterial da coletividade. A lesão a ele imposta importa, além de danos materiais – reparados por meio da recomposição dos microrganismos ambientais danificados ou destruídos –, danos extrapatrimoniais, os quais são caracterizados pela violação a direito cuja integridade é de interesse comum e indispensável ao respeito à dignidade humana.

Assim, não é difícil constatar que o meio ambiente equilibrado, por ser essencial à sadia qualidade de vida, configura-se como um dos bens e valores indispensáveis ao pleno desenvolvimento da personalidade humana. O ambiente, tal como objeto jurídico a ser protegido pelo ordenamento, é bem de interesse público, sendo, portanto, de titularidade coletiva. Trata-se de direito fundamental do ser humano, uma vez que indispensável ao direito à vida de cada cidadão. Embora não esteja previsto no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal, o próprio parágrafo 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988 determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, a partir da leitura do art. 225, que traz como titular do direito ao meio ambiente o sujeito “todos”, da indispensabilidade de se garantir um meio ambiente hígido a fim de possibilitar que a dignidade da pessoa humana – direito fundamental por excelência – seja devidamente preservada e do disposto do art. 5, § 2º, da Constituição Federal, tem-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui-se em direito fundamental do ser humano.

Esta constatação parte da idéia de que, no Brasil, não há *numerus clausus* que estabeleça uma identificação fechada e taxativa dos direitos da personalidade, permitindo uma ampla conceituação destes direitos, que são reconhecidos “a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma

⁸ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 174.

cláusula geral de tutela da pessoa humana”⁹. São, por conseguinte, as situações existenciais, compreendidas no âmbito do amplo conjunto de direitos ligados à dignidade humana – direito geral da personalidade, comum a todos os indivíduos –, que conduzirão a construção e identificação dos direitos específicos da personalidade.

Lembre-se, mais uma vez, que a perda de ordem imaterial, suportada pela coletividade em razão da degradação ambiental, é de natureza objetiva e, portanto, integra a ampla conceituação que já se confere aos danos extrapatrimoniais em geral,³⁹ caracterizados pela lesão a qualquer bem jurídico dessa natureza, assim como “a relevância cultural e o próprio interesse ecológico”.¹⁰

Sendo assim, como o “sentimento” negativo suportado pela coletividade decorrente da degradação ambiental é de caráter objetivo, e não referente a interesse subjetivo particular, fala-se em ofensa a um direito da personalidade de dimensão coletiva, já que os atributos que dão cor à dignidade do ser são estendidos a todos os indivíduos, e, assim, considera-se mais adequada a expressão dano extrapatrimonial ambiental, em detrimento do termo dano moral ambiental.

Esta argumentação tem sido acatada pela Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça¹¹, que, em brilhante entendimento do conteúdo do dano moral extrapatrimonial, destacou, em acórdão publicado em 26 de fevereiro de 2010, que:

O dano moral extrapatrimonial dever ser averiguado de acordo com as características próprias aos interesses difusos e coletivos **distanciando-se quanto aos caracteres próprios das pessoas físicas que compõem determinada**

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 118.

¹⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. Reparação do dano moral. In **Revista dos Tribunais**. V. 631: 29 – 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 31.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.057.274- RS (2008/0104498-1)**. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul versus Empresa Bento Gonçalves de Transportes Ltda. Relatora Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/ita.asp>>. Acesso em: 4 de mar. de 2010.

coletividade ou grupo determinado ou indeterminado de pessoas, sem olvidar que é a confluência dos valores individuais que dão singularidade ao valor coletivo. O dano moral extrapatrimonial atinge direitos de **personalidade do grupo ou coletividade** enquanto realidade massificada, que a cada dia mais reclama soluções jurídicas para sua proteção. É evidente que uma coletividade de índios pode sofrer ofensa à honra, à sua dignidade, à sua boa reputação, à sua história, costumes e tradições. **Isso não importa exigir que a coletividade sinta a dor**, a repulsa, a indignação tal qual fosse um indivíduo isolado. Estas **decorrem do sentimento coletivo de participar de determinado grupo ou coletividade, relacionando a própria individualidade à idéia do coletivo**¹².

Avançou da mesma forma o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, aceitando o dano extrapatrimonial ambiental e acatando que a lesão extrapatrimonial diz respeito a valores que afetam negativamente a coletividade e não a dor individual, conforme consta dos autos nº 1.0132.05.002117-0, relatado pelo Des. Carreira Machado, cujo acórdão foi publicado em 22 de outubro de 2008¹³. A ementa do acórdão recebeu a seguinte redação:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RECOMPOSIÇÃO DE ÁREA DESMATADA - DANOS MORAIS AMBIENTAIS - APELAÇÃO. - **O dano extrapatrimonial não surge apenas em consequência da dor, em seu sentido moral de mágoa, mas também do desrespeito a valores que afetam negativamente a coletividade.** A dor, em sua acepção coletiva, é ligada a um valor equiparado ao sentimento moral individual e a um bem ambiental indivisível, de interesse comum, solidário, e relativo a um direito

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.057.274- RS (2008/0104498-1)**. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul versus Empresa Bento Gonçalves de Transporte Ltda. Relatora Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/ita.asp>>. Acesso em: 4 de mar. de 2010.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0132.05.002117-0/001**. Ministério Público de Minas Gerais versus Itamar Faria de Paiva Filho. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=da no+moral+ambiental&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal =24%2F03%2F2010&resultPagina=10&dataAcordaolnicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 24 de mar. 2010.

fundamental da coletividade. - Configurado o dano extrapatrimonial (moral), eis que houve um dano propriamente dito, configurado no prejuízo material trazido pela degradação ambiental, e houve nexo causal entre o ato do atuado e este dano¹⁴ (grifo nosso).

Conforme se verifica, tal entendimento corrobora para que o dano ocasionado seja integralmente reparado. Nos casos ora trazidos, houve uma compreensão que vai além da dor e sua concepção individual, aceitando-se, portanto, que pode haver um dano extrapatrimonial coletivo em situações em que são atingidos direitos de personalidade do grupo ou da coletividade.

É de se ressaltar que, na esfera coletiva, a ofensa a bem imaterial distancia-se, portanto, da rígida noção de dor, sentimento este cuja configuração é necessária quando se trata do dano imaterial individual. Quando, no entanto, se considera a coletividade como titular de um mesmo direito é necessário que seja imposta uma flexibilização relacionada com o conceito de dor, haja vista nem todos os indivíduos de um grupo sentirem com a mesma intensidade a agressão a eles imposta. O que deve ser enfatizado é que, a despeito dessa variável intensidade que será imposta aos envolvidos com graus de reprovabilidade diferenciados, existirá, sem dúvida alguma, uma ofensa a um direito imaterial comum a todos, e que, por essa razão, deve ser garantido da forma mais segura possível.

O dano ambiental, ao ser tratado como ofensa a um direito de titularidade coletiva, deve ser, de modo pragmático, associado à garantia da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, considera-se que a tutela da boa gestão ambiental deve considerar a existência de um substrato comum que integra a percepção dos sujeitos que fazem parte da sociedade ou de determinado grupo localizado geograficamente. A existência desse substrato comum é a percepção incutida na consciência de cada indivíduo, tal como a

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0132.05.002117-0/001**. Ministério Público de Minas Gerais versus Itamar Faria de Paiva Filho. Disponível em :<

percepção do que lhe afeta ou do que lhe influencia o desenvolvimento ou a limitação de suas plenas faculdades humanas bem como de seu bem-estar físico e de sua plena integração cultural desenvolvida em razão das relações que estabelece com o meio natural.

3. Comprovação da ocorrência do dano extrapatrimonial ambiental difuso

Não há dúvidas quanto às dificuldades inerentes à comprovação e valoração de qualquer dano extrapatrimonial, contudo, essas dificuldades não podem impedir que haja a reparabilidade dessa classe de danos, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro possibilita a reparação do dano moral ambiental através da ação civil pública.

Tratando-se especificamente de danos morais ambientais, há que se considerar como suficiente para a comprovação do dano extrapatrimonial a caracterização do fato lesivo e intolerável ao meio ambiente. Assim, diante das próprias evidências fáticas da degradação ambiental intolerável, deve-se presumir a violação ao ideal coletivo relacionado à proteção ambiental e, logo, o desrespeito ao direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Cumprido destacar que, no que tange ao dano extrapatrimonial suportado por pessoa jurídica – que apresenta, da mesma forma que o dano extrapatrimonial ambiental difuso, caráter objetivo – pode-se dizer que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se encontra sedimentada, no sentido de admitir sua ocorrência e considerá-lo decorrente do simples fato danoso, não sendo necessária, portanto, a produção de prova de sua manifestação. Dentre os precedentes citados com frequência nos julgados sobre o assunto, vale mencionar o seguinte:

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. VERBETE N. 227, SÚMULA/STJ. “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (verbete 227, Súmula/STJ). **Na concepção moderna da reparação do dano moral prevalece a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se**

desnecessária a prova do prejuízo em concreto. Recurso especial conhecido e provido.¹⁵ (Grifou-se).

Sendo assim, da mesma forma que para os demais danos de natureza extrapatrimonial, não é necessária a prova técnica de configuração do dano ambiental extrapatrimonial; trata-se de um dano *in re ipsa*. Há que se atentar para os elementos que caracterizam o caso concreto e, diante deles, concluir se efetivamente foi lesado o aspecto da personalidade humana relacionado ao equilíbrio ambiental.¹⁶

Para este fim, será necessário avaliar se a interferência humana no meio ambiente provocou efetivamente “alteração adversa” das suas características. Fala-se, aqui, em análise do limite de tolerabilidade – e se este foi ou não ultrapassado –, já que ao se defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a intenção não é impedir qualquer alteração das condições primitivas do ambiente natural, mas sim evitar que essas alterações provoquem desequilíbrios e, conseqüentemente, prejudiquem a sadia qualidade de vida. E, para que haja a adequada identificação deste limiar de tolerabilidade, não basta que seja verificado se houve descumprimento de padrões de qualidade ambiental estabelecidos em regulamentos, sendo indispensável levar em consideração as peculiaridades do dano ambiental produzido pela sociedade de risco, dentre as quais se destacam: a falta de certeza quanto à prova e dimensão do dano e sua manifestação futura e dissociada de interesses pessoais; a dispersão do nexo causal, considerada tanto a distância temporal entre o fato danoso e a manifestação do dano, como as ações múltiplas, cumulativas e sinérgicas que o ocasionam.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 331.517**. Cristal Engenharia e Empreendimentos Ltda. versus Associação das Empresas de Incorporação de Goiás - ADEMI. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100807660&dt_publicacao=25/03/2002>. Acesso em: 02 abril 2010.

¹⁶ SÉRGIO CAVALIERI FILHO assevera que “o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum”. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 101.

Para a adequada aferição da ocorrência de dano ambiental moral, é preciso, sempre, avaliar, no caso concreto, se os impactos negativos nas características essenciais dos sistemas ecológicos são intoleráveis, mesmo se, eventualmente, forem reputados como produtos inevitáveis da sociedade de risco.¹⁷

Elucida Mirra que os padrões técnicos e científicos utilizados para aferir o dano imposto ao meio físico não são absolutos e, portanto, devem ser tomados como parâmetros de indicação, tal como referências de que a presença quantitativa de determinadas concentrações anteriormente fixadas de uma dada substância no meio ambiente não causarão malefícios à saúde do ser humano ou ao equilíbrio do sistema ecológico. Contudo, prossegue o autor, em certas ocasiões, mesmo que a interação de determinada substância esteja de acordo com os padrões estabelecidos ela poderá causar prejuízos ao equilíbrio ecológico,¹⁸ e, por conseguinte, gerar dano moral ambiental.

Assim, nota-se que mesmo que a atividade potencialmente poluidora desenvolvida esteja dentro dos limites estabelecidos pela ciência, tais elementos técnicos não devem vincular o juízo de ponderação do julgador para aferir o grau de reprovabilidade contida na conduta do poluidor. O que

¹⁷ ANNEISE MONTEIRO STEIGLEDER adverte que as "externalidades negativas são muitas vezes consideradas riscos socialmente toleráveis justamente em virtude de o risco ser o padrão da sociedade moderna, o que pode conduzir para que determinados níveis de poluição sejam reputados socialmente suportáveis e, portanto, não suscetíveis à configuração de dano ao ambiente". STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Op. cit.*, 2004, p. 80. Logo, "a falácia dos padrões de emissão deve ser desnudada, percebendo-se que a reparação dos danos ambientais autônomos exige que se "ouça" mais a Ecologia, quando da análise das circunstâncias concretas para a constatação da degradação". *Ibid.*, p. 271.

¹⁸ MIRRA. Álvaro Luiz Valery. *Op. cit.* p. 103.

deve preponderar é um juízo prático do julgador, voltado para a análise do caso concreto que objetive apurar se, mesmo com a observância dos padrões técnicos pré-estabelecidos, o equilíbrio do meio ambiente foi respeitado ou se as agressões a ele impostas extrapolaram a frieza dos dados científicos.¹⁹

Deste modo, conforme já salientado, a questão que se coloca é saber quando o homem deixa de usar racionalmente o bem ambiental e abusa deste, causando lesão, devendo-se registrar que a antijuridicidade, neste caso, não seria apenas a conduta *contra legem*, mas também as condutas anti-sociais que lesam ou limitam o pleno desenvolvimento da personalidade social e individual e da capacidade do ecossistema.

4. O Dano Extrapatrimonial Ambiental e a Jurisprudência Brasileira.

4.1 Evolução jurisprudencial

O debate na jurisprudência brasileira sobre o dano extrapatrimonial ambiental – em especial o objetivo, de natureza difusa – é recente e ainda carece de consolidação. Contudo, já é possível identificar alguns julgados que reconhecem esta dimensão do dano ambiental e a necessidade de garantir sua compensação.

Interessante mencionar, inicialmente, um caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no ano de 1999. Trata-se de ação civil pública, ajuizada pela Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis, em virtude de a exploração de saibro realizada em determinada área daquela municipalidade, apesar de devidamente licenciada, ter-se dado de forma desmesurada, sem que tivesse havido, ainda, a necessária recuperação da área degradada. Tal fato, como narrado na peça inicial,²⁰ teria causado incontestemente dano moral coletivo, uma vez que “a conduta ilícita

¹⁹ MIRRA. Álvaro Luiz Valery. *Op. cit.* p. 104.

²⁰ A petição inicial foi elaborada pelo Dr. Marcelo Buzaglio Dantas, tendo sido publicada na Revista de Direito Ambiental. nº 6, p. 206 – 216. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 206-216.

e lesiva dos requeridos acarretou uma séria ofensa ao patrimônio ambiental da coletividade, em especial dos habitantes do local, trazendo repercussões em várias esferas da vida social".²¹

Neste caso, o Juiz Volney Ivo Carlin proferiu sentença, deferindo o pedido de dano moral ambiental e estabelecendo que o *quantum* devido fosse revertido para o Fundo para Recuperação dos Bens Lesados. Obrigou ainda o degradador a recompor os danos materiais ocasionados pelo descumprimento do termo de ajustamento de conduta.²²

Este talvez tenha sido o primeiro julgado em que se admitiu a existência de dano extrapatrimonial ambiental, em seu aspecto objetivo. Contudo, a sentença foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, apesar de reconhecer a possibilidade de ocorrência de danos morais ambientais, não o considerou caracterizado no caso em exame, eis que entendeu inexistente a violação de sentimento coletivo, já que "o que houve foi a extração de saibro, devidamente autorizada pelo Poder Público, num terreno particular, que, segundo o testemunho de uma moradora das proximidades, já apresentava sinais de degradação antes mesmo do início das atividades da empresa co-ré".²³

Especial destaque deve ser concedido àquela que pode ser considerada, até o momento, a mais significativa decisão judicial reconhecendo a existência do dano extrapatrimonial ambiental. Trata-se de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²⁴ em 07 de

²¹ **Revista de Direito Ambiental**. n. 6: 206 – 216. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 215.

²² Trata-se do processo jurisdicional referente aos autos n. 2397255394-8, no qual figurou como parte autora a Fundação Municipal do Meio Ambiente (Floram) e figuraram como réus Maria Aparecida Moreira ME e outro, da Vara dos Feitos da Fazenda Pública. O *Estado de Florianópolis* de 10.10.1999, p. 10 e *DJ/SC* 10.315, de 08.10.1999.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Civil 2000.025366-9**. Arabutan Rabelo Avila versus Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis - FLORAM. Relator Desembargador Newton Janke. Disponível em <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=010000JF70000>>. Acesso em: 29 de março de 2010.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Civil nº 2001.001.14586**. Município do Rio de Janeiro versus Artur da Rocha Mendes Neto. Relatora Desembargadora Maria Raimunda T. De Azevedo. Disponível em <

agosto de 2002, nos autos do processo referente à Apelação Cível nº 2001.001.14586.

Nesse caso, o Município do Rio de Janeiro propôs ação civil pública objetivando a reparação de danos ambientais materiais e extrapatrimoniais, decorrentes do corte de árvores, supressão de sub-bosque e início de construção não licenciada em terreno próximo ao Parque Estadual da Pedra Branca. Pelo juízo singular foram acolhidos os pedidos de condenação na obrigação de desfazer as obras irregularmente executadas e de plantar 2.800 mudas de árvores de espécies nativas, com o objetivo de promover a recuperação da área degradada, ou seja, reparar os danos ambientais materiais.

Com vistas a garantir a compensação pelos danos extrapatrimoniais suportados pela coletividade, o Município do Rio de Janeiro apelou, tendo a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro reformado a sentença para admitir a ocorrência de danos morais coletivos decorrentes da ação danosa perpetrada contra o meio ambiente e condenando o apelado ao pagamento do equivalente a 200 salários mínimos. Do acórdão em comento, colhe-se trecho digno de nota:

a condenação imposta com o objetivo de restituir o meio ambiente ao estado anterior não impede o reconhecimento de reparação do **dano moral ambiental**. (...)

Uma coisa é o dano material consistente na poda de árvores e na retirada de sub-bosque cuja reparação foi determinada com o plantio de 2.800 árvores.

Outra é o dano moral consistente na perda de valores ambientais pela coletividade. O dano moral ambiental tem por característica a impossibilidade de mensurar e a impossibilidade de restituição do bem ao estado anterior.

Na hipótese, é possível estimar a indenização, pois a reposição das condições ambientais anteriores, ainda

que determinado o plantio de árvores, a restauração ecológica só se dará, no mínimo dentro de 10 a 15 anos.

Conforme atestam os laudos (fls. 11/12 e 17/18) **nesse interregno a degradação ambiental se prolonga com os danos evidentes à coletividade, pela perda de qualidade de vida nesse período**²⁵. (Grifou-se).

Com efeito, trata-se de relevante marco jurisprudencial, que deve impulsionar a consolidação do reconhecimento do dano ambiental extrapatrimonial difuso pela jurisprudência nacional e, conseqüentemente, promover a reparação integral dos danos ambientais.

4.2 O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: avanço ou retrocesso?

Em recente decisão, julgada em maio de 2006, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar pela primeira vez sobre a possibilidade de ocorrência de dano extrapatrimonial ambiental. Tendo em vista a análise *supra* delineada acerca da caracterização e respaldo legal dos danos extrapatrimoniais ambientais, sua inquestionável importância para a reparabilidade integral dos danos ambientais, bem como a evolução jurisprudencial brasileira sobre o tema, esperava-se daquele tribunal posicionamento que contribuísse para a consolidação desta modalidade de dano e, conseqüentemente, para a adequada proteção do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ledo engano.

A aceitação da existência do dano extrapatrimonial coletivo adquire importância alargada, porque, em nosso ordenamento, a devida proteção do meio ambiente foi elevada à categoria de direito fundamental garantido constitucionalmente. Trata-se de um direito cuja essência remete a outro direito fundamental, o direito à vida saudável, além de ser um direito de titularidade coletiva, que, inclusive, deve ser protegido não apenas para as presentes, mas também para as futuras gerações. Essa titularidade coletiva

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Civil nº 2001.001.14586**. Município do Rio de Janeiro versus Artur da Rocha Mendes Neto. Relatora Desembargadora Maria Raimunda T. De Azevedo. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 05 de abril de 2010.

importa ser considerada, porque é o fundamento do chamado dano moral coletivo, categoria na qual se enquadra o dano ambiental em questão.

O acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça anteriormente mencionado refere-se ao julgamento do Recurso Especial nº 598.281/MG, proposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, muito embora tenha reconhecido a responsabilidade dos recorridos (Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda) pelos danos ambientais materiais verificados na ocorrência de processo erosivo nos loteamentos do Bairro Jardim Canaã I e II, no Município de Uberlândia, não admitiu a existência de danos morais ambientais decorrentes de lesão à área de preservação ambiental. O relator do acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Desembargador Antônio Hélio Silva, concluiu que:

Ora, nota-se claramente que, tanto o Município quanto a segunda apelante foram omissos no dever que lhes competia de preservar o meio ambiente, ao permitirem que a área natural sofresse danos. A uma, pela ausência de fiscalização por parte do Município da área de preservação permanente ocupada pelos invasores, o que lhe competia fazer, como também por não ter adotado medidas eficazes para a contenção do processo erosivo que já havia se instalado no local. A duas, pela não execução do projeto de saneamento básico de forma a viabilizar o escoamento das águas pluviais, obras de responsabilidade da segunda apelante, conforme determinado no anteprojeto de aprovação do loteamento (fls. 238), ratificado pela perícia oficial (fls. 292, item II-2).

[...]

Assim sendo, procedente é o pedido formulado em ação civil pública, uma vez comprovado nos autos que houve prejuízo ao meio ambiente, sendo de se responsabilizar os agentes que por ação ou omissão tenham lesado o meio ambiente, os quais devem reparar o dano.

A condenação dos apelantes em danos morais é indevida, posto que dano moral é todo o sofrimento

causado ao indivíduo em decorrência de qualquer agressão aos atributos da personalidade ou aos seus valores pessoais, portando de **caráter individual, inexistindo qualquer previsão de que a coletividade possa ser sujeito passivo do dano moral.** (Grifou-se).

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, recorrendo ao Superior Tribunal de Justiça, através da interposição de recurso especial, sustentou que o acórdão hostilizado violou o previsto no artigo 1º, da Lei 7.347/85²⁶ e no artigo 14, parágrafo 1º, da Lei 6.938/81²⁷, que, como já visto, consubstanciam o aparato legislativo para a admissibilidade de ocorrência de danos morais ambientais e para a responsabilização do poluidor, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados ao meio ambiente e a terceiros. Os recorridos pugnam pela manutenção do acórdão, alegando que: (a) só existe dano moral de caráter individual e (b) a reparação do dano teria sido atendida pela condenação em obrigação de fazer, consistente na recomposição dos bens ambientais lesados.

A ementa do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, cujo relator foi o Ministro Teori Albino Zavaski asseverou que:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.²⁸

²⁶ O art. 1º, da Lei 7.347/85, estabelece que: "Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente".

²⁷ O parágrafo único, do art. 14, da Lei 6.938/81, assim dispõe: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente".

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 598.281**. Ministério Público do Estado de Minas Gerais versus Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda. Relator Des. Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em: 13 mai. 09.

No caso em exame, o Ministro Luiz Fux, acompanhado pelo Ministro José Delgado, votou pelo provimento do recurso e, portanto, pelo reconhecimento do dano ambiental extrapatrimonial difuso, caracterizado pela diminuição da qualidade de vida da população, em razão do desequilíbrio ecológico verificado no caso:

[...] 2. O **meio ambiente** ostenta na modernidade **valor inestimável** para a humanidade, tendo por isso alcançado a eminência de garantia constitucional.

3. O advento do novel **ordenamento constitucional** – no que concerne à proteção ao dano moral – possibilitou **ultrapassar a barreira do indivíduo para abranger o dano extrapatrimonial à pessoa jurídica e à coletividade**.

4. No que pertine a possibilidade de reparação por dano moral a interesses difusos como sói ser o meio ambiente amparam-na o art. 1º da Lei da Ação Civil Pública e o art. 6º, VI, do CDC.

5. Com efeito, o **meio ambiente** integra inegavelmente a categoria de interesse difuso, posto inapropriável *uti singuli*. Consectariamente, a sua lesão, caracterizada pela **diminuição da qualidade de vida da população, pelo desequilíbrio ecológico, pela lesão a um determinado espaço protegido, acarreta incômodos físicos ou lesões à saúde da coletividade**, revelando atuar ilícito contra o patrimônio ambiental, constitucionalmente protegido.

[...] 7. O **dano moral ambiental** caracterizar-se quando, além dessa repercussão física no patrimônio ambiental, sucede **ofensa ao sentimento difuso ou coletivo** - v.g.: o dano causado a uma paisagem causa impacto no sentimento da comunidade de determinada região, quer como v.g; a supressão de certas árvores na zona urbana ou localizadas na mata próxima ao perímetro urbano.

8. Consectariamente, o reconhecimento do **dano moral ambiental** não está umbilicalmente ligado à repercussão física no meio ambiente, mas, ao revés, relacionado à **transgressão do sentimento coletivo**, consubstanciado

no sofrimento da comunidade, ou do grupo social, diante de determinada lesão ambiental.

9. Destarte, não se pode olvidar que o meio ambiente pertence a todos, porquanto a Carta Magna de 1988 universalizou este direito, erigindo-o como um bem de uso comum do povo. Desta sorte, **em se tratando de proteção ao meio ambiente, podem co-existir o dano patrimonial e o dano moral, interpretação que prestigia a real exegese da Constituição em favor de um ambiente sadio e equilibrado.**

[...] 12. Recurso especial provido para condenar os recorridos ao pagamento de dano moral, decorrente da ilicitude perpetrada contra o meio ambiente, nos termos em que fixado na sentença.²⁹

Discordando do voto do Ministro Luiz Fux, o Ministro Teori Albino Zavascki, acompanhado pelo Ministro Francisco Falcão, negou provimento ao recurso por entender que a vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa individual. O dano moral seria, portanto, incompatível com a idéia da transindividualidade, que caracteriza o direito ao meio ambiente equilibrado. Entendeu o Ministro Teori Albino Zavascki que:

Ao contrário, portanto, do que afirma o recorrente — segundo o qual o reconhecimento da ocorrência de dano ambiental implicaria necessariamente o reconhecimento do dano moral (fl. 494) —, é perfeitamente viável a tutela do bem jurídico salvaguardado pelo art. 225 da Constituição (meio ambiente ecologicamente equilibrado), tal como realizada nesta ação civil pública, mediante a determinação de providências que assegurem a restauração do ecossistema degradado, sem qualquer referência a um dano moral³⁰.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 598.281**. Ministério Público do Estado de Minas Gerais versus Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda. Relator Des. Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em: 13 mai. 09. p. 5-6.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 598.281**. Ministério Público do Estado de Minas Gerais versus Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda. Relator Des. Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em: 13 mai. 09. p. 33.

Para o Ministro Zavaski, a existência do dano moral depende de lesão psíquica ocasionada ao indivíduo, devendo esta afetar as diversas esferas imateriais que integram a dignidade do ser humano, tais como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Assim, a lesão que enseja o dano moral deve atingir os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou valores que sejam reconhecidos pela comunidade na qual está inserido. Para exemplificar seu entendimento, o Ministro afirmou que: “O dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral – como por exemplo, na hipótese de destruição de árvore plantada por antepassado de determinado indivíduo, para quem a planta teria, por essa razão, grande valor afetivo”³¹.

O posicionamento do Ministro segue a linha argumentativa desenvolvida por Rui Stoco, o qual, por sua vez, entende que:

Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo. No plano jurídico, os demais bens da natureza, porque não dotados de personalidade, não são suscetíveis de ofensa moral³².

Ao entender que o dano moral se dá unicamente quando atingida a esfera individual do sujeito, o Ministro relator do acórdão em análise utilizou-se das lições do doutrinador acima mencionado para determinar que pleitear o dano moral coletivo equiparar-se-ia a um pedido de indenização em favor do próprio meio ambiente. O Ministro, assim como o doutrinador Rui Stoco, argüiu que uma hipotética condenação suportada com fundamento no dano moral coletivo estaria impondo a existência de ofensa moral aos mares, aos rios ou à Mata Atlântica.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n° 598.281**. Ministério Público do Estado de Minas Gerais versus Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda. Relator Des. Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em: 13 mai. 09. p. 3.

³² STOCO, Rui, **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 p. 896.

Ademais, vale ressaltar que, para Stoco, a proteção do bem ambiental deve ter como meta o resguardo e a preservação do bem ambiental através da reparação e da compensação a ser efetuada quando existir o dano, com o intuito de buscar o retorno das características naturais ao estado anterior ao da lesão. Por essa razão, a indenização ou a compensação pecuniária não condiria com a melhor forma de tutela do bem ambiental, pois estaria relegando ao segundo plano a efetiva restauração da natureza alterada pela ocorrência do evento causador do dano ambiental³³.

Destaca-se que o Ministro Teori Albino Zavascki delimita que a ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria. Nesse sentido, qualifica o dano moral como *personalíssimo* e somente visualiza a pessoa enquanto detentora de características e atributos próprios e invioláveis. Esse entendimento, contudo, não deve prevalecer, pois confunde o sujeito do direito com o objeto jurídico tutelado.

A Ministra Denise Arruda, por sua vez, afirmou que no caso em análise não restou comprovado o dano moral ambiental. Em seu voto-vista, reconheceu a possibilidade de responsabilização do poluidor pelos prejuízos ambientais de natureza material e moral suportados pela coletividade, tendo, todavia, considerado como elemento indispensável a comprovação de que houve violação do sentimento coletivo da comunidade local. Do voto da Ministra, extrai-se trecho que bem demonstra seu posicionamento:

Examinando os autos, e ainda que admitindo a possibilidade de ocorrência de dano moral em hipótese de verificação de dano ambiental, creio que o caso dos autos, em sua particularidade, não comporta condenação pelo alegado dano moral ambiental.

[...]

Na hipótese dos autos, as dificuldades acima indicadas mostram-se claramente, visto que, **comprovado o dano ambiental**, buscou-se a reparação pela recomposição decorrente da obrigação de fazer. No entanto, **no aspecto extrapatrimonial, não se procurou evidenciar a efetiva existência do dano coletivo e difuso**, restando a

³³ STOCO, Rui, **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 896

questão indefinida pelas instâncias ordinárias, pois a r. sentença não identificou objetivamente tal tipo de dano (coletivo e difuso), responsabilizando os réus pelo descaso e ilicitude das condutas (o que implicaria em dupla condenação, pois tais aspectos autorizaram a condenação por danos materiais), enquanto o c. Tribunal de origem afastou a sua existência, sob o fundamento de ser descabida a interpretação de que todas as hipóteses legais (incisos I a IV do art. 1º da LACP) autorizariam a indenização por danos morais³⁴. (Grifou-se).

Ao final do julgamento, foi negado provimento ao recurso do Ministério Público, por maioria, nos termos da ementa transcrita acima. Foram computados dois votos favoráveis (Ministros Luiz Fux e José Delgado) ao reconhecimento da ocorrência de dano ambiental extrapatrimonial difuso, e três votos, embora por fundamentos diferentes, pelo não provimento do recurso: em razão da impossibilidade de ocorrência de danos ambientais extrapatrimoniais (Ministro Teori Zavascki e Francisco Falcão) e da ausência de evidências que comprovem o referido prejuízo no caso em comento (Ministra Denise Arruda).

Após a minuciosa análise do emblemático julgado do Superior Tribunal de Justiça pergunta-se: o que há para se comemorar diante desse posicionamento? Certamente, o fato de que a discussão sobre o dano ambiental extrapatrimonial difuso já foi examinada pelo Superior Tribunal de Justiça e suscitou discussões inéditas demonstra a importância que o Direito Ambiental vem ganhando no Brasil. Ademais, a decisão, apesar de discrepar das tendências de evolução do Direito Ambiental e da própria teoria dos danos, não foi unânime e, por isso, revela a novidade e o dinamismo característicos das questões jurídico-ambientais.

Contudo, não se pode deixar de observar os retrocessos evidenciados nos votos vencedores, quais sejam: (1) A vinculação do dano moral à esfera

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 598.281**. Ministério Público do Estado de Minas Gerais versus Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda. Relator Des. Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em: 13 mai. 09. p. 38-39.

individual e de caráter unicamente subjetivo representa um retorno às origens do reconhecimento da existência e reparabilidade dos danos morais. Não admitir os danos morais coletivos significa ignorar todo processo de ampliação na caracterização do dano extrapatrimonial, que permitiu o reconhecimento do seu caráter objetivo – desvinculando-o de subjetivismos íntimos e individuais ligados à idéia de dor, vexame, tristeza e humilhação – e fundamentou a construção da idéia de que também a pessoa jurídica³⁵, assim como a coletividade, pode ser sujeito passivo de dano extrapatrimonial. (2) Da mesma forma, parece não fazer mais sentido insistir na necessidade de comprovação de um dano que, em razão de suas próprias peculiaridades, deve ser presumido a partir da análise do caso concreto e, portanto, da verificação do fato danoso e sua capacidade de provocar a lesão a bens de natureza extrapatrimonial. No caso em questão, deduz-se, da gravidade e intolerabilidade da degradação ambiental ocorrida, a diminuição da qualidade de vida da coletividade e, logo, a configuração do dano ambiental extrapatrimonial.

Ademais, neste julgado, verificou-se que a teoria do dano extrapatrimonial ambiental foi aceita pelos julgadores em maioria, por 3 (três) (Ministros Fux, José Delgado e Denise Arruda) votos a 2 (dois) (Ministros Teori Zavascki e Francisco Falcão), mas não foi aplicada devido às circunstâncias do caso concreto, conforme visto acima.

É curioso notar que, ainda que tenham sido estes os fundamentos para a inadmissibilidade do dano extrapatrimonial ambiental, o posicionamento do próprio Superior Tribunal de Justiça já se encontra sedimentado no que toca à admissibilidade do dano moral da pessoa jurídica (Súmula 227) e da desnecessidade de demonstração do prejuízo em concreto, por entender se tratar de dano *in re ipsa*.

³⁵ A esse respeito, Maria Celina Bodin de Moraes adverte a “incongruência da jurisprudência nacional, seguida pela doutrina majoritária, no sentido, de um lado, de insistir que o dano moral deve ser definido como dor, vexame, tristeza e humilhação e, de outro lado, de defender a idéia de que as pessoas jurídicas são passíveis de sofrer dano moral. Das duas uma: ou bem não mais se sustenta aquela definição – e outra, mais ampla, faz-se necessária –, ou bem a pessoa jurídica, pela sua própria natureza não tem legitimidade para tal tipo de compensação”. MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Op. cit.* p. 192.

Por fim, para demonstrar a dinâmica da evolução pela qual passa o Poder Judiciário, faz-se necessário analisar recente acórdão da mesma turma que julgou o Recurso Especial nº 598.281/MG. Trata-se de posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de manter a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que impôs condenação pecuniária por danos morais coletivos à empresa de distribuição de botijões de gás AGIP em decorrência da utilização de 'jingle' nos caminhões de distribuição de modo inapropriado, fato que foi configurado como a causa da poluição sonora difusa suportada pela coletividade.

Deve-se destacar que, nesse caso, foi por unanimidade que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 791.653/RS, em fevereiro de 2007, manteve o acórdão proferido pelo TJ/RS. O relator para o acórdão foi o Ministro José Delgado. A ementa do acórdão recorrido recebeu a seguinte redação:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLUIÇÃO SONORA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PERDA DE OBJETO. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA. Trata-se de ação civil pública aforada pelo Ministério Público objetivando que a ré se abstenha de utilizar o jingle de anúncio de seu produto, o qual seria gerador de poluição sonora no meio ambiente, o que ensejaria danos morais difusos à coletividade. Com relação à obrigação de fazer, a ação perdeu seu objeto por fato superveniente, decorrente de criação de lei nova regulando a questão. No entanto, **em relação aos danos morais, prospera a pretensão do Ministério Público, pois restou amplamente comprovado que, durante o período em que a legislação anterior estava em vigor, a requerida a descumpria, causando poluição sonora e, por conseguinte, danos morais difusos à coletividade.** APELO PROVIDO³⁶(grifo nosso).

O fundamento da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mantido pelo Superior Tribunal de Justiça, foi a amplitude e a gravidade do incômodo contidos na estratégia comercial utilizada pela empresa AGIP que

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 791.653**. AGIP versus Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator Min. José Delgado Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501799351&dt_publicacao=15/02/2007>. Acesso em: 02 de março de 2010.

resultou em desagrado à coletividade, dada a elevada intensidade com que o 'jingle' foi reproduzido para que a empresa conseguisse chamar a atenção. O resultado do julgamento foi a imposição da obrigação de reparar os danos morais ambientais difusos ocasionados à coletividade. Esta indenização serve, sem dúvida, para que a reparação dos danos seja a mais integral possível e para que seja colocada em xeque a linha argumentativa que protesta pela necessária vinculação do dano moral à lesão subjetiva. Segue, abaixo, a síntese da fundamentação elaborada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ora, evidente que o descumprimento dos limites legais estabelecidos gera a chamada poluição sonora ambiental, da qual resultam os danos morais postulados, presumidos do próprio ilícito praticado. No que diz respeito ao quantum indenizatório, deve-se considerar que o ato praticado pela demandada não se revestiu de maior gravidade, pois excedeu pouco o limite legal estabelecido (chegou a níveis de 61,9 decibéis - fl. 151 - quando o máximo permitido era 55 decibéis). Ademais, ainda que o jingle causasse algum incômodo, deve-se reconhecer que tinha uma certa utilidade pública, pois era a forma de aviso às donas de casa e empregadas domésticas (ainda assim, evidente que havia abuso por parte da empresa na sua utilização). Por tais motivos, arbitro os danos morais em R\$ 7.000,00, que devem ser corrigidos pelo IGPM a partir desta data, e acrescidos de juros legais desde a citação. A requerida deverá arcar, ainda, com as custas processuais. Por todo o exposto, manifesto-me pelo PROVIMENTO do apelo, nos termos acima consignados³⁷.

A decisão em questão foi emblemática e demonstra a perspectiva positiva que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e o Superior Tribunal de Justiça adotaram ao considerarem possível que a coletividade seja o sujeito passivo de uma ofensa imposta de modo difuso, que atingiu todos os residentes daquela área onde se deu a poluição sonora.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n ° 70000593406**. Ministério Público do Rio grande do Sul versus AGIPLIQUIGAS S.A. Disponível em : < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 23 de março de 2010. p. 4.

Assim, na resolução desse conflito, houve, sem dúvida alguma, um avanço no tratamento da questão, porque a discussão ficou centralizada em torno da configuração do dano ambiental moral difuso, ao contrário do que ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº 598.281/MG, no qual o debate da questão foi centralizado na vinculação do dano moral aos sentimentos de dor e de desconforto individuais, tendo sido afastada a possibilidade de a coletividade titularizar a indenização pecuniária por dano moral ambiental coletivo.

Assim, cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, ao aceitar o dano moral ambiental coletivo, vem captando as necessidades inerentes à complexidade do dano ambiental, que, por suas características, atinge não apenas a natureza, mas, também, o homem, seja individual ou coletivamente. Nesse sentido e constatando-se, portanto, a necessidade de o direito apresentar respostas aos conflitos diversos da sociedade contemporânea e de risco, há que se comemorar, ao menos em parte, pelos avanços verificados na jurisprudência brasileira sobre o tema.

4.3 A caracterização do dano moral ambiental

Conforme se asseverou anteriormente, a questão relativa à reparabilidade dos danos extrapatrimoniais, sejam eles individuais ou coletivos, jamais foi pacífica, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Neste contexto, mesmo para aqueles que defendem a possibilidade de reparação, a dificuldade de se apurar o *quantum debeat* referente à lesão moral sempre se afigurou como obstáculo dos mais complexos. Para os defensores da tese negativista, a dificuldade de se quantificar um prejuízo que não atinja diretamente o patrimônio sempre se constituiu em argumento a mais a reforçar seu entendimento. Trata-se, enfim, de tema sobre o qual doutrina e jurisprudência jamais assentiram.

Com efeito, se o dano extrapatrimonial individual se constitui na dor, na humilhação, enfim, na ofensa moral a bens de natureza essencialmente subjetiva, é indiscutível a profunda dificuldade existente para se avaliar o prejuízo decorrente de lesões desta natureza. Como se pode determinar, por exemplo, o valor de um dano à honra ou aos bons costumes?! Se a noção

destes interesses já é sabidamente subjetiva, mais ainda será uma eventual quantificação do prejuízo a eles causado.

Destaca-se que maior dificuldade ainda se vislumbra no tocante à reparação de danos extrapatrimoniais coletivos. Isto porque no que se refere à matéria mesmo os princípios de ordem essencialmente patrimonial já são de difícil reparação, como é o caso das lesões ao meio ambiente. Deveras, como se avaliar o dano extrapatrimonial causado a uma população que vive em uma área atingida por um desmatamento desmedido?! Ou por um rio inteiramente poluído?!

Entretanto, a dificuldade em se avaliar os danos extrapatrimoniais, quer individuais, quer coletivos, não pode ser razão para não se indenizar, como durante muito tempo quiseram fazer crer os adeptos da tese negativa da reparação. Ao revés, se assim fosse, poderia ocorrer um enriquecimento ilícito do causador do dano, o que é vedado pelo direito. Deste modo, configurado o dano extrapatrimonial, este há que ser reparado, não obstante as dificuldades existentes para sua valoração. Ante a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de normas legais que versem sobre as formas específicas de reparação do dano extrapatrimonial individual ou coletivo, fornecendo critérios que possibilitem uma melhor apuração do valor a ser indenizado àquele título, alternativas tiveram de ser buscadas, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

De fato, para que não se deixasse o dano moral sem reparação, especialmente após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, em que o mesmo foi erigido à qualidade de garantia individual e coletiva de todos os cidadãos, a doutrina privatista encontrou, dentro do próprio ordenamento jurídico vigente, uma solução para o impasse. Trata-se de normas contidas no artigos 944, 945, 946 e seguintes do Código Civil de 2002. Ressalte-se que o art. 946 traz regra de fundamental importância para a reparação do dano moral ambiental difuso ao estabelecer que “se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar”. Dessa forma, no

caso de obrigação indeterminada apurar-se-á o valor das perdas e danos por arbitramento.³⁸

Ora, não havendo critérios legais seguros para se aferir o *quantum* indenizatório do dano extrapatrimonial, deve o julgador, observadas as circunstâncias do caso concreto, utilizar-se do arbitramento para fixar o valor da condenação.³⁹

Diante dessa perspectiva, deve prevalecer a compreensão de que os danos extrapatrimoniais individuais e coletivos são passíveis de reparação, sendo que a quantificação deve ser feita por arbitramento. Entretanto, o *quantum debeat* será sempre variável, conforme as circunstâncias do caso concreto. Isso porque as lesões de ordem moral, ao contrário daquelas de natureza patrimonial, possuem uma abrangência deveras ampla, podendo lesar interesses estritamente subjetivos e da coletividade. Assim, a indenização moral decorrente da perda de um ente querido, por exemplo (dano moral individual), será diversa daquela surgida em virtude do corte de uma árvore (dano moral coletivo). Do mesmo modo, o agente causador do dano poderá ser uma empresa de grande porte ou um indivíduo qualquer, isoladamente considerado. Também a gravidade da lesão há que ser levada em conta, além de outros aspectos.

Neste sentido, avança os art. 944, do Código Civil brasileiro, estabelecendo ser a indenização medida pela extensão do dano e se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzi-la, eqüitativamente, a indenização. O art. 945, por seu turno, leva em consideração a necessidade da observação da gravidade da culpa do autor na fixação da indenização.

³⁸ Esta norma, embora proveniente do direito privado, é, a nosso ver, plenamente aplicável às condenações ocorridas em virtude de danos morais coletivos, diante da lacuna existente na legislação no tocante ao tema. O ideal, no entanto, seria a existência de expressa previsão legal concernente à matéria no âmbito da Lei da Ação Civil Pública ou do Código de Defesa do Consumidor, ou ainda – e o que seria mais recomendável – através da edição de um diploma legal específico para este fim. Trata-se de proposta *de lege ferenda*, que nos permitimos modestamente formular.

³⁹ A doutrina privatista, de um modo geral, pronuncia-se de acordo com este entendimento. Para José de Aguiar Dias: “Não é razão suficiente para não indenizar, e assim beneficiar o responsável, o fato de não ser possível estabelecer equivalente exato, porque, em matéria de dano moral, o arbitrário é até da essência das coisas”. DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

A propósito do assunto, muito se tem discutido. Destarte, a doutrina e a jurisprudência têm fornecido inúmeros subsídios consistentes na formulação de critérios para a aferição do dano extrapatrimonial. Na doutrina, o destaque deve ser dado para a brilhante lição da Professora Diniz, que assim se pronuncia:

É de competência jurisdicional o estabelecimento do modo como o lesante deve reparar o dano moral, baseado em critérios subjetivos (posição social ou política do ofendido, intensidade do ânimo de ofender: culpa ou dolo) ou objetivos (situação econômica do ofensor, risco criado, gravidade e repercussão da ofensa). Na avaliação do dano moral, o órgão julgante deverá estabelecer uma reparação eqüitativa, baseada na culpa do agente, na extensão do prejuízo causado e na capacidade econômica do responsável⁴⁰.

A jurisprudência, a seu turno, também tem dado guarida a certos critérios objetivos ou subjetivos.⁴¹

O entendimento doutrinário assinalado, embora não se refira a danos coletivos, aplica-se indubitavelmente a estes. É óbvio que, uma vez afetado um bem subjetivo ou da coletividade, seja ele de que natureza for, o dano causado deverá ser reparado, podendo-se utilizar, para tanto, os subsídios ora invocados. Assim, o aterramento de um rio, por exemplo, que cause prejuízos incomensuráveis à população da região, deve ser indenizado tanto sob o aspecto patrimonial quanto extrapatrimonial, levando-se em conta, em relação a este último, todas as circunstâncias do caso concreto.

Compete, pois, ao Poder Judiciário a importante tarefa de transplantar para a prática o disposto na Constituição Federal e na legislação ordinária acerca do dano extrapatrimonial ambiental. Somente com a reiteração dos pronunciamentos dos Tribunais no tocante à responsabilização civil dos

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 7. p. 79. (Responsabilidade Civil).

⁴¹ Neste sentido, já decidiu o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, "como não é possível encontrar-se um critério objetivo e uniforme para a avaliação dos interesses morais afetados, a medida da prestação do ressarcimento deve ser fixada ao arbítrio do Juiz, levando em conta as circunstâncias do caso, a situação econômica das partes e a gravidade da ofensa" (*Diário Oficial de Justiça de Santa Catarina*, de 30 abr. 1991, p. 13); do mesmo modo, a mesma Corte assim se pronunciou: "Na avaliação do dano moral se deve levar em conta a posição social e cultural do ofensor e do ofendido, a maior ou menor culpa para a produção do evento" (*Diário da Justiça de Santa Catarina*, 13 maio 1991, p. 19).

causadores de danos ao meio ambiente, é que se atingirá efetivamente o idealizado pelo legislador. E somente assim é que se poderá amenizar os efetivos prejuízos a valores equiparados à dor causados à coletividade, por ofensa à qualidade de vida, ao mesmo tempo em que se impõe ao causador da lesão uma sanção pelo mal praticado, além de servir para desestimulá-lo a repetir a lesão ambiental.

5. Considerações finais

Vive-se, atualmente, um contexto no qual os riscos inerentes às atividades produtivas impõem situações que produzem ameaças significativas a serem suportadas pelo meio ambiente e, conseqüentemente, pelo homem, na medida em que repercutem na diminuição do bem-estar da coletividade. Essa conjuntura impõe que o meio ambiente seja devidamente tutelado de modo preventivo e precaucional, por meio da criação de ferramentas e práticas existentes em nível sócio-político ou, ainda, de modo coercitivo, quando, após a existência do dano, seja determinado ao poluidor que repare a lesão produzida, privilegiando-se, sempre, a reparação integral dos danos causados.

Buscou-se, no presente trabalho, discutir como os tribunais brasileiros e, em especial, o Superior Tribunal de Justiça, têm se posicionado diante da questão relativa à reparação dos danos ocasionados ao meio ambiente, partindo-se do pressuposto de que tais danos, sejam eles materiais e/ou morais, devem ser integralmente reparados, conforme estabelece o ordenamento jurídico brasileiro e a doutrina pertinente sobre a matéria.

Verificou-se que os chamados danos morais ambientais referem-se aos “sofrimentos” da coletividade decorrentes das lesões ambientais intoleráveis. Trata-se, portanto, de danos que ocasionam perda ou diminuição de qualidade de vida, que se refere ao conjunto de prerrogativas propiciadas por um meio ambiente saudável e que contribuem para o desenvolvimento sadio da qualidade da personalidade da pessoa humana.

Conforme foi analisado, o dano moral ou extrapatrimonial ambiental poderá ser subjetivo ou objetivo. Fala-se em subjetivo sempre que o interesse

ambiental afligido relaciona-se a um interesse individual, ou seja, quando a lesão ao meio ambiente refletir negativamente em bens individuais de natureza imaterial, provocando sofrimento psíquico, de afeição, ou físico à vítima. Assim, diante da existência de lesão a interesse individual, associada à degradação ambiental, tem-se o que se denomina de “dano ambiental extrapatrimonial de caráter individual”. Tem-se por, sua vez, dano moral ambiental objetivo ou difuso quando a lesão verificada atinge valor imaterial coletivo, pelo prejuízo proporcionado a patrimônio ideal da coletividade, relacionado à manutenção do equilíbrio ambiental e da qualidade de vida

Conforme foi constatado, a jurisprudência brasileira já admite a possibilidade de existir o dano moral ambiental difuso, em consonância com o aparato legislativo em vigor (art. 225 da Constituição da República, artigo 14 parágrafo 1º da Lei 6.938/81 e artigo 1º, inciso I, da Lei 7.347/85) e com os avanços da construção doutrinária relacionada ao assunto.

Comemora-se o fato de o tema ter sido levado ao Superior Tribunal de Justiça. Verificou-se que nesse tribunal há dois julgados sobre a matéria. No primeiro, referente ao Recurso Especial nº 598.281/MG, o debate ficou centralizado na vinculação do dano moral aos sentimentos de dor e de desconforto individuais, tendo sido afastada a possibilidade de a coletividade titularizar a indenização pecuniária por dano moral ambiental coletivo. Ao final do julgamento, foram computados dois votos favoráveis (Ministros Luiz Fux e José Delgado) ao reconhecimento da ocorrência de dano ambiental extrapatrimonial difuso e três votos, embora por fundamentos diferentes, pelo não provimento do recurso, em razão da impossibilidade de ocorrência de danos ambientais extrapatrimoniais (Ministro Teori Zavascki e Francisco Falcão) e da ausência de evidências que comprovem o referido prejuízo no caso em comento (Ministra Denise Arruda).

No segundo caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, referente ao Recurso Especial nº 791.653/RS, relativo aos danos morais oriundos de poluição sonora, a discussão a respeito da vinculação do dano moral à dor individual restou superada, demonstrando uma evolução na jurisprudência acerca da matéria. Nesse caso, o STJ entendeu ser possível que a coletividade seja o

sujeito passivo de uma ofensa imposta de modo difuso, que atingiu todos os residentes daquela área onde se deu a poluição sonora.

A eleição das jurisprudências analisadas serviu como ferramenta para demonstrar que a responsabilidade civil em matéria ambiental tem servido não apenas para reparar danos materiais, mas também danos morais, e, com isso, buscou-se evidenciar que o Superior Tribunal de Justiça alargou seu entendimento e superou algumas dificuldades que antes eram impostas à reparação integral do dano ambiental coletivo. Desta feita, a já citada vinculação do dano moral ao sentimento de dor ou desconforto individual foi superada e não mais deve ser considerada como um entrave para a aceitação do dano moral ambiental difuso nos tribunais brasileiros.

Espera-se que o avanço verificado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sirva como precedente para o Poder Judiciário brasileiro a fim de amenizar os efetivos prejuízos causados à coletividade, por ofensa à qualidade de vida, impondo-se ao causador da lesão uma sanção pelo mal praticado e desestimulando condutas que causem danos ao direito fundamental de toda a coletividade: o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

6. Referências Bibliográficas

DOCTRINA:

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 5ª ed. revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Avaliação de custos ambientais em ações jurídicas de lesão ao meio ambiente**. In: Revista dos Tribunais. Vol. 652. P. 14 – 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol. 7. São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Reparação do dano moral**. In Revista dos Tribunais. Vol. 631. P. 29 – 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade de suas normas ambientais**. 2ª edição revista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **La nueva ley ambiental argentina**. In: Revista de Direito Ambiental. Vol. 29. P. 187 – 306. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e reparação do meio ambiente**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STOCO, Rui, **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JURISPRUDÊNCIA:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 331.517/GO**. Cristal Engenharia e Empreendimentos Ltda. versus Associação das Empresas de Incorporação de Goiás - ADEMI. Relator Min. Cesar Asfor Rocha. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200100807660&dt_publicacao=25/03/2002>. Acesso em: 02 abril 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 598.281/MG**. Ministério Público do Estado de Minas Gerais versus Município de Uberlândia e Empreendimentos Imobiliários Canaã Ltda. Relator Des. Luiz Fux. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em: 13 mai. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 791.653**. AGIP versus Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator Min. José Delgado Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200501799351&dt_publicacao=15/02/2007>. Acesso em: 02 de março de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.057.274/RS**. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul versus Empresa Bento Gonçalves de Transportes Ltda. Relatora Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/ita.asp>>. Acesso em: 4 de mar. de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0132.05.002117-0/001**. Ministério Público de Minas Gerais versus Itamar Faria de Paiva Filho. Disponível em:

<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=&ano=&txt_processo=&dv=&complemento=&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=dano+moral+ambiental&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=24%2F03%2F2010&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 24 de mar. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Apelação Civil nº 2001.001.14586**. Município do rio de Janeiro versus Artur da Rocha Mendes Neto. Relatora Desembargadora Maria Raimunda T. De Azevedo. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 05 de abril de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70000593406**. Ministério Público do Rio grande do Sul versus AGIPLIQUIGAS S.A. Disponível em : < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=juris>>. Acesso em 23 de março de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Civil 2000.025366-9**. Arabutan Rabelo Avila versus Fundação Municipal do Meio Ambiente de Florianópolis - FLORAM Relator Desembargador Newton Janke. Disponível em <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=010000JF70000>>. Acesso em: 29 de março de 2010.

José Rubens Morato Leite

Mestre pela University College London, Doutor em Direito Ambiental pela Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-Doutor em Direito Ambiental pelo Centre of Environmental Law, Macquarie University, Sydney, Austrália. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da UFSC. Consultor e Bolsista de Produtividade do CNPq. Coordenador do Grupo de Pesquisa *Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco*, do CNPq.

[Voltar ao Índice](#)

O PRINCÍPIO DO POLUIDOR PAGADOR COMO PRINCÍPIO NUCLEAR DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL NO DIREITO EUROPEU

Princípios subjacentes à responsabilidade ambiental

Vamos proceder à análise do sistema de responsabilidade ambiental, tal como está estabelecido na União Europeia desde 2004 – pela Directiva 2004/35, de 21 de Abril de 2004 – e, entre nós, desde 2008 – pelo Decreto-Lei n.º 147/2008 de 29 de Julho – na perspectiva de encontrar os princípios estruturantes fundamentais.

A especial importância dos princípios¹ no direito ambiental², resulta da necessidade de dar **coerência** e **racionalidade** a um vastíssimo conjunto de normas ambientais; de garantir a **estabilidade** a um sistema que não pára de evoluir e de se expandir a velocidades vertiginosas; de **flexibilizar** e tornar **juridicamente inteligível** um direito algo rígido, composto por normas ambientais caracterizadas pelo seu pendor fortemente técnico, por vezes de difícil apreensão pelos menos habituados a encontrar uma tamanha densidade científica e técnica nas leis.

São vários os princípios ambientais³ que informam o presente regime da responsabilidade por danos ambientais: o princípio do poluidor pagador, o

¹ Encontramos um tratamento mais desenvolvido do tema das funções dos princípios de Direito do Ambiente nas obras de Nicolas de Sadeleer: “Le principe du pollueur-payeur: idéal régulateur ou règle de droit positif?”, in: *Aménagement-Environnement*, numéro spécial, 1995; *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Universités Francophones, Bruylant/AUF, Bruxelas, 1999, p. 247 e ss.; “Environmental principles, modern and post-modern law”, in: *Principles of European Environmental law*, Richard Macrory (ed.), Europa Law Publishing, 2004, p. 225 e ss..

² Gerd Winter trata da natureza jurídica dos princípios ambientais, distinguindo entre princípios políticos e princípios jurídicos (“La natura giuridica dei principi ambientali nel diritto internazionale, nell’Unione Europea ed in alcuni ordinamenti nazionali”, in: *La Forza Normativa dei Principi*, Domenico Amirante (org.), CEDAM, 2006, p. 89 e ss.

³ Numa perspectiva substancialmente diferente, Carla Amado Gomes procura reduzir os princípios do Direito do Ambiente “à expressão mais simples”, desvalorizando “falsos princípios”, princípios não exclusivos do Direito do Ambiente e princípios “sobrepastos”. O princípio do poluidor pagador é precisamente um dos exemplos de um princípio “sobrepasto” com outro, não especificamente ambiental, que é o princípio da igualdade na repartição de encargos públicos (“Direito Administrativo do Ambiente”, in: *Tratado de Direito Administrativo Especial*, Volume I, Almedina, 2009, p. 188 e ss.).

princípio do desenvolvimento sustentável, o princípio da prevenção, o princípio da correcção na fonte e o princípio da integração definem as grandes linhas orientadoras do regime europeu e, conseqüentemente, do regime nacional⁴.

Destes, apenas o princípio do poluidor pagador e o princípio do desenvolvimento sustentável são expressamente considerados como *princípios*, na Directiva europeia. No entanto, não há dúvidas de que também as ideias de *prevenção e correcção na fonte* perpassam todo o regime, aflorando especialmente nos artigos 5º (sobre acções de prevenção) e 8º (sobre custos de reparação e prevenção). O princípio da *integração*⁵, por sua vez, fundamenta o surgimento do próprio regime de responsabilidade ambiental e explica que as preocupações ambientais tenham conseqüências directas sobre as condições de desenvolvimento das actividades económicas.

Além destes princípios, no direito português, encontramos ainda mencionado o *princípio da responsabilização*⁶, através de uma remissão para a Lei de Bases do Ambiente. Na Lei de Bases, a responsabilização surge definida como o princípio que “aponta para a assunção pelos agentes das conseqüências, para terceiros, da sua acção, directa ou indirecta, sobre os

⁴ O princípio da precaução não encontra reflexo nas regras de responsabilidade ambiental, já que os deveres do operador se reduzem à evitação de “ameaças eminentes” de danos. A “ameaça eminente de danos” (mencionada vinte e quatro vezes ao longo do texto e preâmbulo da Directiva) é entendida como “probabilidade suficiente da ocorrência de um dano ambiental num futuro próximo” (artigo 2º, n.º9), o que está longe da mera probabilidade séria de danos futuros e longínquos, com que se basta o princípio da precaução. Aliás, em várias ocasiões a lei parece fazer referência a exigências de certeza científica que se situam nos antípodas do princípio da precaução. Por exemplo: os “danos” são “alterações mensuráveis” (artigo 2º, n.º2), o período de tempo relevante para aferir o “estado de conservação das espécies” é “um futuro previsível” (artigo 2º, n.º4 b)); a poluição de carácter difuso só dará origem a responsabilidade se for possível “estabelecer um nexo de causalidade entre os danos e as actividades de operadores individuais” (artigo 4º, n.º5); nos critérios de significatividade, só relevam os danos com “efeitos comprovados para a saúde humana” (anexo I).

⁵ Encontramos a formulação europeia do princípio no actual artigo 11.º (anterior artigo 6.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia - TCE) do Tratado sobre o funcionamento da União: “As exigências em matéria de protecção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e acções da União, em especial com o objectivo de promover um desenvolvimento sustentável.”

⁶ Sobre a relação entre o PPP e o princípio da responsabilidade no Direito Europeu, ver Ersiliagrazia Spatafora, “Aspetti Economici e Giuridici del Principio «chi inquina paga» nella Politica Ambientale dell'Unione Europea”, in: *Apollinaris*, LXVIII, 1995, p. 668 e ss..

recursos naturais" (artigo 3º h)). Ou seja, nesta acepção, o princípio da responsabilização legítima apenas actuações *a posteriori*, (depois de os danos ambientais terem ocorrido) e não actuações preventivas (antes de se verificarem quaisquer consequências), que são aquelas principalmente visadas pelo novo sistema de responsabilidade ambiental. Trata-se, por isso, de uma formulação mais próxima do clássico regime de responsabilidade civil, do que do princípio do poluidor pagador⁷.

Por outro lado, a definição legal do princípio da responsabilização peca por ser excessivamente antropocêntrica, abrangendo apenas os danos causados ao Homem através do ambiente e não os danos causados ao ambiente em si mesmo. A única forma de contornar esta crítica seria alargar o conceito de **terceiros**, a ponto de abranger também espécies animais e vegetais (fauna e flora), o que talvez seja algo excessivo.

Ora, a inserção do princípio da responsabilização no diploma nacional de transposição da Directiva europeia só não é criticável, porque o legislador nacional resolveu incluir, no mesmo diploma legal, regras relativas à responsabilidade civil ambiental, (objectiva e subjectiva) no capítulo II, ao lado da chamada "responsabilidade administrativa", no capítulo III. Assim, o capítulo II (artigos 7º a 10º) trata de responsabilidade civil, sendo fundado no princípio da responsabilização; ao passo que os capítulos III, IV e V (artigos 11º a 37º), que consistem na transposição da Directiva de 2004, seriam especialmente fundados nos princípios do poluidor pagador, do desenvolvimento sustentável, da prevenção, da correcção na fonte e da integração.

⁷ Um estudo aprofundado que procura aproximar geneticamente o PPP e o instituto da responsabilidade civil foi desenvolvido por António Amaro Leitão em 2004 ("Tal Pai Tal Filho: os Caminhos Cruzados do Princípio do Poluidor Pagador e da Responsabilidade Ambiental", in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º23/24, 2005, p. 9-108). Em sentido diverso, Gomes Canotilho distingue claramente o instituto da responsabilidade do princípio do poluidor pagador em qualquer das suas três "variantes" (A Responsabilidade por Danos Ambientais. □Aproximação Juspublicística" in: *Direito do Ambiente*, Instituto Nacional da Administração, 1994, p. 400-401). Num contexto diferente, e a propósito do estudo dos impostos ambientais, Carlos Baptista Lobo defende igualmente uma separação entre os dois: o PPP não poderá ser aferido como legitimador das pretensões indemnizatórias do instituto da responsabilidade civil" (Imposto Ambiental. Análise Jurídico-Financeira, in: *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, n.º2, 1994, p. 30-31) .

O princípio do poluidor pagador

Mas, de todos os princípios ambientais que, como vimos anteriormente, têm ligação directa ou indirecta à responsabilidade ambiental, é o princípio do poluidor pagador (PPP) que é considerado como o princípio fundamental inspirador deste regime.

Para Michel G. Faure e Julien Hay, a responsabilidade ambiental europeia dá cumprimento ao PPP, tal como está inscrito no Tratado, pois o objectivo não é tanto compensar as ofensas ao ambiente, mas incitar os operadores de actividades perigosas a minimizar os riscos de danos ambientais¹.

Também Anna Karamat defende que o regime da responsabilidade ambiental estabelecido pela Directiva se distingue dos regimes de responsabilidade tradicionais, já que a directiva não identifica nem as vítimas a indemnizar,² nem um Tribunal (pelo menos num primeiro momento) e não cobre os danos tradicionais (danos às pessoas, aos bens e perdas económicas). Daí falar-se em "responsabilidade administrativa"³.

O destaque que recebe o PPP, faz dele o eixo central, em torno do qual gira toda a responsabilidade ambiental. No preâmbulo da Directiva, esta asserção figura de forma clara: "o princípio fundamental da presente directiva deve portanto ser o da responsabilização financeira do operador, cuja actividade tenha causado danos ambientais ou a ameaça iminente de tais danos, a fim de induzir os operadores a tomarem medidas e a desenvolverem práticas por forma a reduzir os riscos de danos ambientais". Trata-se, evidentemente, de uma alusão ao PPP. Na realidade, não deixa de ser curioso

¹ "Analyse Économique de la Responsabilité Environnementale. Perspectives Théoriques et Empiriques", in: *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, Dalloz, 2009, p. 85.

² Na lei portuguesa, o direito das vítimas a serem compensadas está previsto no capítulo II (artigos 7 a 10, sobre responsabilidade civil). Sobre o tratamento jurídico das vítimas de acordo com os fins preventivos do PPP ver os estudos pioneiros de Serge-Christophe Kolm, "Les Pollueurs Doivent ils Être les Payeurs?" *The Canadian Journal of Economics*, vol IV 2-11 1971 e "Les Pollués Doivent-ils Payer?" (*Kyklos* vol XXVI 1973).

³ «La directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale: défis principaux de la transposition et de la mise en œuvre», in: *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, Dalloz, 2009, p. 207.

que esta Directiva seja apresentada pelas próprias Instituições europeias como o “primeiro acto de direito comunitário que conta entre os seus objectivos principais a aplicação do princípio do poluidor pagador”⁴.

No direito português da responsabilidade ambiental, a atitude perante o PPP é algo contraditória: por um lado, este é o único princípio que surge citado simultaneamente no preâmbulo e no texto legal, deixando antever uma especial importância na conformação do regime da responsabilidade; mas por outro lado, o princípio parece não ser assumido com a mesma convicção com que surge ao nível europeu, na medida em que só é mencionado através de remissão para a Directiva⁵. Em qualquer caso, o PPP não deixa de ser a última *ratio* que motiva o regime legal de responsabilidade ambiental mesmo em Portugal. A prova disto são as considerações preambulares do Decreto-lei n.º 147/2008, de inspiração puramente economicista, recorrendo a um *linguajar* típico da economia ambiental, na defesa da aplicação de instrumentos económicos à protecção ambiental, com o objectivo de “obter uma alocação economicamente mais racional dos recursos” e por crer que este sistema gerará “necessariamente menores custos administrativos para o Estado e para o particular”.

Já nos tribunais europeus, o PPP foi recentemente considerado, pela advogada geral alemã junto do Tribunal de Justiça, Juliane Kokott, como um “princípio director da directiva relativa à responsabilidade ambiental”⁶.

Para saber se é realmente assim, façamos a história do nascimento e evolução do princípio na Europa.

⁴ É assim que surge descrita a Directiva 2004/35 nas sínteses de legislação constantes do portal oficial da União Europeia, a propósito das Interações da política empresarial com outras políticas.

⁵ Artigo 1º: “O presente decreto -lei estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais e transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que aprovou, com base no princípio do poluidor -pagador, o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais (...)”.

⁶ Processos apensos C-378/08, C-379/08 e C-380/08, reenvios prejudiciais no âmbito de processos instaurados por empresas ligadas à indústria química, de plásticos, refinarias e embalagens, contestando medidas de contenção de danos impostas pelas autoridades competentes italianas.

É sabido que o PPP nasceu, para o Direito Comunitário⁷, com o primeiro programa comunitário de acção em matéria de ambiente⁸, em 1973; em 1975, através da Recomendação do Conselho n.º75/436, de 3 de Março, relativa à imputação dos custos e à intervenção dos poderes públicos em matéria de ambiente, o PPP ganhou novo fôlego e reforço da sua densidade normativa (com a clarificação das condições da sua aplicação a situações mais complexas, como a *poluição cumulativa* e as *cadeias de poluidores*); em 1989, conquistou dignidade *constitucional*⁹ pelo Acto Único Europeu, que instituiu a política comunitária do ambiente e definiu, ao nível do Tratado da Comunidade Económica Europeia, os objectivos e princípios fundamentais da nova política.

Nesta altura o princípio adquiriu força legiferante, a qual se traduziu na sua consagração em regulamentos e directivas sectoriais. Desde a Directiva sobre a avaliação de impacte ambiental, à Directiva que estabelece o licenciamento ambiental; desde a Directiva-quadro da Água à Directiva-quadro dos Resíduos, o princípio do poluidor pagador é um elemento omnipresente e uma referência na legislação europeia... e, conseqüentemente, nas legislações nacionais de transposição de vinte e sete ordenamentos jurídicos europeus diferentes.

Paralelamente continuou, por força do já mencionado princípio da integração, a servir de critério de aferição da validade de todas as disposições de direito comunitário, adoptadas dentro e fora da política ambiental. A nível judicial, a sua aparição nos julgamentos dos Tribunais Europeus é frequente,

⁷ No Direito Internacional o PPP teve a sua origem num acto não vinculativo da OCDE (a Recomendação C(72)128 de 26 de Maio de 1972, intitulada "Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies"), que continha uma definição sintética do princípio: "este princípio significa que o poluidor deve suportar os custos de desenvolver as medidas de controlo da poluição decididas pelas autoridades públicas para garantir que o ambiente esteja num estado aceitável". Nas palavras de Sanford Gaines, a OCDE foi a *progenitora* e tem sido a *guardiã* do princípio ("The Polluter-Pays Principle: From Economic Equity to Environmental Ethos", in: *Texas International Law Journal*, vol 26, nº1, 1991).

⁸ Aprovado pela Declaração de 22 de Novembro de 1973 do Conselho das Comunidades Europeias e dos Representantes dos Governos dos Estados-membros, reunidos no Conselho.

⁹ Sobre o debate em torno da "constitucionalização" dos princípios ambientais em França, através da inclusão da *Carta do Ambiente* na Constituição, foi publicado, em 2003, um número especial da *Revue Juridique de l'Environnement*, intitulado "La Charte Constitutionnelle en Débat".

sobretudo para controlar a conformidade de certas taxas¹⁰ ou impostos nacionais com carácter extra-fiscal¹¹ com a política ambiental europeia.

O conteúdo do PPP

Quase vinte anos mais tarde, ainda continuamos a concordar com Henri Smets, quando afirma que "ao longo dos últimos vinte anos, o PPP evoluiu muito, a ponto de se tornar um princípio jurídico universalmente reconhecido"¹. Mas não podemos deixar de constatar que o consenso gerado em torno do princípio é, muitas vezes, mais formal do que substancial e as grandes dúvidas sobre o seu conteúdo normativo² acentuam-se quando é utilizado em contextos muito variados³, dificultando significativamente a apreensão do seu *núcleo duro*.

Apesar de ser um princípio estruturante do Direito europeu do ambiente, o PPP surge nos textos legais, em regra, sem uma *definição* legal. No Tratado⁴,

¹⁰ Sobre a aplicação do PPP através de instrumentos fiscais (sobretudo taxas sobre a eliminação de resíduos em aterro ver Ramón Martín Mateo, *Tratado de Derecho Ambiental*, Tomo IV (actualização), Madrid, 2003, p. 199 e ss.

¹¹ Vejam-se os recentes Acórdãos do Tribunal de Justiça: de 11 de Setembro de 2003, sobre o sistema de ecopontos para veículos pesados de mercadorias em trânsito pela Áustria (processo C-445/00); de 17 de Novembro de 2009, sobre legislação regional da Sardenha, que cria um imposto sobre as escalas turísticas das aeronaves destinadas ao transporte privado de pessoas, bem como das embarcações de recreio, e que onera unicamente os operadores com domicílio fiscal fora desse território regional (processo C-169/08) e o de 22 de Dezembro de 2008, relativo a um imposto ambiental sobre os granulados no Reino Unido (processo C-487/06).

¹ "Le Principe Pollueur Payeur, un Principe Économique Erigé en Principe de Droit de l'Environnement?" (*Revue de Droit International Public*, Avril-juin, nº2, 1993).

² Vasco Pereira da Silva defende uma interpretação mais restritiva do princípio enquanto "corolário necessário da norma do artigo 66º, n.º2 h) da Constituição, que impõe ao Estado a tarefa da «assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com ambiente e qualidade de vida»". Por isso analisa essencialmente a execução do princípio através de instrumentos financeiros como impostos (directos ou indirectos), taxas, políticas de preços e benefícios fiscais (*Verde Cor de Direito*, Almedina, Coimbra, 2003, p.74 e 74).

³ O PPP tem sido invocado judicialmente para contestar a validade de taxas, para interditar actividades perigosas ou para fundamentar diferentes tipos de responsabilidade (desde a civil, à contra-ordenacional, à penal e, agora, à *administrativa*).

⁴ Artigo 191º do Tratado sobre o funcionamento da União: "2. A política da União no domínio do ambiente terá por objectivo atingir um nível de protecção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da União. Basear-se-á nos princípios da precaução e da acção preventiva, da correcção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador".

nos Programas de Acção⁵, nas Directivas, apesar do destaque que sempre merece, é consagrado sem enunciação ou explicação.

Uma excepção é, a nível nacional, a lei da água⁶.

A nível internacional existem várias excepções:

- a Declaração do Rio, através do princípio 16 da Declaração sobre ambiente e desenvolvimento adoptada na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em Junho de 1992: "As autoridades nacionais deverão esforçar-se por promover a internalização dos custos ambientais e a utilização de instrumentos económicos, tendo em conta o princípio de que o poluidor deverá, em princípio, suportar o custo da poluição, com o devido respeito pelo interesse público e sem distorcer o comércio e investimento";

- a Convenção sobre a Protecção e a utilização dos cursos de água transfronteiriços e dos lagos internacionais no "artigo 2º, n.º5 b): "o princípio do poluidor-pagador, em virtude do qual os custos das medidas de prevenção, controlo e redução devem ser suportados pelo poluidor";

- a Convenção para a protecção do meio marinho do Atlântico Nordeste⁷, ("artigo 2º, n.º2 b) O princípio do poluidor pagador segundo o qual as despesas resultantes das medidas de prevenção, de redução da poluição e de combate a esta devem ser suportados pelo poluidor");

⁵ No sexto programa comunitário de acção em matéria de Ambiente (Decisão n.º 1600/2002 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Julho de 2002), que vigorará no período de Julho de 2002 a Julho 2012, o PPP é sustentado como um dos três princípios fundamentais. Veja-se, por exemplo, o Artigo 2.º, sobre princípios e finalidades gerais: "1. O programa constituirá um enquadramento para a política ambiental da Comunidade durante o período abrangido, por forma a assegurar um elevado nível de protecção, tendo em conta o princípio da subsidiariedade e a diversidade de situações nas várias regiões da Comunidade, e a alcançar uma dissociação entre as pressões ambientais e o crescimento económico. Basear-se-á em especial no princípio do poluidor-pagador, no princípio da precaução e da acção preventiva e no princípio da correcção da poluição na fonte".

⁶ O artigo 3º, n.º1 c), da Lei n.º 58/2005 de 29 de Dezembro, sobre os princípios do direito da água, fala-nos do "Princípio do valor económico da água, por força do qual se consagra o reconhecimento da escassez actual ou potencial deste recurso e a necessidade de garantir a sua utilização economicamente eficiente, com a recuperação dos custos dos serviços de águas, mesmo em termos ambientais e de recursos, e tendo por base os princípios do poluidor-pagador e do utilizador-pagador").

⁷ Aprovada pelo Decreto n.º 59/97, de 31 de Outubro.

- o Tratado da Carta da Energia e Protocolo da Carta da Energia Relativo à Eficiência Energética e aos Aspectos Ambientais Associados⁸, através do artigo 19.º, n.º1 sobre aspectos ambientais: "tendo por objectivo um desenvolvimento duradouro e tomando em consideração as suas obrigações nos termos dos acordos internacionais em matéria de ambiente nos quais seja parte, cada Parte Contratante esforçar-se-á por minimizar, de uma forma economicamente eficiente, os impactes ambientais prejudiciais que ocorram no ou fora do seu território, decorrentes de todas as operações do ciclo da energia no seu território, prestando a devida atenção aos aspectos relativos à segurança. Para o efeito, cada Parte Contratante actuará da forma mais eficaz possível. Nas suas políticas e acções, cada Parte Contratante esforçar-se-á por tomar medidas cautelares que evitem ou minimizem a degradação do ambiente. As Partes Contratantes acordam em que o poluidor nos territórios das Partes Contratantes deve, em princípio, suportar os custos da poluição, incluindo a poluição transfronteiriça, com o devido respeito pelo interesse público e sem distorção do investimento no ciclo da energia ou no comércio internacional".

Mas o que aconteceu com a Directiva sobre a responsabilidade ambiental foi a inclusão do princípio sem definição. Porém, neste caso é mais fácil identificar, olhando para o edifício normativo, as principais linhas estruturantes que decorrem do PPP.

Antes de mais, aquilo que verificamos da análise do regime da responsabilidade ambiental, é que o PPP é, pela primeira vez, o verdadeiro *leitmotiv* do regime instituído. Habitados a vê-lo essencialmente como critério de aferição da validade de actos jurídicos que têm outros propósitos primordiais (como a modernização empresarial, ou a promoção da mobilidade sustentável, por ex.), ou como fonte inspiradora de soluções pontuais para problemas ambientais sectoriais (como a gestão das águas ou a prevenção de resíduos), vamos agora encontrar um sistema completo cujo objectivo é fazer os poluidores pagar, em conformidade com regras de justiça e eficácia e evitando distorções de mercado.

⁸ Assinados em Lisboa, em 17 de Dezembro de 1994 e aprovados pela Resolução da Assembleia da República n.º 36/96 de 15/11/1996.

Com efeito, se o objectivo do regime legal fosse apenas prevenir a ocorrência de danos ambientais, minimizá-los e repará-los quando não pudessem ser evitados, as medidas preventivas ou reparatorias poderiam ser desenvolvidas pelo Estado (ou por quem tivesse capacidade técnica e científica para tomar medidas para evitar ou minimizar os danos, mas a cargo do Estado) e não, forçosamente, pelo poluidor. Mas não foi essa a opção da Directiva. Deliberadamente puseram-se as medidas de prevenção e de reparação prioritariamente a cargo do poluidor, apesar das eventuais dificuldades em identificar o operador-poluidor em tempo útil e apesar do risco de o operador-poluidor não ter intenção ou competência para levar a cabo as medidas necessárias⁹.

Por isso estamos de acordo com Nicolas de Sadeleer que, em abstracto, imputa ao PPP quatro funções (as quais, em concreto, se podem revelar complementares ou mutuamente exclusivas): função de integração económica, função redistributiva, função preventiva e função curativa¹⁰.

Tanto a Directiva como a lei nacional são claras a este propósito: "a autoridade competente deve exigir que as medidas de reparação sejam tomadas pelo operador. Se o operador não cumprir as obrigações previstas (...), não puder ser identificado ou não for obrigado a suportar os custos ao abrigo da presente directiva, pode ser a própria autoridade competente a tomar essas medidas, **como último recurso**"¹¹.

Em suma: independentemente de saber qual a intervenção mais expedita ou mais eficaz, há uma preferência, que se pode explicar por razões de

⁹ O artigo 5º n.º4 estabelece que " a autoridade competente deve exigir que as medidas de prevenção sejam tomadas pelo operador. Se o operador não cumprir as obrigações previstas no n.º 1 ou nas alíneas b) ou c) do n.º 3, não puder ser identificado ou não for obrigado a suportar os custos ao abrigo da presente directiva, pode ser a própria autoridade competente a tomar essas medidas".

¹⁰ *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution*, Universités Francophones, Bruylant/AUF, Bruxelas, 1999, p. 65 e ss.

¹¹ Artigo 6º, n.º3 da Directiva. O sublinhado é nosso. Equivale ao artigo 17º da lei nacional: "a autoridade competente pode em último recurso executar ela própria as medidas de prevenção e reparação previstas no presente decreto -lei, quando:

a) O operador incumpra as obrigações resultantes do n.º 1 e das alíneas c), d) e e) do n.º 3 do artigo 15.º;

b) Não seja possível identificar o operador responsável;

c) O operador não seja obrigado a suportar os custos, nos termos do presente decreto-lei".

equidade, por fazer o poluidor suportar directamente as medidas preventivas ou reparatórias. É a filosofia típica do PPP, uma filosofia de *internalização*¹² de custos¹³ que acaba por corresponder ao regime mais justo e também, a maior parte das vezes, ao regime mais eficaz do ponto de vista ambiental¹⁴.

Acresce que o dever de prevenção e de reparação do poluidor são deveres autónomos, que resultam directamente do PPP e da lei e não dependem de qualquer ordem administrativa prévia. Por isso se diz que, “quando se verificar uma ameaça iminente de danos ambientais o operador responsável nos termos dos artigos 12.º e 13.º do presente decreto -lei adopta, imediate e independentemente de notificação, requerimento ou acto administrativo prévio, as medidas de prevenção necessárias e adequadas”¹⁵.

Vamos ver em seguida quais as questões¹⁶, relativas à imputação da responsabilidade ambiental, às quais respondem os regimes nacional e europeu. As questões são essencialmente três:

- Quem é o poluidor? (3.1.)
- O que paga o poluidor? (3.2.)
- Como paga o poluidor? (3.3.)

¹² Sobre a história do conceito económico de externalidade ver Tania García López, “Perspectiva Jurídica del Principio *Quien Contamina Paga*”, in: *Dereito*, vol. 10, n.º1, 2001, p. 51 e ss.

¹³ A propósito de uma dimensão especial do PPP, o princípio do utilizador pagador (PUP), Henri Smets considera que ele equivale ao princípio económico da “verdade dos preços” ou da recuperação integral dos custos” (“Le principe utilisateur-payeur et son application dans la gestion de l’eau”, in: *Lusíada*, n.º1 e 2, 2000, p. 465).

¹⁴ Alguns dos defensores mais ortodoxos do PPP, particularmente Jean Philippe Barde e Emílio Gerelli (na obra *Économie et Politique de l’Environnement*, Presses Universitaires de France, L’Economiste, 1975), defendiam que eram ilegítimos quaisquer juízos éticos de valor sobre as consequências práticas da aplicação do PPP, pois ele não visava a realização da justiça, mas apenas a protecção economicamente eficaz do ambiente. Negavam que ele fosse um princípio de equidade, afirmando-o apenas como princípio de eficácia económica. Em devido tempo defendemos posição diferente desta e pensamos que o *preconceito* dos juristas, relativamente a um princípio que nasceu num contexto económico, está hoje ultrapassado.

¹⁵ Artigo 14º do Decreto-lei n.º147/2008.

¹⁶ Retomamos aqui a sistematização que já tínhamos adoptado em 1997, na abordagem do mesmo princípio, na obra *O Princípio do Poluidor Pagador, Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, *Studia Iuridica*, n.º23, Coimbra Editora, pág. 131 a 184.

Quem é o poluidor (que deve pagar)?

Na Recomendação do Conselho n.º75/436, de 3 de Março, relativa à imputação dos custos e à intervenção dos poderes públicos em matéria de ambiente, à qual já aludimos anteriormente, o *poluidor* é “aquele que degrada directa ou indirectamente o ambiente ou cria condições que levam à sua degradação”.

Ora, na Directiva e na lei nacional, o *poluidor* é apenas identificado com o “operador” de uma “actividade ocupacional”. Mais concretamente, o “operador” é “qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, que execute ou controle a actividade profissional ou, quando a legislação nacional assim o preveja, a quem tenha sido delegado um poder económico decisivo sobre o funcionamento técnico dessa actividade, incluindo o detentor de uma licença ou autorização para o efeito ou a pessoa que registre ou notifique essa actividade”¹⁷.

Trata-se de um sistema que dispensa uma averiguação, caso a caso, do responsável pelo dano potencial ou efectivo, através da “canalização” da responsabilidade para o operador-poluidor¹⁸.

Quanto à “actividade ocupacional” ela reconduz-se a “qualquer actividade desenvolvida no âmbito de uma actividade económica, de um negócio ou de uma empresa, independentemente do seu carácter privado ou público, lucrativo ou não”¹⁹.

Trata-se de um conceito relativamente abrangente, que parece estar de acordo tanto com a definição europeia, como com o conceito doutrinal de poluidor: o *poluidor-que-deve-pagar*²⁰ é quem tiver uma posição de controlo

¹⁷ Artigo 2º, n.º6 da Directiva, correspondente ao artigo 11º, n.º1 I) da lei portuguesa.

¹⁸ Em algumas áreas do Direito do Ambiente a falta de coincidência entre o responsável financeiro e o responsável civil é ainda mais clara. Por exemplo, no Direito dos Resíduos, a responsabilidade é “canalizada” para o **detentor** dos resíduos, quando, em muitos casos, nem sequer foi ele o **produtor** dos resíduos.

¹⁹ Artigo 2º, n.º7 da Directiva, correspondente ao artigo 2º n.º1 do Decreto-lei.

²⁰ Desenvolvemos mais aprofundadamente este conceito na obra já citada (*O Princípio do Poluidor Pagador, Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*,), nas pág. 136 a 145.

da poluição. Daí ser legítimo falar na *função incitativa* da responsabilidade ambiental²¹.

Mas o âmbito de aplicação, aparentemente *lato*, da Directiva e da Lei é aparentemente limitado pela enumeração taxativa (no anexo III da Lei e da Directiva) das actividades ocupacionais abrangidas. A listagem em causa tem, como efeito, obrigar os Estados e criar para os operadores-poluidores o dever de prevenir e remediar danos ambientais, nos termos previstos. Essas actividades são, simplifadamente, as seguintes:

- exploração de instalações sujeitas a licença ambiental;
- operações de gestão de resíduos incluindo transferência de resíduos e gestão de resíduos de extracção;
- descargas ou injeções de poluentes para as águas interiores de superfície ou subterrâneas; captação e represamento de água; fabrico, utilização, armazenamento, processamento, enchimento, libertação para o ambiente e transporte de substâncias ou preparações perigosas, produtos fitofarmacêuticos ou biocidas;
- transporte rodoviário, ferroviário, marítimo, aéreo ou por vias navegáveis interiores de mercadorias perigosas ou poluentes;
- exploração de instalações industriais emissoras de poluentes atmosféricos e,
- quaisquer utilizações confinadas, incluindo transporte e colocação no mercado, de microrganismos geneticamente modificados.

Quanto aos operadores-poluidores de outras actividades ocupacionais diferentes das mencionadas no anexo III, eles estão abrangidos por um dever agir com zelo e diligência na medida em que tal seja necessário para evitar danos aos *habitats* e às espécies da fauna e da flora selvagens²².

²¹ Fazendo uma análise económica da responsabilidade ambiental muito baseada no PPP, Michel G. Faure e Julien Hay, realçam o poder incitativo da responsabilidade ambiental (*Analyse Économique de la Responsabilité Environnementale. Perspectives Théoriques et Empiriques*", in: *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, Dalloz, 2009, p. 102).

²² Estamos neste caso perante uma responsabilidade subjectiva, como veremos no ponto 3.2. deste trabalho.

No entanto, o elenco das actividades que constam do anexo III da Directiva é vasto, mas não fechado e não impede os Estado de irem mais longe, se assim, o entenderem, nos termos do artigo 16º da Directiva: “1. A presente directiva não impede os Estados-Membros de manterem ou adoptarem disposições mais estritas em relação à prevenção e à reparação de danos ambientais, incluindo a identificação de outras actividades a sujeitar aos requisitos de prevenção e reparação da presente directiva e a identificação de outros responsáveis²³”. Foi isso que o Estado português fez, ao adicionar ao regime europeu de *responsabilidade administrativa ambiental*, regras sobre responsabilidade civil ambiental objectiva e subjectiva.

Uma das questões mais complexas, às quais respondia a Recomendação de 1975, era a da responsabilidade plural. Quando não se trate apenas de um poluidor singular mas antes de vários poluidores ou, na terminologia adoptada, vários *operadores* potencialmente responsáveis, importa encontrar critérios, justos e eficazes, de imputação de custos.

Para as duas situações já previstas em 1975, a Recomendação deixava na mão do legislador nacional a escolha dos meios, sobretudo de acordo com critérios de eficácia ambiental e económica: “se a determinação do poluidor se revelar impossível ou muito difícil e por conseguinte, arbitrária, e no caso da poluição do ambiente ser o resultado, quer da conjugação simultânea de várias causas — **poluição cumulativa**²⁴ - quer da sucessão de várias dessas causas — **cadeias de poluidores** - os custos da luta antipoluição devem ser imputados aos pontos — por exemplo da cadeia de poluidores ou da poluição cumulativa - e por meios legislativos ou administrativos que ofereçam a melhor solução nos planos administrativo e económico, e que contribuam da maneira mais eficaz, para a melhoria do ambiente”.

²³ Este artigo reproduz o artigo 193º (ex-artigo 176.º TCE) do Tratado sobre o funcionamento da União: “As medidas de protecção adoptadas por força do artigo 192.º não obstem a que cada Estado-Membro mantenha ou introduza medidas de protecção reforçadas. Essas medidas devem ser compatíveis com os Tratados e serão notificadas à Comissão”.

²⁴ Nos processos apensos C-378/08, C-379/08 e C-380/08, a Advogada geral, trata da questão da poluição cumulativa a propósito da determinação do momento da aplicabilidade inicial da Directiva.

Por sua vez no Decreto-Lei n.º 147/2008, as situações de responsabilidade plural previstas são: a responsabilidade de pessoas colectivas (artigo 3º, n.º1²⁵), a responsabilidade de grupos sociais (artigo 3º, n.º2²⁶); a responsabilidade de várias pessoas singulares (artigo 4º²⁷) e a responsabilidade de terceiros (artigo 20º, n.º2²⁸).

A lei nacional, concretizando as indicações da Recomendação de 1975, optou por uma solução, que é a expressão perfeita do PPP, enquanto regra de socialização dos danos: a responsabilidade solidária, com eventual direito de regresso. Esta parece ser a solução mais adequada, por ser simultaneamente a mais justa e a mais eficaz.

Para Mathilde Boutonnet, a técnica da responsabilidade solidária está relacionada com a internalização de custos, na medida em que dá direito ao poluidor, que paga por todos, o direito de reaver deles parte do pagamento, ou seja, de repartir os custos entre os poluidores²⁹.

Mas a socialização dos danos é prosseguida igualmente através da obrigação de criar garantias financeiras, nomeadamente pela celebração de apólices de seguro, que cubram as actividades abrangidas³⁰. O dever de

²⁵ "Quando a actividade lesiva seja imputável a uma pessoa colectiva, as obrigações previstas no presente decreto-lei, incidem solidariamente sobre os respectivos directores, gerentes ou administradores".

²⁶ "No caso de o operador ser uma sociedade comercial que esteja em relação de grupo ou de domínio, a responsabilidade ambiental estende-se à sociedade-mãe ou à sociedade dominante quando exista utilização abusiva da personalidade jurídica ou fraude à lei".

²⁷ "1-Se a responsabilidade recair sobre várias pessoas, todas respondem solidariamente pelos danos, mesmo que haja culpa de alguma ou algumas, sem prejuízo do correlativo direito de regresso que possam exercer reciprocamente.

2-Quando não seja possível individualizar o grau de participação de cada um dos responsáveis, presume -se a sua responsabilidade em partes iguais.

3-Quando a responsabilidade recaia sobre várias pessoas responsáveis a título subjectivo ao abrigo do presente decreto -lei, o direito de regresso entre si é exercido na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas dos responsáveis".

²⁸ "Sem prejuízo do disposto no número anterior, o operador fica obrigado a adoptar e executar as medidas de prevenção e reparação dos danos ambientais nos termos do presente decreto -lei, gozando de direito de regresso, conforme o caso, sobre o terceiro responsável ou sobre a entidade administrativa que tenha dado a ordem ou instrução".

²⁹ "L'accueil des principes environnementaux en droit de la responsabilité civile, in: La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation, Dalloz, 2009, p.77.

³⁰ Artigo 22º, n.º2 da Lei nacional e 14º, n.º2 da Directiva.

prestar garantias financeiras é importante não só por razões de justiça, para evitar que os danos ambientais fiquem por reparar, mas porque a própria insolvência potencial do poluidor tem efeitos negativos sobre a incitação à adopção de medidas preventivas³¹. Pelo contrário, as garantias financeiras obrigatórias são uma forma de manter a pressão sobre o poluidor, incitando-o a tomar medidas preventivas³².

O que deve pagar o poluidor?

Outra questão à qual a Recomendação já respondia, há mais de 30 anos, era **o que devia pagar** o poluidor: "(...)com este fim, tanto as Comunidades Europeias a nível comunitário, como os Estados-membros nas suas legislações nacionais, em matéria de protecção do ambiente devem aplicar o princípio do «poluidor-pagador», de acordo com o qual as pessoas singulares ou colectivas, de direito privado ou público, responsáveis por uma poluição, **devem pagar as despesas das medidas necessárias para evitar essa poluição ou para a reduzir, a fim de respeitar as normas e as medidas equivalentes**, permitindo atingir os objectivos de qualidade ou, quando tais objectivos não existam, a fim de respeitar as normas e as medidas equivalentes fixadas pelos poderes públicos"³³.

³¹ Michel G. Faure e Julien Hay, *Analyse Économique de la Responsabilité Environnementale. Perspectives Théoriques et Empiriques*", in: *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, Dalloz, 2009, p. 99.

³² Sobre seguros obrigatórios, fundos de compensação e, em geral, sobre a "mutualização" das consequências da poluição ver Patrick Thieffry, "L'Opportunité d'une responsabilité Communautaire du Pollueur les Distorsions entre États-Membres et les Enseignements de l'Expérience Américaine", in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, ano 46, n.º1, 1994, p. 121-123.

³³ Henri Smets, aborda o tema dos custos a suportar pelo poluidor, numa sequência cronológica correspondendo às sucessivas "extensões" de conteúdo do PPP:

O conteúdo original, os custos de prevenção e luta contra a poluição;

- a 1ª extensão, os custos das medidas administrativas;

- a 2ª extensão, os custos dos danos residuais;

- a 3ª extensão, as poluições acidentais;

- a 4ª extensão, as poluições ilícitas;

- a 5ª extensão as poluições transfronteiriças;

- a 6ª extensão, a internalização generalizada dos custos da poluição.

("Le Principe Pollueur Payeur, un Principe Économique Erigé en Principe de Droit de l'Environnement?", *Revue de Droit International Public*, Avril-Juin, nº2 1993).

A esta mesma questão responde actualmente a Directiva, dizendo que o operador deve pagar os custos de prevenção e de reparação dos danos³⁴ mas afirmando ainda que “também se justifica que os operadores custeiem a avaliação dos danos ambientais ou, consoante o caso, da avaliação da sua ameaça iminente”³⁵. Trata-se de instituir uma espécie de “responsabilidade do futuro”, nas palavras de Catherine Thibierge³⁶, ou de *evitar um enriquecimento sem causa do poluidor*, se preferirmos citar Jean Duren³⁷.

Nas palavras de Karl-Heinrich Hansmeyer, o que o poluidor deve pagar por força do PPP é o custo da prevenção (*avoidance cost*) e não o custo do dano (*damage cost*)³⁸. O custo da prevenção, por sua vez, é o custo da acção de prevenção (*avoidance action*) mais adequada³⁹.

Indo mais longe, verificamos que as “medidas de prevenção” são definidas como “quaisquer medidas adoptadas em resposta a um acontecimento, acto ou omissão que tenha causado uma ameaça iminente de danos ambientais, destinadas a prevenir ou minimizar ao máximo esses danos”⁴⁰ e as “medidas de reparação” como “qualquer acção, ou conjunto de acções, incluindo medidas de carácter provisório, com o objectivo de reparar, reabilitar ou substituir os recursos naturais e os serviços danificados ou fornecer uma

³⁴ Artigo 8.º, custos de prevenção e de reparação: “1. O operador suporta os custos das acções de prevenção e de reparação executadas por força da presente directiva. 2. Sob reserva do disposto nos n.ºs 3 e 4, a autoridade competente deve exigir, ao operador que causou o dano ou a ameaça iminente de dano, nomeadamente através de garantias sobre bens imóveis ou de outras garantias adequadas, o pagamento dos custos que tiver suportado com as acções de prevenção ou de reparação executadas por força da presente directiva. 3. Todavia, a autoridade competente pode decidir não recuperar integralmente os custos, quando a despesa necessária para o efeito for mais elevada do que o montante a recuperar, ou quando o operador não puder ser identificado”.

³⁵ Parágrafo 18 do Preâmbulo, *in fine*.

³⁶ Citada por François Guy Trébulle, «Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir» in: *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, Dalloz, 2009, p.31.

³⁷ «**Le pollueur-payeur**: L'application et l'avenir du principe», in: **Revue du Marché Commun**, 1987, p. 144.

³⁸ Na obra “ «Polluter Pays» v. «Public Responsibility»”, in: *Environmental Policy and Law*, 6, 1980.

³⁹ Em sentido divergente, António Barreto Archer, não vê no PPP qualquer dimensão preventiva: “o princípio do poluidor-pagador, que faz recair sobre o poluidor a obrigação de corrigir ou recuperar o ambiente, suportando os encargos daí resultantes e os custos da cessação da acção poluente” (*Direito do Ambiente e Responsabilidade Civil*, Almedina, 2009, p. 16).

⁴⁰ Artigo 11º, nº1 m) da lei portuguesa, correspondente ao artigo 2º, nº 10 da Directiva.

alternativa equivalente a esses recursos ou serviços, tal como previsto no anexo V ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante”⁴¹;

Na relação entre prevenção e reparação vigora, naturalmente, a regra da subsidiariedade: primeiro devem ser adoptadas medidas de prevenção⁴² e só depois, se não for possível ou suficiente, as de reparação⁴³.

Mas, mesmo a nível da prevenção, temos dois diferentes “graus”: a prevenção primária e a prevenção secundária. A primeira consiste na adopção de medidas destinadas a evitar a ocorrência do dano; a segunda,

⁴¹ Artigo 11º, nº1 n) da lei portuguesa, correspondente ao artigo 2º, nº 11 da Directiva.

⁴² Artigo 5.º Acções de prevenção: “1. Quando ainda não se tiverem verificado danos ambientais, mas houver uma ameaça iminente desses danos, o operador tomará sem demora as medidas de prevenção necessárias. 2. Os Estados-Membros devem prever que, quando adequado e, em todo o caso, sempre que a ameaça iminente de danos ambientais não desaparecer apesar das medidas de prevenção tomadas pelo operador, os operadores devam informar o mais rapidamente possível a autoridade competente de todos os aspectos relevantes da situação. 3. A autoridade competente pode, em qualquer momento:

a) Exigir que o operador forneça informações sobre qualquer ameaça iminente de danos ambientais ou suspeita dessa ameaça iminente;
b) Exigir que o operador tome as medidas de prevenção necessárias;
c) Dar instruções ao operador quanto às medidas de prevenção necessárias a tomar; ou
d) Tomar ela própria as medidas de prevenção necessárias.

4. A autoridade competente deve exigir que as medidas de prevenção sejam tomadas pelo operador. Se o operador não cumprir as obrigações previstas no n.º 1 ou nas alíneas b) ou c) do n.º 3, não puder ser identificado ou não for obrigado a suportar os custos ao abrigo da presente directiva, pode ser a própria autoridade competente a tomar essas medidas”.

⁴³ Artigo 6.º Acções de reparação: “1. Quando se tiverem verificado danos ambientais, o operador informará, sem demora, a autoridade competente de todos os aspectos relevantes da situação e tomará:

a) Todas as diligências viáveis para imediatamente controlar, conter, eliminar ou, de outra forma, gerir os elementos contaminantes pertinentes e/ou quaisquer outros factores danosos, a fim de limitar ou prevenir novos danos ambientais e efeitos adversos para a saúde humana ou uma deterioração adicional dos serviços; e

b) As medidas de reparação necessárias, de acordo com o artigo 7.º.

2. A autoridade competente pode, em qualquer momento:

a) Exigir que o operador forneça informações suplementares sobre quaisquer danos ocorridos;

b) Tomar, exigir ao operador que tome ou dar instruções ao operador relativamente a todas as medidas viáveis para imediatamente controlar, conter, eliminar ou de outra forma gerir os elementos contaminantes pertinentes e/ou quaisquer outros factores danosos, a fim de limitar ou prevenir novos danos ambientais e efeitos adversos para a saúde humana ou uma deterioração adicional dos serviços.

c) Exigir que o operador tome as medidas de reparação necessárias;

d) Dar instruções ao operador quanto às medidas de reparação necessárias a tomar; ou

e) Tomar ela própria as medidas de reparação necessárias”.

voltada para a adopção de medidas destinadas a não agravar mais um dano entretanto verificado. As medidas de prevenção primária surgem na sequência de uma “ameaça iminente” de danos e destinam-se a evitar todo o dano; as medidas de prevenção secundária são habitualmente denominadas “medidas de minimização”, seguem-se à ocorrência de um dano e destinam-se a evitar o agravamento dos danos entretanto ocorridos.

Esta distinção está claramente presente no artigo 14º da Lei nacional:

“1 — Quando se verificar uma ameaça iminente de danos ambientais o operador responsável nos termos dos artigos 12.º e 13.º do presente decreto-lei adopta, imediata e independentemente de notificação, requerimento ou acto administrativo prévio, as medidas de prevenção necessárias e adequadas.

2 — Quando ocorra um dano ambiental causado pelo exercício de qualquer actividade ocupacional, o operador adopta as medidas que previnam a ocorrência de novos danos, independentemente de estar ou não obrigado a adoptar medidas de reparação nos termos do presente decreto-lei”.

3. A autoridade competente deve exigir que as medidas de reparação sejam tomadas pelo operador. Se o operador não cumprir as obrigações previstas no n.º 1 ou nas alíneas b), c) ou d) do n.º 2, não puder ser identificado ou não for obrigado a suportar os custos ao abrigo da presente directiva, pode ser a própria autoridade competente a tomar essas medidas, como último recurso.

No que respeita à reparação⁴⁴ encontramos na lei uma distinção similar, entre reparação primária⁴⁵, complementar⁴⁶ e compensatória⁴⁷ existindo entre elas uma relação hierárquica, atendendo à prioridade relativa.

O facto de este aspecto do regime comportar uma dimensão de intervenção *a posteriori* não significa que o PPP seja uma compra do direito a poluir. O que se pretende é que o pagamento imposto ao poluidor tenha efeitos dissuasores. O poluidor paga para que a poluição não aconteça ou, pelo menos... não aconteça novamente. Por isso se excluem do âmbito da responsabilidade os danos resultantes de acção de terceiros, as actuações legais e as actuações consideradas como seguras⁴⁸. Em relação a quaisquer destes danos não há prevenção nem efeito dissuasor possível.

Por outro lado, ainda respondendo à questão colocada sobre “o que paga o poluidor”, avançaremos ainda que o operador-poluidor não paga os custos necessários para evitar ou reparar **todos** os danos causados ao ambiente, mas apenas aqueles danos eleitos pelo legislador como relevantes para serem abrangidos pelo regime em causa.

⁴⁴ Sobre as dificuldades da reparação natural ver José de Sousa Cunhal Sendim, *Responsabilidade civil por danos ecológicos – da reparação do dano através de restauração natural*, Coimbra Editora, 1998.

⁴⁵ “Reparação primária” é “qualquer medida de reparação que restitui os recursos naturais e/ou serviços danificados ao estado inicial, ou os aproxima desse estado” (Anexo V, nº1 a) da Lei n.º147/2008). O objectivo da reparação primária é “restituir os recursos naturais e/ou serviços danificados ao estado inicial, ou aproximá-los desse estado” (Anexo V, 1.1.1. da mesma Lei).

⁴⁶ “Reparação complementar” é “qualquer medida de reparação tomada em relação aos recursos naturais e ou serviços para compensar pelo facto de a reparação primária não resultar no pleno restabelecimento dos recursos naturais e ou serviços danificados” (Anexo V, nº1 b)) Quanto ao objectivo da reparação complementar é “proporcionar um nível de recursos naturais e ou serviços, incluindo, quando apropriado, num sítio alternativo, similar ao que teria sido proporcionado se o sítio danificado tivesse regressado ao seu estado inicial. Sempre que seja possível e adequado, o sítio alternativo deve estar geograficamente relacionado com o sítio danificado, tendo em conta os interesses da população afectada” (Anexo V, 1.1.2.).

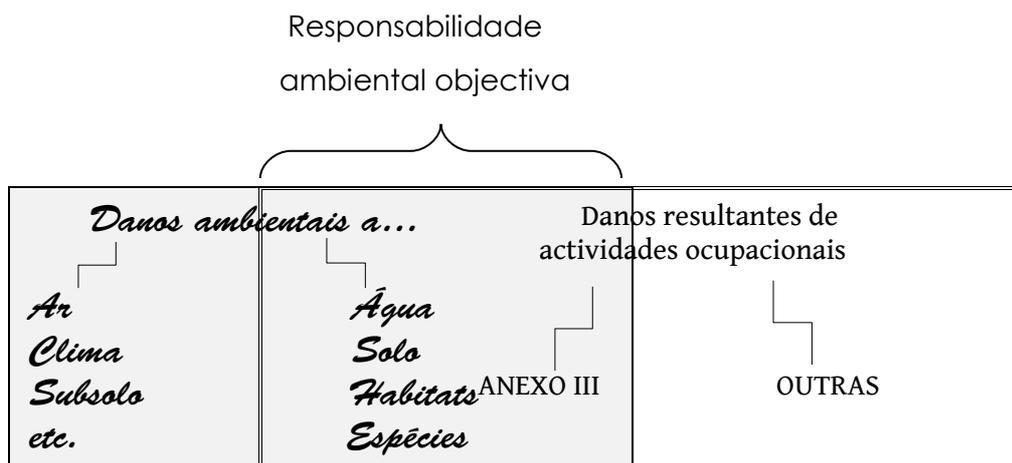
⁴⁷ “Reparação compensatória” é “qualquer acção destinada a compensar perdas transitórias de recursos naturais e ou de serviços verificadas a partir da data de ocorrência dos danos até a reparação primária ter atingido plenamente os seus efeitos” (Anexo V, nº1 c)). “Devem ser realizadas acções de reparação compensatória para compensar a perda provisória de recursos naturais e serviços enquanto se aguarda a recuperação. Essa compensação consiste em melhorias suplementares dos habitats naturais e espécies protegidos ou da água, quer no sítio danificado quer num sítio alternativo. Não consiste numa compensação financeira para os membros do público” (Anexo V, 1.1.3.).

⁴⁸ Ramon Martin Mateo defende a mesma opinião no seu *Tratado de Derecho Ambiental*, tomo IV (actualização) Madrid, 2003, pág. 199 e ss.

E estes danos são, basicamente, de três categorias: danos às espécies e *habitats* naturais protegidos, danos à água e danos ao solo⁴⁹. De fora ficam os danos ao ar, ao clima, ao subsolo, à paisagem, à biodiversidade, quando as espécies não sejam protegidas, etc..

Segundo o legislador europeu, se, na origem desses danos estiverem actividades consideradas como mais insidiosas, que são as listadas no anexo III da Directiva, a responsabilidade do poluidor é objectiva. Para além do nexo de causalidade entre a actividade e o dano potencial ou efectivo, dispensa-se a prova da culpa ou da negligência.

Apresentamos, em seguida, um graficamente que pretende explicitar melhor as situações abrangidas pela responsabilidade ambiental objectiva, segundo o direito europeu.

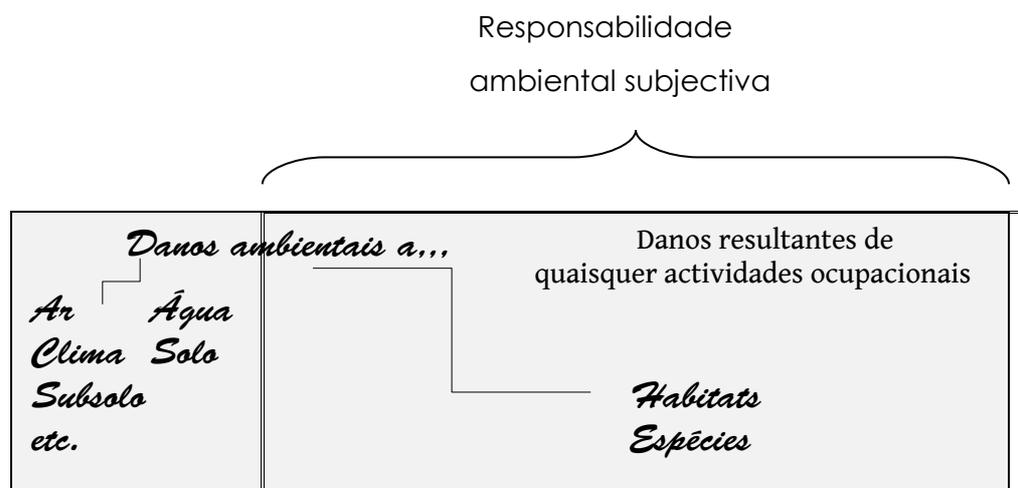


⁴⁹ O artigo 11º e) define-os da seguinte forma: os “danos causados às espécies e *habitats* naturais protegidos” são “i) quaisquer danos com efeitos significativos adversos para a consecução ou a manutenção do estado de conservação favorável desses *habitats* ou espécies, cuja avaliação tem que ter por base o estado inicial, nos termos dos critérios constantes no anexo IV ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante, com excepção dos efeitos adversos previamente identificados que resultem de um acto de um operador expressamente autorizado pelas autoridades competentes, nos termos da legislação aplicável”; ii) “Danos causados à água”, os quais, por sua vez, são “quaisquer danos que afectem adversa e significativamente, nos termos da legislação aplicável, o estado ecológico, ou o potencial ecológico, e o estado químico e quantitativo das massas de água superficial ou subterrânea, designadamente o potencial ecológico das massas de água artificial e muito modificada (...); iii) “Danos causados ao solo” qualquer contaminação do solo que crie um risco significativo para a saúde humana devido à introdução, directa ou indirecta, no solo ou à sua superfície, de substâncias, preparações, organismos ou microrganismos”.

Mas foi igualmente opção do legislador europeu responsabilizar, embora apenas a título subjectivo (mediante prova da actuação culposa ou negligente), todos os operadores-poluidores que desenvolvam **outras** actividades económicas, diferentes das descritas no anexo III, se os danos eminentes ou efectivos forem susceptíveis de afectar os *habitats* ou as espécies selvagens da fauna ou da flora.

Daqui se depreende a especial importância europeia atribuída à conservação da natureza e da biodiversidade, considerada como um verdadeiro “património comum” europeu⁵⁰, e que justifica a responsabilização dos operadores-poluidores de **quaisquer** actividades ocupacionais, mesmo aquelas aparentemente mais inócuas, desde que o operador-poluidor tenha agido com culpa ou, pelo menos, negligência.

Eis uma apresentação gráfica desta situação:



Não esqueçamos que actividade ocupacional é “qualquer actividade desenvolvida no âmbito de uma actividade económica, de um negócio ou de uma empresa, independentemente do seu carácter privado ou público,

⁵⁰ Expressão recorrentemente citada pelo Tribunal de Justiça, em processos relativos à Rede Natura 2000 e à directiva aves selvagens. Apenas a título de exemplo veja-se o Acórdão de 13 de Dezembro de 2007, proferido no processo C-418/04, o Acórdão de 25 de Outubro de 2007, proferido no processo C-334/04, o Acórdão de 13 de Julho de 2006, no processo C-191/05 (contra Portugal), o Acórdão de 13 de Outubro de 1987, no processo 236/85, o Acórdão de 12 de Julho de 2007, no processo C-507/04, o Acórdão de 28 de Junho de 2007, no processo C-235/04, etc..

lucrativo ou não" (artigo 2º, n.º7 da Directiva). Podemos imaginar que estão aqui abrangidas actividades como o turismo de natureza⁵¹, certos desportos radicais organizados, acções de educação ambiental, e experimentação científica, desde que sejam desenvolvidos a título profissional e numa zona adequada à conservação da natureza, e protegida por lei. As classificações relevantes para este efeito são todas as que se enquadram no âmbito da Rede Fundamental de Conservação da Natureza⁵². Assim, danos causados em zonas classificadas montanhosas, florestais, costeiras, grutas, dunas, rios, lagos, reserva agrícola ou reserva ecológica, etc. estão abrangidos pelo regime legal de prevenção e reparação.

É precisamente neste ponto que encontramos alguma divergência entre a Lei nacional e a Directiva. Tal como já vimos que é permitido pelo artigo 16º da Directiva, o legislador português optou por ir mais longe na protecção ambiental não dando uma especial preferência aos danos à natureza

⁵¹ O Programa Nacional de Turismo de Natureza, de 1998 (Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/98, de 25 de Agosto) estabelece o enquadramento destas actividades. O Decreto-Lei n.º 39/2008, de 7 de Março, que regula o regime jurídico da instalação, exploração e funcionamento dos empreendimentos turísticos, define empreendimentos de turismo de natureza como "estabelecimentos que se destinem a prestar serviços de alojamento a turistas, em áreas classificadas ou noutras áreas com valores naturais, dispondo para o seu funcionamento de um adequado conjunto de instalações, estruturas, equipamentos e serviços complementares relacionados com a animação ambiental, a visitação de áreas naturais, o desporto de natureza e a interpretação ambiental" (artigo 20º, n.º1). Mas muitas actividades turístico-ambientais praticamente dispensam a existência de infra-estruturas. É o caso dos, passeios pedestres, expedições fotográficas, percursos interpretativos e actividades de observação de fauna e flora, actividades de orientação, montanhismo, escalada, espeleologia, *paintball*, tiro com arco, besta, zarabatana, balonismo, asa delta sem motor, parapente, passeios de bicicleta, passeios equestres, etc.. Actualmente estas e outras actividades estão reguladas pelo Decreto-lei n.º108/2009, de 15 de Maio, que estabelece as condições de exercício da actividade das empresas de animação turística e dos operadores marítimo-turísticos.

⁵² Prevista no Decreto-lei n.º 142/2008, de 24 de Julho, é integrada actualmente:

"a) Pelo Sistema Nacional de Áreas Classificadas, que integra as seguintes áreas nucleares de conservação da natureza e da biodiversidade:

i) Áreas protegidas integradas na Rede Nacional de Áreas Protegidas;

ii) Sítios da lista nacional de sítios e zonas de protecção especial integrados na Rede Natura 2000;

iii) As demais áreas classificadas ao abrigo de compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português;

b) Pelas áreas de continuidade a seguir identificadas, nos termos do número seguinte e com salvaguarda dos

respectivos regimes jurídicos:

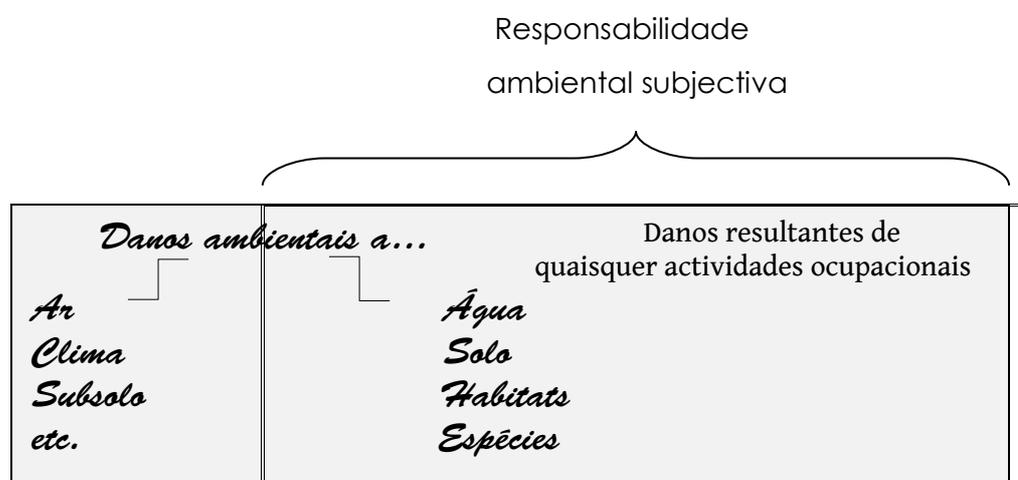
i) A Reserva Ecológica Nacional (REN);

ii) A Reserva Agrícola Nacional (RAN);

iii) O domínio público hídrico (DPH)" (é descrita no artigo 5º).

relativamente aos restantes danos ambientais, mas tratando todos com igual exigência. Por isso, em Portugal, os operadores de quaisquer actividades ocupacionais são subjectivamente responsáveis por danos à natureza, mas também por danos à água ou ao solo⁵³.

Um gráfico explicativo torna mais claras as situações abrangidas pela responsabilidade ambiental subjectiva:



Em qualquer caso, com ou sem culpa ou negligência, tanto a Directiva como a Lei nacional só abrangem os danos causados ao ambiente em si mesmo e não ao Homem, através do ambiente. A lei engloba, portanto, apenas os danos que denomina «danos ambientais» mas que nós, tal como alguma doutrina, preferimos denominar *danos ecológicos*⁵⁴, reservando a designação de *danos ambientais* apenas para os danos sociais resultantes da

⁵³ Artigo 13º: “1 — O operador que, com dolo ou negligência, causar um dano ambiental em virtude do exercício de qualquer actividade ocupacional distinta das enumeradas no anexo III ao presente decreto -lei ou uma ameaça iminente daqueles danos em resultado dessas actividades, é responsável pela adopção de medidas de prevenção e reparação dos danos ou ameaças causados, nos termos dos artigos seguintes”.

⁵⁴ Gomes Canotilho, “A Responsabilidade por Danos Ambientais. □Aproximação Juspublicística” in: *Direito do Ambiente*, Instituto Nacional da Administração, 1994, p. 402-403, e ainda “Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais”, *Boletim da Faculdade de Direito*, vol.69, 1993; José de Sousa Cunhal Sendim, *Responsabilidade civil por danos ecológicos – da reparação do dano através de restauração natural*, Coimbra Editora, 1998, p. 67 e ss..

poluição e degradação ambiental (como a existência de desalojados ambientais, ou refugiados do clima ou patologias humanas causadas por exposição a substâncias perigosas ou contaminantes).

De realçar é o facto de o regime legal instituído abranger apenas os danos causados aos recursos naturais, mas ter também em consideração certos danos humanos, pelo menos enquanto critério de relevância dos danos ecológicos. Referimo-nos aos danos aos recursos naturais que possam vir a afectar a saúde humana, os quais são considerados obrigatoriamente como muito significativos, de acordo com os critérios legais fixados (Anexo I da Directiva).

Como paga o poluidor?

Voltando a recorrer à inspiradora Recomendação n.º 75/436, verificamos que o poluidor pode pagar de várias maneiras: “na aplicação do princípio do «poluidor-pagador», os principais instrumentos à disposição dos poderes públicos para evitar a poluição são as normas e as taxas”. As taxas são mesmo os instrumentos jurídicos escolhidos para exemplificar a aplicação do PPP, na própria Recomendação: “A taxa tem por objectivo incitar o poluidor a tomar por si próprio, pelo menor custo, as medidas necessárias para reduzir a poluição de que é autor (função de incentivo) e/ou fazer com que suporte a sua quota-parte das despesas das medidas colectivas, como por exemplo, as despesas de depuração (função de redistribuição). A taxa deve ser imposta segundo o grau de poluição emitido, com base num procedimento administrativo adequado”.

Mecanismos de comando e controlo e mecanismos baseados no mercado⁵⁵ são instrumentos de Direito ambiental formalmente opostos, mas que em comum têm a finalidade preventiva e, muitas vezes, actuam em conjunto. Já em 1973 Serge-Christophe Kolm⁵⁶ explicava que a limitação do nível de uma actividade poluente, através de uma lei ou regulamento, tem os mesmos efeitos sobre os preços que a aplicação de uma taxa à actividade poluente,

⁵⁵ Claudia Soares desenvolve uma análise detalhada da aplicação do PPP através de impostos ambientais: *O Imposto Ambiental. Direito Fiscal do Ambiente*, Cadernos CEDOUA, Almedina, 2002, especialmente p. 36 e ss.

⁵⁶“Une Économie Écologique”, (*Revue Politique et Parlementaire*, 1, 1973).

com a única diferença de que a “renda da raridade”, no primeiro caso, é embolsada pelos poluidores e, no segundo caso, reverte para o Estado, como imposto.

No actual regime de responsabilidade ambiental foram recebidas quatro diferentes formas de “pagamento” a imputar ao “operador”:

1. Primeiro, suportando os custos directos das medidas que adopte para evitar ou reparar os danos. Socorrendo-nos do preâmbulo da Directiva vemos que “segundo o princípio do «poluidor-pagador», o operador-poluidor que cause danos ambientais ou crie a ameaça iminente desses danos deve, em princípio, custear as medidas de prevenção ou reparação necessárias”⁵⁷.

2. Segundo, indirectamente, suportando os custos das medidas adoptadas pelo Estado ou por terceiros. Trata-se de montantes que são custeados, numa fase inicial, pelo Fundo de Intervenção Ambiental⁵⁸ e, numa segunda fase, recuperados do operador-poluidor⁵⁹. Assim, quando sejam as autoridades competentes a dar o primeiro passo e a tomar as medidas necessárias, mesmo assim, o poluidor não poderá deixar de suportar integralmente os custos dessas medidas. É também isto que prescreve o artigo 14.º n.º 5 d) da Lei nacional: “executar, subsidiariamente e a expensas do operador responsável, as medidas de prevenção necessárias, designadamente quando, não obstante as medidas que o operador tenha adoptado, a ameaça iminente de dano ambiental não tenha desaparecido ou, ainda, quando a gravidade e as consequências dos eventuais danos assim o justifiquem”. Neste caso, “a autoridade competente fixa os montantes dos custos das medidas adoptadas e identifica o responsável pelo seu pagamento, podendo recuperá-los em regresso” (artigo 17º da Lei portuguesa de responsabilidade).

⁵⁷ Parágrafo 18 do Preâmbulo, *ab initio*.

⁵⁸ Decreto-lei n.º 147/2008, artigo 23º: “1. Os custos da intervenção pública de prevenção e reparação dos danos ambientais prevista no presente decreto -lei são suportados pelo Fundo de Intervenção Ambiental, criado pela Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, abreviadamente designado por FIA, nos termos do respectivo estatuto”. É o Decreto-lei n.º 150/2008, de 30 de Julho, que aprova o Regulamento do FIA.

⁵⁹ Parágrafo 18 *in fine* do Preâmbulo da Directiva: “se a autoridade competente actuar, por si própria ou por intermédio de terceiros, em lugar do operador, deve assegurar que **o custo em causa seja cobrado ao operador**”.

1. Terceiro, suportando as garantias financeiras constituídas para reforço da responsabilidade ambiental, as quais devem ser “próprias e autónomas, alternativas ou complementares entre si” (artigo 22, n.º1 do Decreto-lei n.º 147/2008). Em conformidade com o Direito europeu, que fala apenas em “garantias sobre bens imóveis ou de outras garantias adequadas” (artigo 8º, n.º2), em Portugal as garantias podem ser prestadas por diversas formas: subscrição de apólices de seguro, obtenção de garantias bancárias, participação em fundos ambientais ou constituição de fundos próprios reservados para o efeito.

1. Quarto, pagando uma taxa no valor de 1% sobre todas as garantias financeiras constituídas para reforço da responsabilidade ambiental⁶⁰. O valor assim arrecadado reverte, como receita, para o Fundo de Intervenção Ambiental⁶¹

A regra de recuperação dos custos das intervenções públicas de protecção ambiental (seja através de medidas de prevenção, seja através de

⁶⁰ Decreto-lei n.º 147/2008, artigo 23º: “2. Sobre as garantias financeiras, obrigatórias ou não, constituídas para assumir a responsabilidade ambiental inerente a uma actividade ocupacional incide uma taxa, no montante máximo de 1 % do respectivo valor, destinada a financiar a compensação dos custos da intervenção pública de prevenção e reparação dos danos ambientais previstos no presente decreto-lei, a liquidar pelas entidades seguradoras, bancárias e financeiras que nelas intervenham. 3. O montante concreto da taxa referida no número anterior, bem como as suas regras de liquidação e pagamento, são fixados por portaria a aprovar pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças, do ambiente e da economia. 4 — O produto da cobrança da taxa referida no n.º 2 constitui receita integral e exclusiva do FIA”.

⁶¹ O Regulamento do FIA (Decreto-lei n.º 150/2008, de 30 de Julho) prevê que o Fundo seja alimentado pelas seguintes fontes de receita:

- “a) As dotações que lhe sejam atribuídas pelo Orçamento do Estado;
- b) O produto das taxas, contribuições ou impostos que lhe sejam afectos;
- c) A parcela do produto das coimas que lhe seja afecta nos termos da lei;
- d) O montante das indemnizações e compensações que lhe sejam devidas em virtude do financiamento de medidas ou acções de prevenção ou reparação de danos ou de perigos de danos ambientais, bem como as multas que lhe sejam afectas;
- e) O reembolso dos montantes e despesas avançados, por intermédio do mecanismo da sub-rogação ou do direito de regresso;
- f) Os rendimentos provenientes da aplicação financeira dos seus capitais;
- g) Os rendimentos provenientes da alienação, oneração ou cedência temporária do seu património;
- h) O produto das heranças, legados, doações ou contribuições mecenáticas que lhe sejam destinadas;
- i) Quaisquer outras receitas que lhe venham a ser atribuídas ou consignadas por lei ou por negócio jurídico.

medidas de reparação) comporta várias excepções. As excepções reconduzem-se aos casos de danos directa ou indirectamente causados por terceiros, e aos danos resultantes de actividades legais e (aparentemente) seguras, desde que o operador-poluidor tenha actuado diligentemente e de boa fé. Analisemos brevemente cada caso.

a) Danos directamente causados por terceiros.

É a hipótese prevista no artigo 8º, n.º3 a) da Directiva⁶², em que o poluidor/operador não é obrigado a suportar os danos que ocorram, apesar das medidas de segurança adequadas que efectivamente adoptou, desde que os referidos danos tenham resultado directamente de uma acção ou omissão de terceiros que ele não tivesse obrigação nem possibilidade de prever e prevenir.

b) Danos indirectamente causados por uma entidade pública.

Na segunda hipótese, (prevista no artigo 8º, n.º3 b) da Directiva⁶³) o operador não suporta os danos que tenham resultado de ordens ou instruções erradas, emanadas por uma autoridade pública, e que redundem num dano ambiental evitável. Se não era previsível que as ordens ou instruções viessem a ocasionar danos ambientais, é compreensível que o poluidor/operador de boa fé não seja responsabilizado financeiramente.

c) Danos resultantes de actividades legais.

Nesta hipótese, prevista no artigo 8º, n.º4 a) da Directiva⁶⁴, o operador não é responsável pelo pagamento dos danos que resultem de uma actividade poluente constante do anexo III, desde que ela tivesse sido expressamente autorizada e tenha sido desenvolvida com cuidado e diligência, respeitando as condições da autorização. Compreende-se também que neste caso o PPP não pudesse produzir o desejado efeito dissuasor já que, rigorosamente, a responsabilidade é do Estado e não do poluidor.

d) Danos resultantes de actividades *comprovadamente seguras*.

⁶² Artigo 20º, n.º1 a) do Decreto-lei.

⁶³ Equivalente ao artigo 20º, n.º1 b) do Decreto-lei.

⁶⁴ Artigo 20º, n.º3 i) do Decreto-lei.

Nesta última hipótese admite-se a prova, pelo operador, de que agiu diligentemente sem culpa, e de que a actividade não envolvia, à luz dos conhecimentos científicos e técnicos existentes ao tempo, riscos de danos ambientais (artigo 8º, n.º4 b)⁶⁵).

Esta causa de exoneração de responsabilidade – habitualmente designada por “risco de desenvolvimento” – é claramente uma decorrência da sociedade do risco. Se o estado de evolução da ciência e da técnica não permitiu nem ao poluidor nem às autoridades competentes, prever os danos que efectivamente vieram a resultar de uma determinada actividade económica socialmente vantajosa, o poluidor não pode ser responsabilizado⁶⁶. Pelo contrário, é considerado justo que seja o Estado e, em última instância, toda a sociedade, a suportar esses incómodos.

Em suma, as *rationes* subjacentes às excepções admitidas, são, como sempre, a justiça na repartição dos encargos das medidas de protecção ambiental e a eficácia do efeito dissuasor pretendido.

Conclusão

Não sendo uma panaceia para os problemas ambientais, a responsabilidade ambiental é um importante mecanismo de protecção ambiental, um novo instrumento jurídico que contribui para, com justiça e eficácia, prevenir os danos ambientais de origem antropogénica.

Resta-nos esperar que as dúvidas suscitadas pela interpretação da lei da responsabilidade ambiental não originem um novo tipo de poluição, a “poluição normativa”, vislumbrada por Luciano Butti em 1990⁶⁷. A poluição normativa é a poluição ambiental que resulta do facto de os destinatários das leis de protecção ambiental (sejam os poluidores seja a administração) terem dificuldades em interpretá-las e aplicá-las por não serem claros nem os deveres nem as sanções decorrentes do incumprimento deles ou por não ser

⁶⁵ Artigo 20º, n.º3 ii) do Decreto-lei.

⁶⁶ Uma questão diferente é saber se a actividade em causa devia sequer ter sido autorizada, mas a esta questão só o princípio da precaução permite responder. Para mais desenvolvimentos, veja-se a Comunicação da Comissão Europeia, de 2 de Fevereiro de 2000 [(COM) 1 final], especialmente pág. 16 e ss.

⁶⁷ "L'Ordinamento Italiano ed il Principio «Che Inquina Paga»", in: *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, 3, anno V 1990.

mesmo possível cumprir algumas das obrigações legais⁶⁸. A descrença na capacidade do sistema legal instituído para controlar situações complexas como a poluição difusa, a pluricausalidade ou os riscos de desenvolvimento, pode levar a um (indesejável) relaxamento das preocupações preventivas que o PPP, através da lei, pretende incitar e, portanto, a mais poluição.

Cabe à doutrina o importante papel de prestar os esclarecimentos necessários a evitar a ocorrência de “poluição normativa” em virtude das dúvidas interpretativas suscitadas pelas novas regras de responsabilidade ambiental.

Alexandra Aragão

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

[Voltar ao Índice](#)

⁶⁸ É o caso do dever de celebrar seguro de poluição, quando os operadores-poluidores se vêem confrontados com a dificuldade prática de as companhias seguradoras não estarem todas preparadas para celebrar esse tipo de seguros.

DA NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

0. Objecto

O Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, veio renovar e sistematizar o regime jurídico da responsabilidade civil ecológica. Trata-se de um diploma que era há muito aguardado. Antes de mais, porque desde 2004 que a União Europeia – no culminar de um longo e difícil processo, marcado por sucessivos avanços e recuos e diversas tentativas falhadas ao longo de várias décadas¹ – se havia dotado de um instrumento jurídico relativo à responsabilidade ambiental², o qual carecia de ser transposto para o ordenamento jurídico dos Estados-Membros³. Depois, porque em Portugal não havia propriamente um sistema estruturado e uniforme de responsabilização por danos causados ao ambiente, sendo esta matéria regulada por um conjunto de normas dispersas, mal articuladas e lacunares, cuja revisão era amplamente reclamada.

Estas duas razões tornavam inevitável uma reforma do direito português da responsabilidade por danos ambientais – o que veio a acontecer com Decreto-Lei n.º 147/2008. O “aparecimento” deste diploma foi, pois, saudado com entusiasmo pela doutrina; mas já o mesmo não se pode dizer quanto ao seu conteúdo, que, embora em muitos aspectos meritório, tem suscitado diversas dúvidas interpretativas e sido objecto de algumas críticas bastante contundentes⁴. Críticas que se prendem, essencialmente, com a falta de clareza e até ambiguidade do diploma em questão.

¹ Para uma descrição sucinta das diversas tentativas de regulação da responsabilidade ambiental pelo Direito Comunitário, cfr. LUCAS BERGKAMP, “The Proposed Environmental Liability Directive”, in *European Environmental Law Review*, November 2002, Volume 11, number 11, pp. 294 e 295.

² Referimo-nos à Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, publicada no Jornal Oficial da União Europeia L 143, de 30.04.2004.

³ A transposição era devida, o mais tardar, até 30 de Abril de 2007 – prazo que o legislador português não cumpriu.

⁴ Em tom particularmente crítico, cfr., nestas mesmas Actas, CARLA AMADO GOMES, “De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica”, *passim*.

Com efeito, na ânsia de “agradar a gregos e a troianos”, o legislador criou um regime que conjuga realidades distintas e aponta em diversas direcções. O resultado é um diploma algo eclético, que se presta a diferentes leituras. Ora, esta polissemia normativa tem servido como combustível para o debate doutrinário. Cada Autor pretende ver no Decreto-Lei n.º 147/2008 uma demonstração do seu ponto de vista ou da sua concepção⁵ quanto às relações jurídicas ambientais. E a verdade é que, para cada corrente de pensamento ou ângulo de observação, o referido diploma parece fornecer uma prova, um fundamento ou, pelo menos, um indício.

A nossa tarefa consiste, então, em tentar lançar alguma luz sobre um regime que é, no mínimo, complexo e multifacetado. Na impossibilidade de apreciar todas as questões controversas e de desbravar todos os meandros do instituto *sub judice*, cuidaremos em particular de descobrir a sua natureza jurídica, matéria que – como veremos – é tudo menos linear. Eis, portanto, o nosso desígnio: tentar “captar” a natureza jurídica da responsabilidade ambiental, tal como esta se encontra regulada no Decreto-Lei n.º 147/2008.

1. Natureza jurídica dúplice

O regime anterior ao Decreto-Lei n.º 147/2008 era, como dissemos, manifestamente imperfeito⁶. Muito sucintamente, caracterizava-se: pela confluência de uma multiplicidade de fontes, com várias normas sobrepostas e de articulação deficiente⁷; pela vigência de previsões legais que, no entanto, se encontravam por regulamentar e que, conseqüentemente, era discutível se podiam ou não ser aplicadas⁸; pela verificação de uma

⁵ Mais jus-publicista ou mais jus-privatista; mais ecocêntrica ou mais antropocêntrica; etc.

⁶ Para uma breve descrição, cfr., por todos, VASCO PEREIRA DA SILVA, “Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente”, in *Verdes são também os Direitos do Homem / Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente*, Cascais, 2000, pp. 30 e ss..

⁷ A saber: os artigos 41.º, 43.º e 48.º da Lei de Bases do Ambiente (LBA); o Decreto-Lei n.º 48.051, de 21 de Novembro de 1967 (entretanto revogado pela Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro); os artigos 483.º e ss. do Código Civil; e os artigos 22.º e 23.º da Lei da Acção Popular (LAP).

⁸ Encontravam-se nesta situação os artigos 41.º, n.º 2 e 43.º da LBA, sobre o quantitativo da indemnização em casos de responsabilidade objectiva e sobre a obrigatoriedade de subscrição de um seguro de responsabilidade civil,

dualidade de jurisdições, com base em critérios nem sempre muito claros⁹; pela confusão entre tutela de interesses individuais, interesses grupais (ou individuais homogêneos) e difusos¹⁰; pela indefinição quanto ao conceito e amplitude do dano ambiental¹¹.

Não vale a pena, porém, alongarmo-nos sobre o contexto normativo em que anteriormente se processava a responsabilidade ambiental uma vez que, felizmente, dispomos hoje de um quadro legal renovado nesta matéria¹². O Decreto-Lei n.º 147/2008 aprovou o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais (RJRDA), procurando resolver muitos dos problemas atrás identificados e adaptando-se ao novo panorama europeu resultante da Directiva n.º 2004/35/CE (doravante, referida apenas como Directiva).

Aqui surge, no entanto, o primeiro problema. É que, lendo a Directiva, ficamos com uma determinada ideia do que é a responsabilidade ambiental

respectivamente.

⁹ Situação que, apesar de tudo, melhorou bastante com alteração efectuada pelo artigo 6.º da Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro (que aprovou o ETAF) ao artigo 45.º da LBA.

¹⁰ Que é visível, de forma particularmente grosseira, no artigo 22.º da LAP.

¹¹ Sobre este conceito, cfr. JOSÉ DE SOUSA CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos – da reparação do dano através da restauração natural*, Coimbra, 1998, pp. 65 e ss..

¹² Não significa isto, contudo, que as normas ao abrigo das quais era efectuada a responsabilidade por danos ambientais já não se encontrem em vigor. A verdade é que essas normas não foram expressamente revogadas. E tão pouco o foram tacitamente, como iremos comprovar.

Quanto às normas da LBA, trata-se de disposições genéricas, próprias de uma lei de bases, que não foram contrariadas ou postas em causa pelo articulado do RJRDA, antes passaram a ter o seu desenvolvimento e concretização no RJRDA. Quanto aos regimes de responsabilidade civil constantes do Código Civil e, actualmente, da Lei n.º 67/2007, bem como às disposições pertinentes da LAP, trata-se de um conjunto de normas que não dizem respeito especificamente à responsabilidade ambiental, tendo um âmbito de aplicação bastante mais vasto, pelo que nunca poderiam ter sido revogadas pelo RJRDA.

O que sucedeu foi que, passando a haver um regime próprio e autónomo quanto à responsabilidade civil por danos ambientais, aquelas normas deixaram de se aplicar a este tipo de responsabilidade, continuando todavia a regular a responsabilidade civil em geral. Estamos aqui, tão só, perante uma demonstração do princípio da especialidade, de acordo com o qual *lex specialis derogat generali*.

Assim, e em conclusão, as normas que antigamente eram mobilizadas para responsabilizar alguém pela produção de danos ambientais não deixaram de estar em vigor. No entanto, deixaram de ser elas a reger a responsabilidade ambiental, dada a superveniente aprovação de um regime especial sobre a matéria: o RJRDA. Pelo que apenas perante a constatação de alguma lacuna no RJRDA fará sentido voltar a recorrer às referidas normas. Regressaremos a este ponto, com mais pormenor, no capítulo 2. *infra*.

e de qual a sua natureza jurídica. Contudo, ao lermos o diploma de transposição – *maxime*, o respectivo preâmbulo – ficamos com uma impressão que não é inteiramente coincidente.

De facto, compulsando a Directiva e o RJRDA encontramos algumas diferenças significativas. Há, naturalmente, muitos elementos concordantes. Mas há outros que destoam. Em parte, isto poderá ter a ver com o facto de estarmos perante uma “Directiva de mínimos”, isto é, uma Directiva que funciona como mínimo denominador comum da responsabilidade ambiental no espaço comunitário¹³. No entanto, cremos que esta explicação peca por defeito.

A verdade é que o legislador comunitário e o legislador nacional manifestaram preocupações diferenciadas. Enquanto que o primeiro se ocupou apenas dos chamados danos ecológicos puros, isto é, dos danos causados à natureza em si mesma, o segundo pretendeu abranger todo o tipo de danos (quer ecológicos, quer pessoais ou patrimoniais) sofridos por via da lesão de um qualquer componente ambiental. Enquanto que o primeiro visou prevenir a ocorrência de danos ou, não sendo tal possível, repará-los *in natura*, o segundo admitiu diferentes formas de compensação dos sujeitos lesados (incluindo, na falta de outras alternativas, o pagamento de uma indemnização). Enquanto que o primeiro confiou importantes tarefas às autoridades administrativas competentes, o segundo partiu do princípio de que «é preferível [dotar os particulares] de direitos indemnizatórios, investindo

¹³ De facto, o que a Directiva n.º 2004/35/CE pretendeu foi consagrar um patamar comum em termos europeus, a partir do qual cada Estado-Membro poderá – se assim o entender – ir mais além. São múltiplos os aspectos em que tal se verifica. Apenas a título de exemplo, podemos referir o artigo 16.º, n.º 1, segundo o qual «a presente directiva não impede os Estados-Membros de manterem ou adoptarem disposições mais estritas em relação à prevenção e à reparação de danos ambientais, incluindo a identificação de outras actividades a sujeitar aos requisitos [...] da presente directiva e a identificação de outros responsáveis»; os artigos 16.º, n.º 2 e 3.º, n.º 3, que – embora o articulado da Directiva não contemple a reparação de danos individuais – admitem que, ao abrigo da legislação nacional de cada Estado-Membro, os particulares tenham direito a ser ressarcidos caso o seu património seja afectado na sequência de lesões ambientais; e o artigo 2.º, n.º 3, alínea c), que autoriza os Estados-Membros a alargar o conceito de dano ambiental a quaisquer *habitats* ou espécies, para além daqueles que se encontram protegidos pelo regime comunitário da Rede Natura 2000.

assim o cidadão na qualidade de verdadeiro zelador do ambiente)»¹⁴. Ora, como explicar esta diferença de abordagem?

A nosso ver, a resposta é bastante simples. A Directiva consagra um modelo de responsabilidade ambiental que se afasta significativamente do modelo clássico ou civilista da responsabilidade civil. Em vez de uma relação de tipo ressarcitório, entre lesante e lesado, temos um regime assente na prevenção (a par da reparação) de danos à natureza, no qual as entidades públicas desempenham um papel de relevo. O RJRDA consagra, naturalmente, este modelo de responsabilidade, mas acrescenta-lhe um outro: o modelo tradicional, assente na indemnização de danos individuais.

Significa isto que o legislador nacional contemplou, não um, mas dois tipos distintos de responsabilidade ambiental. Teve de se conformar com o modelo de inspiração jurídico-pública definido a nível europeu, mas não quis abdicar do figurino civilista clássico¹⁵.

Embora nem toda a doutrina convirja neste entendimento¹⁶, parece-nos que ele resulta muito claramente do RJRDA. Basta atentar no respectivo preâmbulo, nomeadamente quando aí se afirma: «estabelece-se, por um lado, um regime de responsabilidade civil subjectiva e objectiva nos termos do qual os operadores-poluidores ficam obrigados a indemnizar os indivíduos

¹⁴ Cfr. o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 147/2008.

¹⁵ Esta abordagem tem, desde logo, um grande mérito. Ao contrário do que se vem tornando hábito, neste caso o legislador nacional não se limitou a reproduzir acriticamente o articulado da Directiva. Pelo contrário, reflectiu sobre o tema, ponderou diferentes opções quanto à sua regulamentação jurídica e – a pretexto da transposição da Directiva – concebeu, nos termos que entendeu melhor, um novo regime de responsabilidade ambiental.

¹⁶ De facto, há quem se recuse a reconhecer idêntica dignidade a estes dois pilares do RJRDA, procurando – de acordo com as suas próprias pré-compreensões quanto à responsabilidade ambiental – subalternizar ou até excluir o ressarcimento de danos individuais, em benefício da restituição dos bens ambientais naturais ao seu estado inicial (cfr. CARLA AMADO GOMES, “A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico – Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho”, in CARLA AMADO GOMES / TIAGO ANTUNES (org.), *O que há de novo no Direito do Ambiente? Actas das Jornadas de Direito do Ambiente – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (15 de Outubro de 2008)*, Lisboa, 2009, maxime pp. 268 e ss.; e, da mesma Autora, “De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica”, publicado nestas Actas); ou, inversamente, privilegiar o accionamento judicial do/s lesante/s pelo/s lesado/s, em detrimento da prevenção e reparação dos danos ao ambiente por ordem ou mesmo por acção das autoridades administrativas competentes (foi esta, grosso modo, a posição defendida por BRANCA MARTINS DA CRUZ durante o colóquio a que as presentes Actas dizem respeito).

lesados pelos danos sofridos por via de um componente ambiental. Por outro, fixa-se um regime de responsabilidade administrativa¹⁷ destinada a [prevenir e] reparar os danos causados ao ambiente perante toda a colectividade, transpondo desta forma para o ordenamento jurídico nacional a Directiva n.º 2004/35/CE¹⁸.

Repare-se como, num caso, está em causa a indemnização de lesões sofridas por determinados indivíduos em concreto e, noutro caso, está em causa a reparação de danos provocados ao meio-ambiente, que apenas reflexamente ou de forma difusa acabam por afectar a colectividade como um todo. São estes dois tipos de danos que o RJRDA visa acautelar. E, para o efeito, consagra duas vias paralelas de actuação¹⁹.

De facto, nisto discordamos de algumas análises que têm sido feitas na doutrina elogiando a uniformidade do RJRDA²⁰. Pelo contrário, entendemos que a uniformidade é meramente formal (todo o instituto está regulado num mesmo instrumento jurídico). Em termos substanciais, contudo, o RJRDA introduziu um sistema dualista ou bipolar de responsabilidade ambiental.

Mais concretamente, o actual regime português de responsabilidade ambiental está construído sobre dois eixos distintos: um deles consta do Capítulo II do RJRDA, que regula, nos moldes clássicos, de que forma deve/m o/s poluidor/es responder perante a/s vítima/s directa/s da sua acção

¹⁷ O conceito de “responsabilidade administrativa” aqui utilizado é, como teremos oportunidade de explicar, bastante equívoco e enganador. Na verdade, não deixa de estar em causa uma modalidade de “responsabilidade civil”, ainda que com características bem distintas do instituto regulado nos artigos 483.º e ss. do Código Civil. Para mais pormenores, cfr. o capítulo 1.3. *infra*.

¹⁸ Sublinhados nossos.

¹⁹ Para não subverter o conteúdo da Directiva, nem criar desconformidades regulatórias no interior do espaço jurídico comunitário, o legislador nacional entendeu por bem não misturar o tratamento destes dois tipos de danos, abstendo-se assim de formular uma disciplina jurídica una ou comum e optando antes por consagrar dois mecanismos autónomos de responsabilização por ofensas ambientais. Assim, para efeitos de cumprimento da Directiva, instituiu um sistema de prevenção e reparação de danos ecológicos puros. Mas, ao seu lado, colocou um regime de imputação da responsabilidade por danos cometidos (por via de um qualquer componente ambiental) a pessoas ou bens.

²⁰ Cfr., por exemplo, VASCO PEREIRA DA SILVA, “Ventos de Mudança no Direito do Ambiente – A responsabilidade civil ambiental”, in CARLA AMADO GOMES / TIAGO ANTUNES (org.), *O que há de novo no Direito do Ambiente? Actas das Jornadas de Direito do Ambiente – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (15 de Outubro de 2008)*, Lisboa, 2009, p. 18.

poluente; e o outro consta do Capítulo III do RJRDA, que – em transposição da Directiva n.º 2004/35/CE²¹ – define um conjunto de obrigações de prevenção e reparação de danos à natureza, obrigações essas que impendem sobre o causador da ameaça mas cujo cumprimento deve ser assegurado pelo Estado.

Donde, estamos em presença de um regime bicéfalo. Ou, por outras palavras, o instituto da responsabilidade civil por danos ambientais tem, em Portugal, uma natureza jurídica dúplice²². De resto, esta duplicidade pode ser observada sob diversos prismas. Para o comprovar, iremos seguidamente apreciar o RJRDA sob quatro ângulos distintos – e, em todos eles, poderemos constatar que a responsabilidade ambiental aí prevista comporta duas modalidades distintas.

1.1. Natureza ecocêntrica / antropocêntrica

Quanto ao tipo de danos ambientais abrangidos, a responsabilidade civil pode ter uma natureza mais ecocêntrica ou mais antropocêntrica. No primeiro caso, trata-se de reparar os danos à natureza em si mesma – também conhecidos por “danos ecológicos” ou “danos ecológicos puros”. No segundo caso, trata-se de ressarcir os danos que, embora cometidos por via de uma ofensa ambiental, se projectam sobre a personalidade ou o património de determinados indivíduos – era para estes danos que, antigamente, estava reservada a expressão “danos ambientais”²³.

²¹ Só o Capítulo III é que procede à transposição da Directiva n.º 2004/35/CE, como é perceptível, aliás, pela sistemática algo atípica e até, em certa medida, surpreendente do RJRDA: o elenco de definições, habitualmente presente no início dos diplomas, consta apenas do artigo 11.º, o que só se justifica porque, na verdade, é aí que começa a transposição da Directiva.

²² Daí a importância e o interesse do tema que nos ocupa. E daí também o facto de, como dissemos *supra*, o RJRDA se prestar a diferentes leituras. Percebemos agora que isso resulta, não tanto de uma equivocidade estrutural do diploma, mas sim da sua bipolaridade.

²³ Sobre a contraposição entre os conceitos de “dano ecológico” e “dano ambiental”, à luz do regime anterior ao RJRDA, cfr. a síntese de JOSÉ DE SOUSA CUNHAL SENDIM (em *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos*, Cadernos CEDOUA, Coimbra, 2002, p. 37): «A compreensão do dano ao ambiente como *perturbação de um bem jurídico autónomo e unitário* permite, desde logo, traçar – com base na ordenação axiológica do objecto da lesão – a distinção entre os *danos provocados ao ambiente*,

Ora, a Directiva n.º 2004/35/CE diz respeito única e exclusivamente aos danos ecológicos puros. O considerando 14 é, a este respeito, absolutamente claro: «a presente directiva não é aplicável aos casos de danos pessoais, de danos à propriedade privada ou de prejuízo económico». E, no mesmo sentido, o artigo 3.º, n.º 3) dispõe que «a presente directiva não confere aos particulares o direito a compensação na sequência de danos ambientais ou de ameaça iminente desses danos». O que, nas palavras de LUDWIG KRÄMER, «demonstrates a progressive departure from the concept that an individual person should be compensated for the impaired environment towards a concept that there should be restoration of the impaired environment, provided this could be achieved at reasonable costs»²⁴.

Assim, embora a Directiva não impeça os Estados-Membros de instituírem mecanismos de responsabilização por outro tipo de danos – *maxime* danos a pessoas ou bens provocados por via de uma ofensa ambiental²⁵ –, o que é certo é que o legislador comunitário apenas cuidou das lesões aos bens ambientais naturais²⁶. Mais especificamente, o conceito de “dano ambiental”

enquanto bem jurídico [danos ecológicos] e os danos provocados às pessoas e aos bens pelas perturbações ambientais (danos ambientais, *Umweltschäden*, *Milieuschäden*).

«Só no primeiro tipo o ambiente é – enquanto bem jurídico – o objecto do dano. Pelo contrário, nos *danos ambientais* o ambiente é, essencialmente o *percurso causal do dano*. Trata-se pois de danos *indirectos* causados por uma acção sobre o ambiente».

²⁴ Cfr. LUDWIG KRÄMER, “The Directive 2004/35 on environmental liability – useful?”, publicado nestas Actas.

²⁵ O considerando 14 e o artigo 3.º, n.º 3, *supra* citados, ressalvam expressamente esta possibilidade. Para além disso, o considerando 29 e o artigo 16.º, n.º 2 também partem do mesmo pressuposto, ao referirem-se a «situações de eventual dupla cobrança de custos em resultado de acções concorrentes por parte da autoridade competente ao abrigo da presente directiva e de pessoas cujo património seja afectado por danos ambientais».

²⁶ Embora no *Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental* a Comissão Europeia alertasse que «para uma abordagem coerente é importante abranger também os danos tradicionais, como os danos a pessoas e bens, caso tenham sido causados por uma actividade perigosa abrangida pelo âmbito de aplicação do regime, uma vez que, em muitos casos, os danos tradicionais e os danos ambientais resultam de um mesmo acontecimento. Cobrir apenas os danos ambientais com o regime comunitário e deixar a responsabilidade pelos danos tradicionais inteiramente aos Estados-Membros poderia originar resultados injustos» (cfr. *Livro Branco sobre Responsabilidade Ambiental*, COM(2000) 66 final, de 9 de Fevereiro de 2000, disponível em http://ec.europa.eu/environment/legal/liability/pdf/el_full_pt.pdf, pp. 17-18). No entanto, a solução final a que o legislador comunitário acabou por chegar foi outra, restringindo o âmbito de aplicação da Directiva aos danos ecológicos (sem prejuízo, naturalmente, de os Estados-Membros poderem incluir a regulação dos danos

utilizado na Directiva integra três modalidades: os danos causados às espécies e *habitats* naturais protegidos (ou danos à biodiversidade); os danos causados à água; e os danos causados ao solo.

Este conceito de “dano ambiental”, decorrente do artigo 2.º, n.º 1 da Directiva, suscita-nos alguns comentários. Em primeiro lugar, confirma-se que não estão abrangidos quaisquer danos pessoais ou patrimoniais. O que significa, portanto, que o dano ambiental já não é o que era. Explicando melhor, o sentido com que a expressão “dano ambiental” costumava ser empregue pela doutrina – querendo significar a lesão da esfera jurídica de um ou mais indivíduos por via da perturbação de um componente ambiental – não corresponde ao entendimento que resulta actualmente da Directiva (e, por decorrência, do RJRDA). Na verdade, hoje-em-dia o conceito de “dano ambiental” integra apenas danos ecológicos puros.

No entanto, os danos à biodiversidade, à água e ao solo só se qualificam como danos ambientais se tiverem um alcance «significativo». Qualquer uma das alíneas do artigo 2.º, n.º 1 da Directiva integra, como elemento da definição, a exigência de que os danos em causa assumam um determinado patamar de relevância. E se, quanto aos danos à biodiversidade, o Anexo I fornece os critérios ao abrigo dos quais deve ser aferido o seu carácter significativo, já quanto aos demais danos não existem quaisquer indicadores que permitam medir o respectivo impacto. O que introduz uma grande dose de incerteza ou uma ampla margem de discricionariedade – que, a nosso ver, se pode revelar bastante contraproducente – na determinação de quais os danos que já são significativos e, conseqüentemente, se podem qualificar como danos ambientais para efeitos do regime em apreço.

Um aspecto que nos deixa particularmente intrigados prende-se com a omissão dos danos ao ar ou à atmosfera. A este respeito, o considerando 4 da Directiva limita-se a afirmar que «os danos ambientais incluem igualmente os danos causados pela poluição atmosférica, na medida em que causem danos à água, ao solo, às espécies ou aos *habitats* naturais protegidos». Ou seja, a poluição da atmosfera não tem aqui uma relevância autónoma a se,

tradicionais nos seus ordenamentos jurídicos internos).

apenas interessando reflexamente caso se projecte sobre algum dos elementos naturais que a Directiva visou proteger. Ora, não se compreende bem por que razão a qualidade do ar foi votada a este desprezo, sobretudo quando a sua tutela é objecto de diversos diplomas e institutos jurídicos, quer ao nível do Direito Comunitário, quer no ordenamento jurídico interno²⁷.

Por fim, justifica-se ainda referir que os danos ao solo apenas estão abrangidos na medida em que impliquem um risco para a saúde humana²⁸. Ou seja, embora a Directiva verse exclusivamente sobre danos à natureza em si mesma – o que, à partida, remete para uma concepção ecocêntrica da responsabilidade ambiental –, a verdade é que, no caso específico dos danos ao solo, eles só adquirem relevância e só devem ser reparados se afectarem o ser humano – o que tem subjacente uma clara visão antropocêntrica²⁹.

Agora que já conhecemos quais os danos abrangidos pela Directiva n.º 2004/35/CE, importa verificar se as coisas se passam da mesma forma no âmbito do RJRDA. E aí a resposta varia. Relativamente ao Capítulo III, os danos ambientais contemplados são exactamente os mesmos que estão previstos na

²⁷ Aliás, no nosso ordenamento esta falta de previsão da responsabilidade por deterioração da qualidade do ar poderá eventualmente configurar-se como uma violação da Lei de Bases do Ambiente (Lei n.º 11/87, de 7 de Abril), que integra expressamente o ar entre os componentes ambientais naturais que carecem de protecção (vd. o artigo 6.º, alínea a)). Neste sentido, cfr. CARLA AMADO GOMES, "A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico – Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho", cit., pp. 250 e 251.

²⁸ Cfr. o considerando 7 e o artigo 2.º, n.º 1, alínea c) e n.º 15 da Directiva (no RJRDA, vd. o artigo 11.º, n.º 1, alínea e), subalínea iii) e alínea p)).

²⁹ De resto, a afectação da saúde humana não é mencionada apenas a propósito dos danos ao solo, mas também a propósito do carácter significativo dos danos à biodiversidade (cfr. Anexo I da Directiva) e ainda a diversos outros títulos: vd. o considerando 8, os artigos 6.º, n.º 1, alínea a), 6.º, n.º 2, alínea b) e 7.º, n.º 3, segundo parágrafo, bem como os pontos 1., 1.3.1, 1.3.3. e 2. do Anexo II da Directiva (no RJRDA, vd. os artigos 14.º, n.º 6, 15.º, n.º 1, alínea b), 15.º, n.º 3, alínea c), 16.º, n.º 3, 18.º, n.º 6 e 24.º, n.º 1, bem como os pontos 1., 1.3.1, 1.3.3. e 2. do Anexo V). O que dá uma coloração antropocêntrica a um regime que se apresenta, *prima facie*, ecocêntrico, isto é, virado para a tutela dos bens ambientais *per se*.

Directiva³⁰. Relativamente ao Capítulo II, porém, os danos abrangidos são outros, bem distintos.

Com efeito, no Capítulo II do RJRDA o que está em causa é a ressarcibilidade de danos individuais ou subjectivos, isto é, de danos que, consistindo numa deterioração do ambiente, se projectam directamente sobre a esfera jurídica de determinado/s sujeito/s, afectando a sua pessoa ou o seu património. Já não se trata aqui, portanto, de restituir os bens ambientais naturais – espécies, *habitats*, água, solo – ao seu estado primitivo, mas tão-só de compensar as lesões que certos indivíduos sofreram em resultado da perturbação do ambiente. Esta conclusão está sustentada em diversas passagens do RJRDA.

Primo, o próprio preâmbulo refere-se à instituição de «um regime de responsabilidade civil [...] nos termos do qual os operadores-poluidores ficam obrigados a indemnizar os indivíduos lesados pelos danos sofridos por via de um componente ambiental»³¹.

Secundo, a letra dos artigos 7.º e 8.º é absolutamente clara ao estatuir que é responsável «quem [...] ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um qualquer componente ambiental»³² (formulação textual muito diferente da utilizada no Capítulo III, em que os artigos 12.º e 13.º determinam que é responsável «o operador que [...] causar um dano ambiental»).

Tertio, o facto de a “culpa do lesado” – aspecto típico de qualquer regime clássico de responsabilidade civil – apenas se encontrar prevista no âmbito do Capítulo II (vd. artigo 9.º). O que, bem vistas as coisas, faz todo o sentido, uma vez que no Capítulo III não há propriamente sujeitos lesados, o que é lesado é

³⁰ Com a única ressalva de que os danos à biodiversidade são definidos de forma mais abrangente pelo RJRDA. Enquanto a Directiva apenas cuida dos danos às espécies e aos *habitats* naturais protegidos ao abrigo do regime comunitário da Rede Natura 2000 (vd. artigo 2.º, n.º 3, alíneas a) e b)), o RJRDA aplica-se aos danos às espécies e aos *habitats* naturais protegidos nos termos da lei (vd. artigo 11.º, n.º 1, alínea g)), isto é, protegidos quer ao abrigo do regime jurídico da Rede Natura 2000, quer ainda de outros regimes jurídicos nacionais de conservação da natureza (como os regimes da Rede Nacional de Áreas Protegidas, da REN, etc.). Sobre o assunto, cfr. CARLA AMADO GOMES, “A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico – Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho”, cit., pp. 249 e 250.

³¹ Sublinhado nosso.

³² Sublinhado nosso.

o meio-ambiente. No Capítulo II, sim, estão em causa interesses de indivíduos que foram lesados, na sua pessoa ou no seu património, e cuja própria conduta poderá eventualmente ter contribuído para a produção ou agravamento do dano, devendo, nesse caso, tal conduta ser ponderada para efeitos do cômputo da indemnização.

Todos estes indícios nos dão conta de que, a par da reparação dos danos ecológicos puros – de que trata a Directiva e o Capítulo III do RJRDA –, o direito português da responsabilidade ambiental regula também a reparação dos danos infligidos a pessoas ou bens – matéria de que trata o Capítulo II do RJRDA. Assim, e em síntese, o RJRDA é composto por dois mecanismos distintos de responsabilidade: um que se dirige exclusivamente à tutela da natureza; e outro que visa compensar as lesões subjectivas provocadas pela poluição³³.

1.2. Natureza preventiva / reparadora

Quanto ao tipo de obrigações que gera, a responsabilidade ambiental pode ter uma natureza preventiva ou reparadora e, dentro desta última, pode ainda assumir contornos de tipo restaurativo ou de tipo ressarcitório. Como se nota, são diversas as feições que a responsabilidade ambiental pode assumir. VASCO PEREIRA DA SILVA refere-se mesmo à «respectiva natureza multifuncional, implicando a consideração simultânea, entre outras, das dimensões preventiva, repressiva, compensatória e reconstitutiva»³⁴. Vejamos, pois, qual ou quais destas dimensões estão presentes no regime jurídico em apreço.

³³ Nem toda a doutrina, porém, sufraga este entendimento. VASCO PEREIRA DA SILVA, por exemplo, considera que o RJRDA consagrou «uma noção ampla de dano ambiental, abrangendo tanto os danos subjectivos como os objectivos», o que «põe em causa a distinção doutrinária entre “dano ambiental” e “dano ecológico”, alargando o primeiro de modo a abarcar também o segundo» (cfr. “Ventos de Mudança no Direito do Ambiente – A responsabilidade civil ambiental”, cit., pp. 21 e 17, respectivamente). Com um entendimento diametralmente oposto, mas igualmente distinto da posição que defendemos no texto, CARLA AMADO GOMES sustenta que o RJRDA é «aplicável em sede de prevenção e reparação de *dano ecológico* e só deste» (cfr. “A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico – Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho”, cit., pp. 248-249).

³⁴ VASCO PEREIRA DA SILVA, “Ventos de Mudança no Direito do Ambiente – A responsabilidade civil ambiental”, cit., p. 14.

Começando por olhar para a Directiva, esta tem como epígrafe «responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais»³⁵. O que significa, desde logo, que o legislador comunitário, ao invés de optar por um único escopo, pretendeu instituir um regime simultaneamente preventivo e reparador. E, se atentarmos no articulado da Directiva, todo ele assenta também nestas duas ideias: prevenção, por um lado; e reparação, por outro.

Ora, só por aqui – pelo carácter ambivalente da responsabilidade ambiental e, *maxime*, pelo relevo dado à prevenção – se percebe logo que o regime da Directiva está muito distante do modelo típico da responsabilidade civil. É que tradicionalmente considera-se que, sendo possível prevenir os danos, não há lugar a responsabilidade. Esta só é accionada quanto a danos efectivamente ocorridos e visa repará-los ou ressarcí-los. A lógica preventiva não é, pois, característica do mecanismo da responsabilidade civil, o qual só costuma ser despoletado depois de os danos se terem consumado.

É certo que o instituto da responsabilidade – seja ela civil, penal, disciplinar, contra-ordenacional, etc. – tem sempre uma função preventiva. Se alguém for passível de ser responsabilizado por uma determinada conduta, tenderá – em princípio – a evitá-la. Mas esta lógica preventiva apenas tem um efeito tendencial ou simbólico e diz respeito a danos hipotéticos. Não pretende evitar danos reais e concretos, que estejam na iminência de ocorrerem. E, sobretudo, dela não decorrem obrigações concretas e imediatas de prevenção de danos, mas apenas um desincentivo genérico à prática de actos danosos.

Geralmente, quando o que está em causa é a atribuição legal, a determinados sujeitos, de deveres específicos de prevenção de danos, entende-se que isso resulta de normas de direito público, e não tanto de uma relação obrigacional de responsabilidade civil. Por outras palavras, o princípio da prevenção está na base de grande parte dos regimes jurídico-ambientais, mas não costuma ser associado ao instituto da responsabilidade. Até porque este define quem deve responder pelos danos causados e não quais as

³⁵ Sublinhados nossos.

medidas que devem ser levadas a cabo para evitar a produção ou o agravamento de possíveis danos. Portanto, as acções de prevenção consagradas no artigo 5.º da Directiva são algo de estranho ou pouco familiar a um regime civilista de responsabilidade³⁶.

Assim, podemos concluir que, ao integrar expressamente uma dimensão preventiva e ao fazê-lo por referência ou no quadro de um esquema de responsabilidade ambiental, a Directiva forjou um regime jurídico bastante inovador e heterodoxo. Mas a Directiva não se circunscreve à dimensão de prevenção. Refere-se também à reparação. Vejamos, então, esta outra dimensão.

Em teoria, quando se fala de reparação podem estar em causa diferentes funções: reconstitutiva, compensatória, ressarcitória, punitiva, etc.. Importa, pois, perceber exactamente o que é que o legislador comunitário teve em mente. Para o efeito, devemos começar por analisar o artigo 2.º, n.º 11 da Directiva, que define em que consistem as medidas de reparação: «qualquer acção ou combinação de acções, incluindo medidas atenuantes ou intercalares com o objectivo de reparar, reabilitar ou substituir os recursos naturais danificados e/ou os serviços danificados ou fornecer uma alternativa equivalente a esses recursos ou serviços, tal como previsto no Anexo II»³⁷.

Como se pode constatar, esta definição faz uso de diferentes verbos, o que não facilita a nossa tarefa. Mas não nos enredemos em infrutíferos jogos de palavras (o que é reparar? restaurar? reabilitar? etc.). O que realmente nos interessa é perceber em que consiste, materialmente, a dimensão reparadora

³⁶ Embora haja que reconhecer que, nos termos do artigo 5.º da Directiva (e do artigo 14.º do RJRDA), as medidas de prevenção apenas são devidas quando já haja uma ameaça iminente de danos ambientais, o que permite questionar se verdadeiramente têm ou não uma natureza preventiva. Segundo LUDWIG KRÄMER, «Directive 2004/35 commits a [...] mis-spelling, by mentioning as preventive measures only those that intend to have an “imminent threat” of damage prevented (Article 5). In continental European law, this situation is not normally seen as preventive action, but as an action to eliminate an (existing) impairment». Cfr. “The Directive 2004/35 on environmental liability – useful?”, publicado nestas Actas.

³⁷ Sublinhados nossos.

do regime de responsabilidade ambiental em apreço³⁸. E, com esse fito, devemos recorrer ao Anexo II da Directiva³⁹.

Este Anexo começa, desde logo, por distinguir entre a forma de reparação dos danos à água e à biodiversidade e a forma de reparação dos danos ao solo. Mas não é este aspecto que, para já, mais nos preocupa. Concentremos, então, a nossa atenção nas diferentes modalidades de reparação dos danos à água e à biodiversidade, que são três: primária, complementar e compensatória.

Por reparação primária entende-se «qualquer medida de reparação que restitui os recursos naturais e/ou os serviços danificados ao estado inicial, ou os aproxima desse estado». Por reparação complementar entende-se «qualquer medida de reparação tomada em relação aos recursos naturais e/ou serviços para compensar pelo facto de a reparação primária não resultar no pleno restabelecimento dos recursos naturais e/ou serviços danificados». Por reparação compensatória entende-se «qualquer acção destinada a compensar perdas transitórias de recursos naturais e/ou de serviços verificadas a partir da data de ocorrência dos danos até a reparação primária ter atingido plenamente os seus efeitos».

O primeiro comentário que temos a fazer quanto a estes conceitos é de índole essencialmente terminológica. É que a chamada reparação complementar tem, não obstante esse nome, uma natureza compensatória. Donde, embora só uma assuma formalmente a designação, temos na verdade duas modalidades de reparação compensatória. Que não se confundem, pois visam compensar coisas diferentes.

Uma – a reparação complementar – visa compensar a parcela do dano que não se consegue recuperar, isto é, os recursos e/ou serviços que não for possível restituir, a título definitivo, ao seu estado inicial são contrabalançados

³⁸ Sobre o conteúdo da reparação, nos termos previstos pela Directiva, cfr. JESÚS JORDANO FRAGA, “La responsabilidad por daños ambientales en el derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de Abril, sobre responsabilidad medioambiental”, in *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, Número 7, *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE de Responsabilidad por Daños Ambientales y su Incidencia en el Ordenamiento Español*, Navarra, 2005, pp. 41 e ss..

³⁹ Ou ao correspondente Anexo V do RJRDA.

mediante alternativas substancialmente equivalentes. Outra – a reparação compensatória propriamente dita – visa compensar os danos intercalares ou transitórios, colmatando a perda provisória de recursos e/ou serviços enquanto se aguarda a sua recuperação (isto é, enquanto as medidas de reparação primária ou complementar não tiverem produzido efeito).

Seja como for, o que queremos pôr em evidência é que, em qualquer uma das três modalidades de reparação previstas no Anexo II, está em causa uma reparação *in natura* (e não por equivalente pecuniário)⁴⁰. No caso da reparação compensatória, aliás, isso é dito expressamente⁴¹. Nos demais casos, embora não haja menção expressa⁴², percebe-se, pelo tipo de medidas em causa, que também assim é.

De facto, lendo com atenção o referido Anexo II torna-se claro que o objectivo da reparação ambiental consiste na reposição do estado ecológico anterior ao dano ou, subsidiariamente, na obtenção de um estado ecológico de nível pelo menos equivalente. Do que se trata é de recuperar os ecossistemas perdidos, regenerando-os ou substituindo-os por outros semelhantes. Mesmo quando no ponto 1.2.3. se prevê a valoração monetária do dano, não é para efeitos de cálculo de uma indemnização, mas apenas como método de comparação para «determinar a extensão das medidas de reparação complementares e compensatórias necessárias». Não há, portanto, lugar ao pagamento de indemnizações, mas antes à restauração natural dos componentes ambientais afectados⁴³ – isto é, uma reconstituição do *status*

⁴⁰ Como, de resto, se prevê – embora como regra e não de forma exclusiva – no artigo 48.º da LBA e mesmo no artigo 566.º, n.º 1 do Código Civil.

⁴¹ Cfr. ponto 1.1.3. do Anexo II da Directiva (e do correspondente Anexo V do RJRDA).

⁴² Não se compreendendo muito bem por que é que só em relação à reparação compensatória é que a Directiva teve a preocupação de afastar expressamente o pagamento de montantes pecuniários e não fez o mesmo quanto às restantes modalidades de reparação. Talvez porque se tenha considerado que os danos intercalares ou transitórios são, em teoria, mais propícios a uma compensação financeira. Mas isso não significa que, em relação a danos definitivos ou irreversíveis, não haja também esse risco. Pelo que, pretendendo o legislador comunitário que os danos ambientais sejam sempre objecto de uma restauração natural, teria sido preferível – em termos de clareza e certeza jurídica – que o tivesse dito de forma explícita em relação às três modalidades de reparação instituídas pelo Anexo II.

⁴³ Sobre a restauração natural, cfr., à luz do regime anterior ao RJRDA, JOSÉ DE SOUSA CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos – da reparação do dano através da restauração natural*, cit., pp. 153 e ss.; e, à luz do RJRDA, HELOÍSA OLIVEIRA, “A restauração natural no novo Regime Jurídico de Responsabilidade Civil por Danos

quo ante ou, quando / enquanto tal não for possível, uma compensação *in natura*.

Esta conclusão não resulta apenas do Anexo II, mas também dos considerandos 11 e 14 e do artigo 3.º, n.º 3 da Directiva: «a presente directiva não confere aos particulares o direito a compensação na sequência de danos ambientais ou de ameaça iminente desses danos». Pelo que, definitivamente, no modelo de responsabilidade ambiental gizado pela Directiva n.º 2004/35/CE a reparação dos danos não passa pela atribuição de indemnizações⁴⁴.

O que, de resto, se prende também com o tipo de danos que estão em causa: tratando-se de danos ecológicos puros e não de danos individuais, não faz sentido a existência de indemnizações – que, aliás, a existirem, colocariam depois graves problemas quanto à sua repartição ou utilização⁴⁵.

Chegados a este ponto, todavia, somos confrontados com um dilema. O enfoque na prevenção, por um lado, e o afastamento de pretensões indemnizatórias, por outro, levam-nos a questionar se ainda estamos perante um sistema de responsabilidade *proprio sensu* ou se não estaremos antes perante um regime jurídico objectivo de combate aos danos ambientais. Nas palavras de LUDWIG KRÄMER, «Directive 2004/35 has the word “environmental liability” in its title. However, a right of compensation of private parties is expressly excluded. Thus, the words “environmental liability” could well have been excluded from the Directive’s title and it is no secret that they were only re-inserted there for publicity reasons: a legislation on environmental liability was thought to be much more interesting to the public than legislation on prevention and remedying of environmental damage»⁴⁶.

A posição mais acertada, a nosso ver, é a de considerar que a Directiva instituiu um sistema de responsabilidade ambiental *sui generis*, cuja pedra de

Ambientais”, publicado nestas Actas.

⁴⁴ A Directiva exclui a atribuição de indemnizações aos particulares afectados pelo dano ambiental, mas nada diz quanto ao eventual pagamento de “prémios” ou “recompensas” a quem denuncie uma situação de calamidade ecológica.

⁴⁵ Problemas semelhantes aos que resultam do artigo 22.º da LAP.

⁴⁶ LUDWIG KRÄMER, “The Directive 2004/35 on environmental liability – useful?”, publicado nestas Actas.

toque não está na compensação de alguém que foi lesado, mas sim no facto de os operadores de instalações poluentes estarem obrigados por lei a adoptar medidas positivas de prevenção e/ou reparação de danos ao ambiente. Haverá quem diga que não se trata de verdadeira e própria responsabilidade. E, seguramente, ao abrigo dos cânones tradicionais da responsabilidade civil não o será. Mas é ainda uma forma de responsabilização pelo estado do ambiente.

No entanto, será que as coisas se passam da mesma forma no âmbito do RJRDA? Relativamente ao Capítulo III, a resposta é afirmativa. O regime aí previsto assenta, justamente, na imposição de um conjunto de medidas de prevenção⁴⁷ e de reparação⁴⁸, visando estas últimas a reconstituição natural dos componentes ambientais lesados. Já quanto ao Capítulo II, a realidade é bem diferente. Aí, não só não há qualquer referência à prevenção de danos, como se admite expressamente que o seu ressarcimento possa assumir a forma de uma indemnização.

De facto, o artigo 10.º, n.º 1 do RJRDA refere-se, em pé de igualdade, à reparação ou indemnização dos danos. E, de forma mais expressiva, o preâmbulo afirma que «os operadores-poluidores ficam obrigados a indemnizar os indivíduos lesados», tendo estes «direitos indemnizatórios».

É certo que uma indemnização não equivale necessariamente a um pagamento em dinheiro. Indemnizar ou ficar indemne significa pôr cobro a um prejuízo que se causou, ficando assim satisfeito ou cumprido o dever que se tem para com o lesado. E isso pode ser feito de múltiplas formas, de que apenas uma consiste na entrega de certa quantia monetária. De todo o modo, ao utilizar a expressão “indemnização”, sem fazer qualquer ressalva, o RJRDA está implicitamente a admitir que, entre outras alternativas, a reparação do dano possa ser efectuada por equivalente pecuniário.

Verdadeiramente decisivo é o facto de o Anexo V do RJRDA, que define as medidas de reparação, não produzir efeitos quanto ao Capítulo II. Logo, os condicionamentos que resultam desse Anexo – designadamente quanto à

⁴⁷ Vd. artigo 14.º do RJRDA.

⁴⁸ Vd. artigos 15.º e 16.º do RJRDA.

proibição de compensações financeiras – não têm aqui aplicação. O que, juntamente com os trechos *supra* citados (que se referem a uma relação indemnizatória) e com o facto de estarem em causa danos pessoais ou patrimoniais, permite concluir que todas as formas de ressarcimento estão, em princípio, disponíveis. Assim, embora o artigo 48.º da Lei de Bases do Ambiente manifeste uma preferência pela restauração natural, não ficam excluídas outras modalidades de reparação, *maxime* o pagamento de uma indemnização compensatória. Pelo que, não sendo possível a reconstituição *in natura*, não sendo esta do interesse do/s lesado/s ou revelando-se a mesma excessivamente onerosa, fica o poluidor obrigado a desembolsar uma quantia de valor equivalente ao dano por si causado.

Em conclusão, também quanto aos efeitos da responsabilidade ambiental o RJRDA consagrou dois modelos paralelos. Por um lado, temos um modelo de responsabilidade com uma eficácia essencialmente preventiva e, quando tal não resulte, reconstitutiva do meio-ambiente lesado. Por outro lado, temos um modelo de responsabilidade com uma eficácia ressarcitória (eventualmente em termos financeiros, se for esse o caso) do/s sujeito/s afectados/s pela poluição.

1.3. Natureza jurídico-pública / jurídico-privada

Como se não bastasse a dualidade quanto ao tipo de danos abrangidos ou quanto ao tipo de obrigações geradas, podemos ainda detectar no regime jurídico em apreço uma outra fonte de dualidade: quanto à ambiência de direito público ou de direito privado que caracteriza cada um dos modelos de responsabilidade ambiental em presença. De facto, na Directiva e no Capítulo III do RJRDA encontramos um regime com características jurídico-públicas⁴⁹. No Capítulo II do RJRDA, pelo contrário, encontramos um regime tipicamente

⁴⁹ Neste sentido, quanto à Directiva, cfr. LUCAS BERGKAMP, "The Proposed Environmental Liability Directive", in *European Environmental Law Review*, December 2002, Volume 11, number 12, pp. 329 e ss..

privatista⁵⁰. Esta diferença pode ser ilustrada, muito sucintamente, através de três exemplos.

O primeiro exemplo está relacionado com o papel das autoridades administrativas ou, melhor dizendo, com o relevo que é dado pela Directiva e pelo Capítulo III do RJRDA à actuação das entidades públicas – que não é próprio dos regimes civilistas de responsabilidade civil, nos quais se estabelece uma relação entre lesante e lesado *tout court*.

Com efeito, ao longo do Capítulo III do RJRDA encontramos diversas menções à actuação da Agência Portuguesa para o Ambiente (APA)⁵¹. Nos termos do artigo 14.º, n.º 5, compete à APA exigir ao operador que forneça todas as informações relevantes e que adopte as medidas de prevenção adequadas, bem como, se necessário for, executar subsidiariamente e a expensas do operador as medidas de prevenção necessárias. Nos termos do artigo 15º, n.º 3, compete-lhe exigir ou recolher directamente informações suplementares, pôr em marcha todas as medidas viáveis para imediatamente controlar, conter, eliminar ou de outra forma gerir os elementos contaminantes pertinentes, exigir ao operador que adopte as medidas de reparação adequadas, bem como, se necessário for, executar subsidiariamente e a expensas do operador as medidas de reparação necessárias⁵². Por fim, no

⁵⁰ Não no sentido de dizer respeito apenas a entidades privadas ou de apenas abranger a responsabilidade por actos de gestão privada, pois, como bem nota VASCO PEREIRA DA SILVA (cfr. "Ventos de Mudança no Direito do Ambiente – A responsabilidade civil ambiental", cit., p. 18), o RJRDA «apresenta, entre outras, a vantagem da perda de relevância da distinção entre actos ditos de gestão pública e de gestão privada neste domínio [...], em razão do tratamento uniforme da responsabilidade civil ambiental, independentemente da natureza (pública ou privada) do autor do dano».

Assim, quando nos referimos a um regime tipicamente privatista, a ideia que queremos transmitir é que se trata de um regime que não envolve o exercício de competências de ordem pública e em que não se vislumbra o exercício de quaisquer prerrogativas especiais ou poderes de autoridade, nem tão pouco se manifestam quaisquer exigências ou restrições de interesse público. Acresce ainda que, nas situações em apreço, o bem jurídico lesado – cuja ressarcibilidade se pretende assegurar – não é um bem público (a fruição colectiva do meio-ambiente), mas antes um bem privado (certos direitos de personalidade e/ou a propriedade privada). Por fim, as soluções jurídicas constantes do Capítulo II do RJRDA têm como matriz e, embora com especificidades, são claramente inspiradas no regime dos artigos 483.º e ss. do Código Civil. É neste sentido que afirmamos – como, de resto, se irá demonstrar no texto – que estamos perante um regime tipicamente privatista.

⁵¹ Que é, nos termos do artigo 29.º do RJRDA, a autoridade competente para efeitos da aplicação deste diploma.

⁵² Sobre a determinação administrativa da adopção de medidas de reparação, cfr., com bastante desenvolvimento, RUI TAVARES LANCEIRO, "As medidas de reparação de

artigo 17.º prevêm-se algumas hipóteses de actuação directa da APA para os casos em que o operador incumpra as obrigações a que está vinculado, em que não seja possível identificar o operador responsável ou em que o operador não seja obrigado a suportar os custos da prevenção e/ou reparação dos danos ambientais⁵³.

Logo, o que está em causa não é apenas e só uma questão de responsabilidade do poluidor. Mais do que isso, o Capítulo III do RJRDA visa concretizar e operacionalizar a obrigação constitucional que o Estado tem de proteger o ambiente.

No Capítulo II do RJRDA, porém, não se prevê a intervenção de qualquer entidade administrativa⁵⁴. Os artigos 7.º a 10.º referem-se exclusivamente a uma relação obrigacional entre o autor do dano e a respectiva vítima, nos termos da qual «quem [...] ofender direitos ou interesses alheios por via da lesão de um qualquer componente ambiental fica obrigado a reparar os danos resultantes dessa ofensa». A APA não pode, neste domínio, determinar quais as medidas de reparação a adoptar, impor o cumprimento de certas exigências ou – menos ainda – substituir-se ao agente na remoção do dano. Até porque os interesses afectados são pessoais e encontram-se na disponibilidade dos respectivos titulares, pelo que só aos próprios cabe decidir se e em que termos os pretendem defender.

O segundo exemplo depreende-se dos n.ºs 1 e 3 do artigo 20.º do RJRDA. Estas normas referem-se a um conjunto de situações em que, embora a actividade do operador tenha originado um dano ambiental, esse dano não lhe deve ser imputado porque, ou foi causado por terceiros, ou resultou do cumprimento de uma ordem ou instrução emanadas de uma autoridade pública, ou surgiu por efeito de emissões devidamente legitimadas ao abrigo

danos ambientais no âmbito do regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais – um estudo da componente procedimental”, publicado nestas Actas.

⁵³ Sobre esta última hipótese, vd. o que diremos *infra*, na nota 59.

⁵⁴ A menos – claro está – que o próprio poluidor ou o sujeito afectado pela poluição sejam uma entidade administrativa. Mas nesse caso tal entidade intervirá, não na sua qualidade de autoridade pública, mas enquanto sujeito (activo ou passivo) de um dever de reparação do dano. Por outras palavras, mesmo nos casos em que o dano é causado ou sofrido por um organismo público, este fica sujeito exactamente às mesmas regras que os particulares entre si, considerando-se, para todos os efeitos, que actuou sem *ius imperii* ou, como também se usa dizer, despido das suas vestes de autoridade.

de um acto autorizativo, ou decorreu de uma prática que, à luz dos conhecimentos técnico-científicos existentes à data da sua realização, não era considerada susceptível de causar danos ambientais (trata-se, neste último caso, dos chamados “riscos de desenvolvimento”). Ora, em todas estas situações – independentemente da sua bondade e das múltiplas questões jurídicas que a seu propósito se levantam⁵⁵ – o operador deve levar a cabo as medidas de prevenção e/ou reparação que se revelem necessárias⁵⁶, embora não tenha que assumir os respectivos custos.

Verifica-se, pois, uma desagregação entre a obrigação de executar as medidas de prevenção e/ou reparação e a obrigação de arcar com os respectivos encargos⁵⁷. O que permite concluir que essas obrigações de

⁵⁵ O artigo 20.º é, porventura, o artigo dogmaticamente mais rico e mais problemático de todo o RJRDA. A sua análise detalhada não cabe no presente artigo, cuja ambição é bastante mais modesta. Mas não temos quaisquer dúvidas de que, pelo menos, questões como a da não responsabilização pelos riscos de desenvolvimento e a do efeito legalizador ou preclusivo dos actos autorizativos (sobre este último tema, cfr. as estimulantes reflexões de GOMES CANOTILHO em “Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1993, pp. 1 e ss.) contêm um enorme potencial como campos de investigação e aprofundamento jus-científico.

⁵⁶ Quanto ao artigo 20.º, n.º 1, é claramente assim, por força do n.º 2 do mesmo preceito; quanto ao artigo 20.º, n.º 3, estranhamente, nada se diz, mas deve entender-se que também assim é.

⁵⁷ A alínea c) do n.º 1 do artigo 17.º do RJRDA, contudo, parece indicar em sentido contrário. Prevê-se aí que a APA pode, em último recurso, executar ela própria as medidas de prevenção e reparação quando o operador não seja obrigado a suportar os respectivos custos (como acontece nas situações do artigo 20.º). O que dá a entender que, não havendo o dever de pagar as medidas de prevenção e/ou reparação, também não há o dever de as executar, ficando essa tarefa a cargo da APA.

No entanto, cremos que não é assim. Antes de mais, porque o artigo 17.º refere-se a uma actuação da APA «em último recurso», isto é, a título subsidiário, deixando subentendido que a responsabilidade primeira pela execução das medidas de prevenção e reparação compete aos operadores. Depois, porque o artigo 20.º, n.º 2 dispõe muito claramente que nas situações em apreço, mesmo verificando-se uma exclusão da obrigação de pagamento, «o operador fica obrigado a adoptar e executar as medidas de prevenção e reparação dos danos ambientais». Para além disso, a própria Directiva prevê, no último parágrafo do seu artigo 8.º, n.º 3, que «os Estados-Membros devem tomar as medidas adequadas para permitir ao operador recuperar os custos incorridos», o que significa que deve ser efectivamente o operador a concretizar as necessárias medidas de prevenção e/ou reparação, ainda que depois venha a ser ressarcido dos gastos que assumiu. Por fim, deve ter-se presente que o legislador nacional não foi particularmente feliz na redacção do artigo 17.º, o qual padece de deficiências várias (como acontece, por exemplo, quanto ao seu n.º 3, onde se prevê que a APA recupere em regresso o custo das medidas de prevenção e/ou reparação por si adoptadas, o que, relativamente às alíneas b) e c) do n.º 1, não faz qualquer sentido, uma vez que se trata de casos em que, ou não é possível identificar o operador responsável, ou o operador não é obrigado a suportar os

prevenção e reparação não resultam directa ou exclusivamente de um vínculo de responsabilidade civil, já que podem incidir sobre quem, afinal de contas, não deve responder pelo dano ocorrido.

Ora, num regime estritamente civilista – como aquele que consta do Capítulo II do RJRDA – só está obrigado a reparar o dano quem seja responsável (subjectiva ou objectivamente) pelo mesmo. Apenas num contexto de direito público – como aquele que caracteriza o Capítulo III do RJRDA – é que faz sentido e se consegue compreender que alguém que não é responsabilizável por um dano possa, ainda assim, estar obrigado a preveni-lo ou a repará-lo.

Por fim, o terceiro exemplo prende-se com a relevância contra-ordenacional do incumprimento das obrigações decorrentes do Capítulo III. Se um determinado operador não adoptar as medidas de prevenção e/ou reparação que lhe tenham sido exigidas pela APA, se não informar imediatamente a APA da existência de um dano ambiental ou se incorrer em qualquer uma das outras faltas qualificadas pelo artigo 26.º do RJRDA como contra-ordenações (leves, graves e muito graves), esse operador sujeita-se ao pagamento de uma coima e ainda, dependendo dos casos, à aplicação de uma sanção acessória nos termos previstos na Lei-Quadro das Contra-Ordenações Ambientais⁵⁸.

Ora, o mero facto de existir no RJRDA um regime contra-ordenacional constitui um excelente indício de que estamos perante um regime de direito público (que faz impender certas obrigações sobre os particulares, os quais as têm de acatar, sob pena de sanções administrativas), e não meramente perante um regime privatista de responsabilidade civil (em que a tutela contra-ordenacional não faz qualquer sentido).

Saliente-se, porém, que os ilícitos contra-ordenacionais previstos no RJRDA estão todos relacionados com o incumprimento de obrigações decorrentes do Capítulo III, sendo completamente alheios ao esquema de responsabilidade civil regulado no Capítulo II. O que, mais uma vez, vem demonstrar que no custos), devendo, portanto, sempre que necessário, ser objecto de uma interpretação conforme à Directiva e ao espírito global do RJRDA.

⁵⁸ Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto.

diploma em apreço existem dois sistemas autónomos de responsabilidade ambiental, os quais se pautam por regras bem distintas.

Estamos assim em condições de concluir que, no caso da Directiva e do Capítulo III do RJRDA, o que está em causa é um regime de responsabilidade de natureza jurídico-pública – que impõe aos operadores, sob pena de contra-ordenações, um conjunto de deveres de prevenção e reparação de danos ambientais; que vincula os operadores a prevenirem e repararem os danos ambientais independentemente de estarem ou não obrigados a suportar os respectivos encargos; e que atribui às autoridades públicas um extenso leque de poderes para a determinação das medidas de prevenção e/ou reparação que, em cada caso, devem ser levadas a cabo (e até, eventualmente, para a sua execução a título subsidiário). Já no caso do Capítulo II do RJRDA, o que está em causa é tão-somente uma relação civilista entre um lesante e um lesado, nos termos da qual o primeiro fica obrigado a ressarcir o segundo pela lesão que lhe infligiu.

Foi esta diferença fundamental que o legislador procurou sintetizar através das epígrafes «responsabilidade civil» (Capítulo II) e «responsabilidade administrativa» (Capítulo III), ainda que de forma não totalmente feliz⁵⁹.

Desde logo, a mera contraposição entre as duas epígrafes é enganadora, dando a entender que no Capítulo III do RJRDA não está em causa uma forma de responsabilidade civil, o que é falso. O conceito de responsabilidade civil tem a ver, não com o ramo de direito que define a sua disciplina jurídica⁶⁰, mas com o tipo de consequências que gera. Assim, responsabilidade civil opõe-se à responsabilidade penal, à responsabilidade disciplinar, etc.. Ora, não obstante as muitas diferenças que já encontramos entre os Capítulos II e III do RJRDA, é indiscutível que ambos consagram modalidades (distintas) de responsabilidade civil.

⁵⁹ É por isso que, ao longo do presente texto, temos vindo a evitar a utilização das referidas epígrafes, antes preferindo identificar os dois capítulos do RJRDA em confronto – e, conseqüentemente, os dois modelos de responsabilidade ambiental aí previstos – pela sua expressão numérica.

⁶⁰ Tanto assim é que o instituto da responsabilidade civil extra-contratual do Estado e demais entidades públicas tem o seu regime traçado num diploma de Direito Administrativo – a Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro – e nem por isso deixa de ser um exemplo de responsabilidade civil.

Para além disso, a referência a uma «responsabilidade administrativa» é, em si mesma, equívoca⁶¹ e pode induzir o intérprete em erro. Poderá julgar-se que o Capítulo III apenas diz respeito à responsabilidade ambiental das entidades administrativas, quando manifestamente assim não é. Ou poderá entender-se que o Capítulo III visa regular a responsabilidade por danos ambientais derivados da prossecução do interesse público, cometidos no exercício da função administrativa, provocados por actuações de gestão pública ou gerados no seio de relações jurídico-administrativas, sendo que nenhuma destas hipóteses corresponde à verdade.

Em suma, o Capítulo II do RJRDA consagra um mecanismo de responsabilidade civil por danos ambientais que se inspira no modelo dos artigos 483.º e ss. do Código Civil; e o Capítulo III do RJRDA consagra um mecanismo de responsabilidade civil (e não administrativa) por danos ambientais, que é – isso sim – regulado por normas de Direito Administrativo.

1.4. Natureza subjectiva / objectiva

Quanto à des/necessidade de culpa, a responsabilidade ambiental pode ter uma natureza subjectiva ou objectiva. No primeiro caso, o agente apenas responde pelos danos a que deu origem se tiver actuado com dolo ou negligência. No segundo caso, o agente responde pelos danos a que deu origem, ainda que tenha actuado rigorosamente de acordo com o nível de zelo e de diligência que lhe era exigível⁶².

Ora, quer a Directiva, quer o RJRDA consagram estas duas modalidades de responsabilidade ambiental. Pelo que, também sob este prisma, nos encontramos perante um regime biunívoco ou dicotómico, que não define um

⁶¹ Neste sentido, CARLA AMADO GOMES, “A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico – Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho”, cit., pp. 268 e ss..

⁶² Neste caso, o dano é imputado ao agente, não porque este tenha tido qualquer culpa na sua produção ou agravamento, mas porque a actividade por ele desempenhada é particularmente perigosa e, como tal, entende-se que quem tira partido dessa actividade deve também assumir as respectivas consequências (responsabilidade pelo risco) ou porque a actividade por ele desempenhada, embora lícita, sacrifica de modo especial e anormal determinados sujeitos, os quais, portanto, merecem uma compensação (responsabilidade pelo sacrifício).

modelo uniforme de responsabilidade, antes admite duas vias distintas de imputação das ofensas ambientais: uma imputação subjectiva, que obriga quem tenha culposamente provocado um dano a repará-lo; e uma imputação objectiva, que obriga certos operadores, independentemente de terem ou não terem tido culpa na ocorrência do dano, a repará-lo.

De todo o modo, não nos iremos alongar demasiado na apreciação de mais esta fonte de dualidade, visto que, não só ela se encontra assumida de forma muito clara e notória nos textos legais em exame, não suscitando particulares dúvidas interpretativas ou divergências hermenêuticas, como a dualidade em questão não obedece aos mesmos critérios que norteiam as divisões *supra* analisadas.

De facto, o que está em causa na distinção entre responsabilidade subjectiva e objectiva não é o confronto entre um modelo jus-publicista de prevenção e reparação de danos ecológicos e um modelo jus-privatista de ressarcimento de danos pessoais ou patrimoniais (ocorridos por via da contaminação do ambiente). O eixo de diferenciação aqui é outro, que nada tem a ver com aquele que subjaz à separação entre o Capítulo II e o Capítulo III do RJRDA⁶³. Até porque, como iremos verificar, em ambos os capítulos se prevê a existência de responsabilidade tanto objectiva, como subjectiva⁶⁴.

A responsabilidade objectiva (isto é, que dispensa o requisito da culpa) está prevista, quanto ao Capítulo II, no artigo 7.º e, quanto ao Capítulo III, no artigo 12.º. Estes dois preceitos remetem para o Anexo III do RJRDA⁶⁵, onde está listado um conjunto de actividades que se presumem perigosas⁶⁶. Sendo que quem se dedicar a essas actividades deve responder pelos respectivos danos, «independentemente da existência de dolo ou culpa». A responsabilidade objectiva aplica-se, portanto, a todos os operadores de actividades listadas no referido Anexo III, os quais estão obrigados a (prevenir e) reparar os danos

⁶³ Embora os dois se cruzem ou sobreponham, como resulta da análise conjugada dos artigos 7.º, 8.º, 12.º e 13.º do RJRDA.

⁶⁴ O que funciona como mais um indício de que o Capítulo II e o Capítulo III consagram dois modelos perfeitamente autónomos de responsabilidade ambiental. Se assim não fosse, não haveria necessidade de repetir, em ambos, a previsão de responsabilidade subjectiva e de responsabilidade objectiva.

⁶⁵ Que, por sua vez, transpõe o Anexo III da Directiva.

⁶⁶ Estamos, pois, perante um exemplo de responsabilidade pelo risco.

decorrentes dessas actividades, mesmo que não tenham tido qualquer comportamento censurável ou menos cuidadoso⁶⁷.

A responsabilidade subjectiva (isto é, que exige o requisito da culpa) está prevista, quanto ao Capítulo II, no artigo 8.º e, quanto ao Capítulo III, no artigo 13.º. Este tipo de responsabilidade aplica-se a todos aqueles que se dediquem a actividades não previstas no Anexo III, os quais ficam obrigados a (prevenir e) reparar os danos para os quais tenham contribuído dolosa ou negligentemente. Ou seja, relativamente às actividades que não constam do Anexo III (leia-se: que não são estruturalmente perigosas), os respectivos operadores só respondem pelos danos ocorridos desde que esses danos tenham resultado de um comportamento censurável ou menos cuidadoso da sua parte.

Ainda assim, este regime constitui um alargamento face ao que consta da Directiva, já que esta apenas prevê a responsabilidade subjectiva para os danos à biodiversidade. O legislador nacional, contudo, não efectuou tal restrição de âmbito, pelo que, no ordenamento jurídico interno, a responsabilidade subjectiva abrange também os danos à água e ao solo⁶⁸. Ou seja, em território português, qualquer operador (de uma actividade não listada no Anexo III⁶⁹) que culposamente danifique a natureza – entenda-se: as espécies e os *habitats* naturais protegidos, a água ou o solo – está obrigado a reconstituir os bens ambientais por si lesados.

⁶⁷ Não está previsto qualquer tecto ou limite máximo para os encargos que, neste âmbito, os operadores poderão vir a ter que assumir. De facto, ao contrário do que é tradicional em matéria de responsabilidade objectiva e do que está previsto, por exemplo, nos artigos 508.º e 510.º do Código Civil, o legislador do RJRDA não definiu até onde – *rectius*, até quanto – é que os operadores terão de responder por danos de que não tiveram culpa. Ora, esta omissão parece-nos criticável, já que, para além da enorme incerteza que cria e do risco desmedido que faz impender sobre os operadores das actividades listadas no Anexo III (podendo até constituir um desincentivo ao exercício dessas actividades, dada a magnitude dos danos ambientais com que os respectivos operadores poderão vir a ter que arcar), dificulta o desenvolvimento de um mercado sólido e robusto de seguros de responsabilidade ambiental.

⁶⁸ Salientando este facto, cfr. CARLA AMADO GOMES, “A Responsabilidade Civil por Dano Ecológico – Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho”, cit., p. 250.

⁶⁹ Já que os operadores de actividades listadas no Anexo III responderiam sempre, ao abrigo da sua responsabilidade objectiva.

2. Apreciação crítica

Aqui chegados, impõe-se perguntar: será a solução descrita uma boa solução?

Pela nossa parte, cremos que sim. Em vez de optar por um modelo – mais tradicional, civilista, relativo a danos pessoais e/ou patrimoniais – ou por outro – mais moderno, publicista, relativo a danos ecológicos puros –, o legislador consagrou ambos. O que, mais do que problemático, pode revelar-se virtuoso.

A verdade é que uma lesão ambiental pode gerar diferentes tipos de danos, com características bem distintas entre si. Não é só a contaminação do ambiente, são também os reflexos que essa contaminação tem sobre o bem-estar e o património de alguns indivíduos directamente atingidos. E, se assim é, faz sentido que a lei consagre diferentes modalidades de responsabilidade ambiental, adaptadas às especificidades de cada tipo de dano (com a vantagem de estarem ambas reguladas no mesmo instrumento jurídico⁷⁰). Essas diferentes modalidades são, a nosso ver, mutuamente complementares e enriquecem o ordenamento jurídico-ambiental pátrio.

Nesta medida, portanto, julgamos que a bipolaridade do RJRDA é útil. Só assim poderemos almejar uma tutela completa e exaustiva do ambiente, em todas as suas dimensões (na dimensão objectiva, de salvaguarda dos bens ambientais naturais e da sua fruição difusa por toda a colectividade; e na dimensão subjectiva, de protecção das benesses que cada um de nós retira directa e individualmente da natureza). No entanto, estamos bem conscientes de que nem toda a doutrina nos acompanha neste veredicto⁷¹.

O único problema que pode derivar da previsão conjunta de dois modelos de responsabilidade ambiental prende-se com alguma eventual

⁷⁰ Evitando-se, assim, repetir a situação anterior ao RJRDA, em que múltiplos diplomas, com distintos pontos de partida e ângulos de abordagem muito diferenciados, se sobrepunham sem um fio condutor e sem que, sequer, a “arrumação” entre eles fosse facilmente perceptível.

⁷¹ CARLA AMADO GOMES, por exemplo, considera que o maior pecado do RJRDA consiste naquilo que apelida de «falsa bipolaridade» da responsabilidade por dano ambiental, chegando mesmo a sugerir que se tenha por não escrito todo o Capítulo II. Cfr. “De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica”, publicado nestas Actas.

desarticulação entre os mesmos⁷². De facto, havendo dois regimes diferenciados, eles poderão conflitar ou sobrepor-se. E, neste particular, temos de reconhecer que o legislador deveria ter posto mais cuidado na conjugação entre o Capítulo II e o Capítulo III do RJRDA. Ao consagrar duas vias distintas e autónomas de reparação de danos causados ao/por via do ambiente, era-lhe exigível que definisse se são cumulativas ou não e, não o sendo, que clarificasse em que situações deve ser mobilizada uma ou outra.

Ora, neste domínio, o único dado normativo concreto de que podemos partir consiste na proibição legal da dupla cobrança de custos. Esta é uma ideia que resulta, antes de mais, da própria Directiva, encontrando-se espelhada no considerando 29 e no artigo 16.º, n.º 2. De acordo com este último preceito, os Estados-Membros podem proibir a dupla cobrança de custos «em resultado de acções concorrentes movidas pela entidade competente nos termos da presente directiva e por uma pessoa cujo património seja afectado por danos ambientais». Ou seja, na hipótese de, ocorrendo um dano ambiental, a autoridade nacional competente exigir a adopção de determinadas medidas de reparação da natureza e, simultaneamente, um ou mais indivíduos exigirem ser ressarcidos pelos prejuízos que sofreram no seu património, os Estados-Membros deverão evitar que o lesante tenha de responder duas vezes pelo mesmo facto lesivo.

No RJRDA, esta matéria encontra-se regulada no artigo 10.º, n.º 1, segundo o qual os lesados «não podem exigir reparação nem indemnização pelos danos que invoquem na medida em que esses danos sejam reparados nos termos do capítulo seguinte». Isto é, sendo o dano ambiental objecto de uma reparação *in natura*, já não haverá lugar ao ressarcimento de eventuais danos pessoais ou patrimoniais. Daqui parece resultar, aparentemente, uma preferência pela via do Capítulo III. O que faria com que o Capítulo II fosse, então, meramente subsidiário.

⁷² Este é, todavia, um problema que sempre existiria. Isto é, mesmo que o RJRDA se limitasse – tal como faz a Directiva – a regular a responsabilidade pelos danos ecológicos puros, subsistiria sempre o regime-regra da responsabilidade civil, que poderia ser mobilizado quanto aos danos pessoais ou patrimoniais e cuja articulação com o diploma de transposição da Directiva seria inevitavelmente problemática.

No entanto, será exactamente assim? É que, por outro lado, os artigos 12.º, n.º 2 e 13.º, n.º 2 do RJRDA estipulam que a reparação do dano ambiental ao abrigo do Capítulo III não prejudica a responsabilidade a que haja lugar nos termos do Capítulo II. Para além disso, impõe-se perguntar se estão em causa danos verdadeiramente diferentes ou apenas diferentes ângulos de um mesmo dano. Isto porque, se se tratar de danos completamente separados e autónomos, então a própria ideia de proibir a dupla reparação não parece fazer muito sentido.

Expostas as dúvidas, importa buscar a resposta. E a resposta, a nosso ver, passa por reconhecer que os dois tipos de danos (ecológicos e pessoais ou patrimoniais) podem aparecer isoladamente⁷³ ou em conjunto. Se aparecerem isoladamente, não se colocam quaisquer problemas: cada um será tutelado através do respectivo mecanismo de responsabilidade. Se, todavia, os dois tipos de danos surgirem de forma conjugada, isto é, se ambos resultarem da mesma conduta – como muitas vezes sucederá – julgamos que o RJRDA manda aplicar primacialmente as medidas de prevenção e/ou reparação do Capítulo III. E depois, consoante os casos, duas consequências se podem verificar.

Se as medidas de prevenção e/ou reparação adoptadas permitirem atalhar simultaneamente, quer o dano ecológico, quer o dano individual, já não haverá lugar a qualquer ressarcimento por via do Capítulo II – é o que dispõe o artigo 10.º, n.º 1 do RJRDA. Ao invés, se as medidas de prevenção e/ou reparação adoptadas não permitirem pôr cobro, total ou parcialmente, aos danos individuais, então actuará a responsabilidade civil clássica nos termos do Capítulo II.

Este é que é, segundo cremos, o esquema correcto de articulação entre os dois modelos de responsabilidade ambiental em confronto no RJRDA. Em bom rigor, portanto, não se trata de uma subsidiariedade do Capítulo II face ao Capítulo III, mas antes de saber se os danos individuais ficam ou não totalmente acautelados por via das medidas de prevenção e/ou reparação

⁷³ Pelo menos, parece claro que os bens ambientais podem ser lesados sem que daí decorra, forçosamente, a ocorrência de danos individuais. Já o inverso – lesão a pessoas ou bens por efeito de uma ofensa ambiental sem que o meio-ambiente resulte danificado – é mais duvidoso.

decorrentes do Capítulo III. Se ficarem, não há que recorrer ao mecanismo de responsabilidade civil regulado no Capítulo II (sob pena de duplicação da cobrança de custos, que tanto a Directiva como o RJRDA pretendem evitar); se não ficarem, então sim, pode o sujeito lesado lançar mão dos artigos 7.º ou 8.º para ser ressarcido dos danos que sofreu na sua pessoa ou bens.

Não obstante, ficam ainda por resolver, pelo menos, dois problemas. Um deles diz respeito aos danos (ecológicos) não abrangidos pelo Capítulo III do RJRDA, como é o caso dos danos à atmosfera. O outro consiste na hipótese de, ao contrário do cenário que acima formulámos, a reparação dos danos subjectivos por via do Capítulo II ser accionada antes da adopção das medidas de reparação ao abrigo do Capítulo III.

No primeiro caso, cremos que a solução terá de passar pelo recurso às normas que, antes do RJRDA, se aplicavam à responsabilidade ambiental⁷⁴. Não obstante a imperfeição de muitas dessas normas, qualquer outra resposta conduziria a um vazio legal, que deixaria a poluição atmosférica isenta de responsabilidade – o que não parece ser um resultado aceitável à luz das grandes coordenadas do nosso ordenamento jus-ambiental.

No segundo caso, temos ainda que abrir duas sub-hipóteses. Se a reparação dos danos subjectivos for alcançada através de uma reconstituição natural do ecossistema perturbado, então os objectivos do Capítulo III ficarão automaticamente satisfeitos. Mas se assim não for, a APA poderá sempre exigir a adopção de medidas de reparação dos bens ambientais afectados – não podendo o operador invocar a proibição de dupla cobrança de custos para se furtar a executar as referidas medidas de reparação. Ou seja, a regra do artigo 10.º, n.º 1 do RJRDA não poderá nunca servir para justificar que o ambiente deixe de ser restituído ao seu estado inicial. Uma tal interpretação seria manifestamente contrária ao espírito do RJRDA e gravemente atentatória do regime plasmado na Directiva.

Estas são, no entanto, apenas algumas pistas que deixamos para uma reflexão futura. A exegese do RJRDA é uma tarefa que está longe de

⁷⁴ Admitindo a invocação, ainda que a título meramente subsidiário, do regime regra da responsabilidade civil, cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, "Ventos de Mudança no Direito do Ambiente – A responsabilidade civil ambiental", cit., p. 18.

terminada e que, bem pelo contrário, tem aqui somente o seu início. Julgamos ter contribuído para uma mais clara percepção da dupla natureza jurídica da responsabilidade ambiental, factor que deverá ser ponderado em qualquer avaliação do regime jurídico instituído pelo Decreto-Lei n.º 147/2008. Mas não temos, neste momento, a pretensão de ir mais longe que isso.

TIAGO ANTUNES

Assistente Convidado da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

[Voltar ao Índice](#)

DE QUE FALAMOS QUANDO FALAMOS DE DANO AMBIENTAL?

Direito, mentiras e crítica

0. Considerações iniciais

O DL 147/2008, de 29 de Julho¹, inscreveu no ordenamento jurídico português o regime de prevenção e reparação de danos *ambientais*. Fê-lo na sequência da directiva 35/2004/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril, que vem harmonizar as legislações dos 27 Estados-membros em tema de prevenção e reparação de dano ecológico. As reflexões que se seguem — na sequência de uma primeira leitura que fizemos, no contexto das *Jornadas de Direito do Ambiente: O que há de novo no Direito do Ambiente?* promovidas pelo ICJP da FDL, em Outubro de 2008² — evoluem desde uma crítica de fundo, estrutural, que se prende precisamente com o *espartilhamento* do regime estabelecido no DL 147/2008 (=RPRDE), para interrogações mais localizadas, conjunturais, que o diploma vai semeando. A nossa intenção é iluminar (e neutralizar) a perigosa bipolaridade do novo regime (em I.) e aproveitar o ensejo da escrita para retomar e aprofundar indagações anteriores, nomeadamente no que tange ao âmbito de aplicação do diploma, nas dimensões subjectiva, objectiva e temporal (em II.).

I. O maior pecado do RPRDE: a (falsa) bipolaridade da responsabilidade por dano *ambiental*

Como começou por apontar-se, o RPRDE encontra a sua mais próxima filiação na directiva comunitária de 2004. Esta, por seu turno, inscreve-se na linha de continuidade da Convenção de Lugano (1992), que nunca chegou a entrar em vigor por não ter merecido uma única ratificação. Nesse instrumento

¹ Com a alteração introduzida pelo DL 245/2009, de 22 de Setembro, que deu nova redacção à subalínea ii) da alínea e) do n.º 1 do artigo 11.º (e revogou o artigo 95.º da Lei 58/2005, de 29 de Dezembro, para o qual anteriormente se remetia).

² Carla AMADO GOMES, **A responsabilidade civil por dano ecológico: reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho**, in *O que há de novo no Direito do Ambiente?*, Actas das Jornadas de Direito do Ambiente, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de Outubro de 2008, org. de Carla Amado Gomes e Tiago Antunes, Lisboa, 2009, pp. 235 segs.

prevê-se claramente a autonomização do dano ecológico, da lesão de bens ambientais *de per se*, destacando-se da lesão pessoal [cfr. o artigo 2/7, c)³].

Também é essa, de resto, a tendência no Direito Internacional geral: veja-se o Projecto da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre *Responsabilidade internacional do Estado em caso de dano provocado por poluição transfronteiriça decorrente de actividades perigosas* (2006), cujo artigo 2/a), define dano ambiental como: dano pessoal; dano patrimonial; e dano a componentes ambientais. E o *Projecto sobre responsabilidade internacional dos Estados* da mesma Comissão, na sua primeira versão, de 1996, continha uma norma sobre crimes internacionais que integrava os crimes contra o ambiente [artigo 19/3/d) – na verdade, a norma referia-se a "human environment"], destrinçando-os dos crimes contra as pessoas (por violações dos direitos humanos).

O legislador nacional, ao dedicar a *parte de leão* do RPRDE ao dano ecológico (veja-se o Capítulo III, sob a infeliz epígrafe *Responsabilidade Administrativa...*⁴), foi coerente com os objectivos da directiva. Porém, ao inserir um Capítulo II dedicado à *Responsabilidade Civil*, introduziu um elemento de dúvida existencial no regime pois, não só fez crer que no Capítulo III se não trata, afinal, de utilizar o instituto da responsabilidade civil (ou, noutra perspectiva, se aplicaria este mas apenas a entidades públicas, o que geraria um outro pólo problemático, derivado da necessidade de articulação com o regime da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro...), como trouxe para o diploma

³ Cfr. o n.º 7 do artigo 2 (itálico nosso):

"«Dommage» signifie:

a) le décès ou des lésions corporelles;

b) toute perte de ou tout dommage causé à des biens autres que l'installation elle-même ou que les biens se trouvant sur le site de l'activité dangereuse et placés sous le contrôle de l'exploitant;

c) toute perte ou dommage résultant de l'altération de l'environnement, dans la mesure où ils ne sont pas considérés comme constituant un dommage au sens des alinéas a) ou b) ci-dessus, pourvu que la réparation au titre de l'altération de l'environnement, autre que pour le manque à gagner dû à cette altération, soit limitée au coût des mesures de remise en état qui ont été effectivement prises ou qui le seront".

⁴Bernard DUBUISSON e Christophe THIEBAUT (**La responsabilité environnementale. Entre responsabilité civile et mesures de police administrative**, in *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, coord. de Delphine Misonne e Benoît Jadot, Louvaine-la-Neuve, 2009, pp. 137 segs, 138-156) questionam-se sobre a filiação da directiva numa lógica de responsabilidade civil, inclinando-se para a qualificar como um quadro de competências de polícia administrativa. É disso, com efeito, que trata o Cap. II do RPRDE.

todo um conjunto de situações claramente excluídas do seu âmbito de aplicação, por desnecessidade e diferença.

Por desnecessidade, uma vez que as hipóteses de dano pessoal e patrimonial estão cobertas pelas normas do Código Civil, nos artigos 483º e segs⁵; por diferença, porque só o dano ecológico *stricto sensu* recomenda um regime especial de reparação ou compensação de lesões, em virtude da especificidade dos bens. Por outras palavras, a factualidade que reclamava a existência de um regime como o do RPRDE era a dificuldade de integrar o dano ecológico nos estreitos parâmetros do Código Civil e da Lei 83/95, de 31 de Agosto (Lei da participação procedimental e da acção popular)⁶. Esta última, se bem que aponte para a defesa de interesses difusos, entre os quais o ambiente (artigo 2º/1), por autores desinteressados, não estabelece critérios de reparação das lesões de bens de fruição colectiva, nem esclarece para quem revertem as indemnizações pecuniárias reclamadas pelos autores populares em caso de lesão ecológica insusceptível de reparação, total ou parcial, no sentido da reconstituição do *statu quo ante* (para que aponta o artigo 48º/1 da Lei da Bases do Ambiente, Lei 11/87, de 7 de Abril = LBA).

Com o Anexo V do RPRDE, tais dúvidas ficam resolvidas – sendo certo que tal anexo só a biólogos se revela plenamente inteligível, uma vez que tendencialmente só eles detêm o conhecimento científico que permite integrar o conceito de “dano ecológico” (alteração significativa mensurável do estado ou utilidades de um bem ambiental natural). O Anexo V ilumina o lote de medidas necessárias à reconstituição da situação actual hipotética, de preferência através de medidas de reparação natural *in situ*. Esclarecidas

⁵ Sendo certo que, como assinala José Eduardo FIGUEIREDO DIAS, o fenómeno de *free-riding* pode trazer vantagens para a protecção do ambiente (e tal é explicitamente assumido pelo legislador, no Preâmbulo do diploma), na medida em que o cidadão, ao reclamar tutela para a sua concreta situação de lesão, almeja reflexamente um resultado benéfico para o ambiente, em geral (**Aspectos contenciosos da efectivação da responsabilidade ambiental – a questão da legitimidade, em especial**, ponto 2.2., texto correspondente à intervenção no Colóquio, gentilmente disponibilizado pelo autor).

⁶ Sobre o conceito de dano ecológico e sua articulação possível com o ordenamento legislativo anterior ao RPRDE, José CUNHAL SENDIM, **Responsabilidade civil por danos ecológicos**, Coimbra, 1998, *passim*, e Branca MARTINS DA CRUZ, **De la réparation du dommage écologique pur – Étude à la lumière du Droit portugais**, tese inédita em Portugal, citada a partir de arquivo electrónico gentilmente cedido pela autora (Parte II).

também ficaram as interrogações relativas ao destino de indemnizações pecuniárias que resultem de acções de condenação a cessação da conduta lesiva e respectiva indemnização por danos propostas por autores populares: revertem para o Fundo de Intervenção Ambiental e ficam afectas a projectos de recuperação de bens ambientais⁷ (cfr. o artigo 6º/1/d) do DL 150/2008, de 30 de Julho).

Na realidade, a maior novidade introduzida pelo RPRDE – apesar de esbatida pela errância do legislador... – traduz-se na autonomização do dano ecológico em face do dano ambiental, confirmada pela inclusão de critérios de reparação específicos. No entanto, a segunda mudança trazida pelo regime não é despicienda, embora se revele menos revolucionária do que à primeira vista parece. Estamos a referir-nos às competências administrativas de prevenção e reparação do dano ecológico, previstas nos artigos 14º, 15º e 16º do RPRDE. Quanto à prevenção, há que sublinhar a articulação do RPRDE com dois modelos de prevenção pré-existentes e (desejavelmente) omnipresentes no contexto da regulação e fiscalização de actividades com impacto significativo no ambiente: os modelos autorizativo e sancionatório. O primeiro, na medida em que condensa na autorização os deveres de prevenção do operador, bem assim como lança à Administração o trilho de seguimento do cumprimento destes; o segundo, e sem embargo da sua natureza repressiva, porque confere à Administração (nomeadamente, à IGAOT, nos termos da Lei 50/2006, de 29 de Agosto⁸) poderes de, passe a expressão, *repressão preventiva*, consubstanciada na determinação de medidas de prevenção do dano, de reconstituição da situação existente (caso ele já tenha ocorrido) e de minimização dos efeitos lesivos da conduta danosa, conforme o disposto no artigo 41º/1/g) da lei citada.

Ou seja, na parte em que reconhece competências administrativas de prevenção, o RPRDE vem, em bom rigor, criar um sistema alternativo ao

⁷ Chama-se a atenção para a futura necessidade de articulação entre este Fundo e o Fundo para a Conservação da Natureza e da Biodiversidade, criado pelo DL 171/2009, de 3 de Agosto.

⁸ Alterada e republicada pela Lei 89/2009, de 31 de Agosto.

esquema competencial e regulatório que já resulta dos modelos autorizativo⁹ e sancionatório – para a articulação com este último, vide o artigo 30º do RPRDE. No que concerne à reparação do dano, a alternatividade também existe, mas relativamente a um esquema de reconstituição tutelado pelos tribunais¹⁰. A circunscrição da responsabilização a medidas de tutela reconstitutiva e a natureza paracontratual do procedimento descrito no artigo 16º (quer seja de iniciativa oficiosa, quer parta do operador lesante) são factores neutralizadores do hipotético atrito entre competências administrativas e jurisdicionais, sendo certo, todavia, que tanto a determinação das medidas nos termos do artigo 16º/2 e 3, como a imposição de deveres de reparação/minimização urgente no quadro do artigo 15º/3/c) configuram actos administrativos, jurisdicionalmente sindicáveis junto dos tribunais administrativos¹¹ – e passíveis de suspensão de eficácia.

Efectivamente, a falsa bipolaridade induzida pela epígrafe do Capítulo III – e pela mera presença do Capítulo II – cria equívocos de várias ordens: por um lado, faz crer que a responsabilidade pela (prevenção e) reparação do dano ecológico é primariamente da Administração, quando na verdade é do

⁹ No tocante à articulação com o regime autorizativo, ela poderá não se revelar problemática sempre que estivermos perante actividades sujeitas a licença ambiental, cuja competência de concessão cabe à APA (cfr. o artigo 9º/1 do DL 173/2008, de 26 de Agosto – mas cfr. também o artigo 31º deste DL, que defere à IGAOT, às CCDRs e às Administrações de Região Hidrográfica competências de fiscalização do cumprimento dos deveres ínsitos na licença ambiental...). No entanto, nem o âmbito da responsabilidade por facto ilícito se esgota nas actividades do Anexo III, nem a intervenção da APA preclui a participação de entidades com competência inspectiva no procedimento autorizativo global, o que potencia conflitos de competência e gera, para o operador, a necessidade de acautelar o cumprimento de todos os normativos aplicáveis, desmultiplicando-se em notificações (cfr. o artigo 14º do RPRDE).

¹⁰ Bernard DUBUISSON e Christophe THIEBAUT (**La responsabilité...**, *cit.*, p. 150; v. também as observações a pág. 157) chamam identicamente a atenção para este ponto, assinalando que, enquanto no modelo clássico de responsabilidade civil, encaramos uma relação triangular (autor/vítima/juiz), na responsabilidade ecológica esta relação se estabelece entre Administração e operador/autor: "La relation retenue tient, sans conteste, à la spécificité du dommage environnemental. La rapidité d'intervention qu'il requiert se prête incontestablement mieux à une intervention d'une autorité administrative spécialisée qu'à l'intervention d'un juge".

¹¹ Pelos lesantes e pelos proprietários de terrenos afectados pela realização de operações de reparação, que podem ver-se obrigados a suportar as operações de reconstituição da situação, mesmo que o não queiram (se a recuperação resultar de um dano indivisível). E tanto a título de validade (v.g., violação do princípio da proporcionalidade), como de responsabilização da Administração por agravamento dos danos ecológicos.

operador; por outro lado, incute a impressão de que reparar um dano ecológico não passa pela utilização do instituto da responsabilidade civil, denotando uma visão claramente privatista, a qual esquece a natureza de "património comum do Direito" que a responsabilidade civil reveste (e ainda que o RPRDE distenda claramente a noção de responsabilidade, nela incluindo a prevenção do dano); e enfim, como começou por realçar-se, indicia a criação de um *direito alternativo da responsabilidade das entidades públicas*, alheio à Lei 67/2007, de 31 de Dezembro.

Cumprе sublinhar, contudo, que esta *falsa bipolaridade jurídica* tem um contraponto numa *autêntica dualidade de natureza fáctica*, traduzida na dupla faceta de praticamente todos os bens ambientais (salvo o ar), corpórea e ecológica. Na verdade, uma lesão num bem ambiental natural (cfr. os artigos 6º e segs da LBA) pode revelar-se *andrógena*, na medida em que, quando o bem for corpóreo, aos olhos do seu proprietário (caso não seja ele próprio o lesante) emergirá um *prejuízo patrimonial*, mas aos olhos de uma ONGA, de um autor popular ou da Administração, já relevará a título de *dano ecológico*. Assim se compreende a referência do artigo 10º/1 do RPRDE à proibição de dupla reparação (a qual, na realidade, era dispensável, por se tratar de um princípio geral de Direito), uma vez que a reparação do dano ecológico – que é prioritária – pode satisfazer plenamente o interesse indemnizatório do lesado¹².

Os casos variarão muito. Por exemplo, se o problema for de contaminação hídrica, havendo limpeza do lago ou do braço de rio afectado conjugada com a reposição de espécies, a restauração natural cobrirá o dano emergente do proprietário – ainda que eventualmente não o lucro cessante (imagine-se o caso de um turismo de habitação servido pelo lago contaminado cuja taxa de ocupação decresceu durante o período de contaminação). Já se o dano se traduz

¹² A norma levanta dúvidas a Luís MENEZES LEITÃO (**A responsabilidade civil por danos causados ao ambiente**, texto destinado a integrar os *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Carvalho Fernandes*, disponibilizado pelo Autor, ponto 5.2.), na medida em que possa ser interpretada no sentido de excluir a responsabilidade civil perante a "administrativa". Salvo o devido respeito, não cremos que este problema venha a surgir nestes precisos termos, uma vez que a "responsabilidade administrativa", na vertente reparatória, é ainda e sempre responsabilidade civil, traduzida nos critérios do Anexo V do RPRDE.

na destruição, por fogo posto, de uma plantação de sobreiros, a restauração natural por replantio, constituindo embora a reparação natural preferencial, não elimina todo o dano emergente do proprietário — nem do próprio ambiente, a admitir a utilização da noção também neste plano —, dado o tempo que um sobreiro leva a atingir a idade adulta (cerca de 20 anos)¹³.

Note-se que, neste segundo caso, à obrigação de replantio poderão juntar-se obrigações de pagamento de quantias várias ao proprietário, quer a título de dano emergente (o prejuízo imediatamente sofrido), quer a título de lucro cessante (quebra de obrigações contratuais assumidas relativamente à venda de cortiça), bem assim como obrigações de adopção de medidas compensatórias, *in situ* ou *ex situ* (cfr. o ponto 1.1.3. do Anexo V do RPRDE)¹⁴.

¹³ Cfr., sobre as modalidades de reparação do dano ecológico descritas no Anexo V do RPRDE, Heloísa OLIVEIRA, **A restauração natural no novo regime jurídico de responsabilidade civil por danos ambientais**, texto correspondente á intervenção da autora no Colóquio, gentilmente disponibilizado.

¹⁴ Assinale-se que as medidas compensatórias a que se reporta o RPRDE têm uma natureza reparatória, ao contrário das medidas de compensação ecológica a que alude o regime da Rede Natura 2000 (DL 140/99, de 24 de Abril, alterado e republicado pelo DL 49/2005, de 24 de Fevereiro, artigo 10º/12), e o regime da conservação da Natureza (DL 142/2008, de 24 de Julho, artigo 36º), que revestem natureza antecipatória, de danos possíveis mas hipotéticos — José Mário FERREIRA DE ALMEIDA (**O velho, o novo e o reciclado no Direito da conservação da natureza, in O que há de novo no Direito do Ambiente?**, Actas das Jornadas de Direito do Ambiente, Faculdade de Direito de Lisboa, 15 e Outubro de 2008, Lisboa, 2009, pp. 41 segs, 55), todavia, entende que as medidas a que se reporta o artigo 36º citado visam concretizar o princípio da responsabilização enunciado no artigo 3º/h) da LBA.

Seria importante, como nota Marthe LUCAS (**La compensation environnementale, um mécanisme inefficace a améliorer**, in *RJE*, 2009/1, pp. 59 segs, 65), transpor os critérios gizados pela Comissão Europeia para promover a compensação ecológica no seio do regime da rede Natura 2000 para o regime de prevenção e reparação do dano ecológico, uma vez que é sempre de assegurar a "coerência global" do sistema natural que se cuidará (cfr. os critérios mencionados em http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance_art6_4_fr.pdf - 1.5.). Isto sem embargo de se poder questionar a solução da compensação ecológica, a qual, segundo alguns, constitui uma autêntica autorização de destruição de elementos naturais (cfr. Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRÈNE, **La création d'un marché d'unités de biodiversité est-elle possible?**, in *RJE*, 2009/1, pp. 69 segs, 74 — a propósito da criação de um mercado de unidades de biodiversidade similar ao esquema de títulos de emissão de gases com efeito de estufa como forma de incremento do mecanismo de compensação ecológica no âmbito do regime da protecção da Natureza) e, segundo outros, operacionaliza a lógica de justa distribuição dos encargos públicos (versão tradicional do princípio do poluidor-pagador), onerando quem desgasta e aliviando a comunidade da suportaçãõ da

Ou seja, em bom rigor, o regime de reparação do dano ecológico tem, na maior parte das vezes, de se articular com a reparação do dano patrimonial do proprietário do bem. Mas essa é uma bipolaridade autêntica, que a estrutura dos bens ambientais reclama e não um artifício inútil gerado pelo legislador e em nada suportado pela directiva. Donde, e como já anteriormente frisámos, o Capítulo II deve ter-se por não escrito e o Capítulo II(I) deveria intitular-se *Deveres de prevenção e reparação do dano ecológico* (por exemplo).

Detecta-se ainda no RPRDE uma outra *bipolaridade*, identicamente dispensável¹⁵. Resulta esta da indefinição do RPRDE quanto ao *diploma/senhor que serve*. É que, constituindo embora transposição da directiva 35/2004/CE, o RPRDE deve curvar-se, antes de mais, perante a LBA (cujos artigos 41º e 48º, de resto, invoca no Preâmbulo¹⁶), pois dela opera desenvolvimento. Ora, a circunscrição dos danos ecológicos aos danos à água, espécies protegidas e solo¹⁷, conforme enunciados no artigo 11º/1/e) do RPRDE, esquece que, nos termos da LBA, devem também considerar-se, para estes efeitos, o ar e o subsolo, sob pena de criação de bases à distinção entre bens ambientais naturais de 1º e de 2º. Impõe-se uma interpretação conforme à LBA para pôr cobro a esta dualidade prejudicial para a coerência do Direito do Ambiente e da noção de dano ecológico – de resto não vedada, antes incentivada pela directiva (cfr. o artigo 16/1 desta).

despesa de compensação do meio.

¹⁵ Há ainda uma terceira bipolaridade que resulta, já não do RPRDE, mas antes do artigo 4º/1/l) do ETAF. Trata-se da distinção entre danos ecológicos públicos e privados, consoante provocados directamente por entidades públicas (e privadas agindo ao abrigo de um regime de Direito Administrativo) ou privadas (ainda que ao abrigo de autorizações administrativas). A adopção do critério da natureza do sujeito e não do critério da natureza do bem faz com que a competência dos tribunais para julgamento de litígios emergentes da eclosão de danos ecológicos se divida entre jurisdição administrativa e comum, situação que é criticável pois que, na ausência de tribunais especiais, os tribunais administrativos deveriam ser exclusivamente competentes por se tratar de controvérsias que envolvem bens de natureza colectiva.

¹⁶ A circunscrição dos normativos de extensão a estes dois preceitos levanta dúvidas, uma vez que o RPRDE desenvolve mais dispositivos da LBA (v.g., no campo da responsabilidade objectiva, do seguro).

¹⁷ Que o RPRDE perspectiva do ponto de vista humano – cfr. o artigo 11º/1/e), iii), referindo-se a um "risco significativo para a saúde humana".

II. Algumas dúvidas geradas pelo RPRDE

a) Quanto ao âmbito subjectivo

Numa primeira leitura, conclui-se que o RPRDE alargou duplamente o âmbito subjectivo de aplicação do regime contido na directiva no que toca à responsabilidade aquiliana. Com efeito, enquanto desta apenas decorre a obrigação mínima de imputação a agentes económicos agindo com culpa ou dolo por danos causados às espécies integrantes de zonas de Rede Natura 2000 [artigo 3/1/b) da directiva], do RPRDE resulta a imputação ao "operador" de quaisquer danos provocados às espécies de zonas protegidas por legislação nacional e internacional (além das da Rede Natura 2000), e ainda à água e ao solo (artigo 13º). Ou seja, o alargamento do universo de danos possíveis distende correlativamente o universo de operadores potencialmente responsáveis.

Esta impressão é perturbada, no entanto, quando cruzamos a noção de operador inscrita no artigo 13º com a definição decorrente do artigo 11º/l) do RPRDE, que remete para a lista de actividades descritas no Anexo III – determinantes para a aferição de responsabilidade objectiva, mas não subjectiva. O elemento decisivo de interpretação reside na expressão "actividade ocupacional", que não se encontra no lote de definições do artigo 11º, mas antes no nº 1 do artigo 2º do RPRDE: "actividade económica, independentemente do seu carácter público ou privado, lucrativo ou não". O que significa que a circularidade excludente do artigo 13º é apenas aparente, não se restringindo a responsabilização por facto ilícito apenas aos operadores das actividades listadas no Anexo III.

Dúvidas podem surgir, no tocante à noção operativa de operador (passe o pleonasma), em caso de coexistência de múltiplos operadores envolvidos numa mesma actividade que origine dano ou ameaça deste, designadamente para efeitos de interlocução com a Agência Portuguesa do Ambiente (=APA), entidade responsável pela aplicação do RPRDE. Pegando num exemplo concreto sugerido por uma

participante no Colóquio¹⁸: para uma ameaça de dano ecológico resultante das emissões produzidas num parque de armazenagem de preparações perigosas em que o reservatório é propriedade de **A**, a licença e a exploração estão cedidas a **B**, que armazena os produtos de **C**, e contrata **D** para fazer as inspecções e certificações da qualidade dos reservatórios. Sendo certo que, à luz da alínea l) do n.º 1 do artigo 11.º do RPRDE, todos podem ser considerados operadores, sobre qual(ais) deles recaem os deveres de prevenção constantes do artigo 14.º/1 e 4 do RPRDE? E caso o dano não possa ser evitado, qual(ais) deles deve reparar?

Julgamos, salvo melhor reflexão, que a adopção de medidas de evitação, minimização e reparação do dano deve ser levada a cabo pela entidade que "exerce poderes decisivos sobre o funcionamento técnico e económico" da actividade [cfr. a alínea l) citada, bem assim como a definição de operador constante da directiva: "qualquer pessoa singular ou colectiva, pública ou privada, que execute ou controle a actividade profissional" – artigo 2/6], isto é, **C**. Só quem tem o domínio dos processos de funcionamento da actividade tem (ou deve ter) correlativamente o conhecimento necessário para seleccionar as medidas mais adequadas. E é também quem directamente lucra com a actividade que há-de ser onerado com o dever de reparação¹⁹.

Isto não significa, todavia, nem que seja sempre o operador directo a tomar as medidas – vide os artigos 14.º/5/d), 15.º/3/f) e 17.º/1/a) do RPRDE –, nem que os custos recaiam exclusivamente sobre si, uma vez verificada a necessidade de repartição (interna) de responsabilidade (no exemplo *supra*, **C** poderia rebater a sua responsabilidade, total ou parcialmente, em **D**, invocando omissão de deveres de vigilância)²⁰.

¹⁸ Esta dúvida (entre outras) foi-nos colocada, verbalmente e por escrito, pela Dr.ª Inês Figueira, a quem reiteramos o agradecimento pela sua colocação. A tentativa de resposta que aqui se empreende situa-se na lógica de reflexão permanente e aberta ao exterior que se pretende ter desencadeado, contribuindo assim para a progressiva maior inteligibilidade do RPRDE aos utilizadores.

¹⁹ Parece ser identicamente este o entendimento de Bernard DUBUISSON e Christophe THIEBAUT, **La responsabilité...**, *cit.*, p. 167.

²⁰ Bernard DUBUISSON e Christophe THIEBAUT (**La responsabilité...**, *cit.*, p. 167) assinalam que, apesar de a directiva apontar para a responsabilização externa de apenas um sujeito (ou seja, inexistência de solidariedade nas relações externas), o direito de regresso é admissível.

Uma outra dúvida remanesce, contudo. Prevalecendo a noção de "actividade ocupacional" como conceito de âmbito mais vasto, o regime do RPRDE fica circunscrito a agentes que desenvolvam, de forma sistemática, uma actividade económica — o que se compreende, em face dos deveres que lhe poderão ser impostos nos termos dos artigos 14º e 15º do RPRDE, associados a uma estrutura empresarial ou equiparada. Mas, se assim é, onde ficam, neste quadro, os particulares que causam danos a componentes ambientais naturais fora do âmbito de "actividades ocupacionais" — por exemplo, caça recreativa, desportos amadores em meio natural, reunião de amigos num parque nacional que origina incêndio de grandes proporções?

A questão não é saber se o Capítulo III poderia enquadrar estas situações — claramente, não —, mas antes a de *equacionar a possibilidade de utilizar os critérios de identificação do dano ecológico e de reparação deste descritos no Anexo V na operação de reconstituição*. Julgamos ser de toda a conveniência proceder a esta extensão, dado que o restante Direito ambiental português não permite, nem delimitar claramente o dano ecológico do dano ambiental, nem descortinar quaisquer linhas de operacionalização da injunção decorrente do artigo 48º da LBA. Por outras palavras, obstaculizar a esta interpretação extensiva significa perpetuar, para um conjunto não negligenciável de hipóteses, a grave lacuna detectável no panorama legislativo anterior ao início de vigência do RPRDE.

b) Quanto ao âmbito objectivo

O universo de situações cobertas pelo RPRDE encontra-se por exclusão — artigos 2º/1 e 2, 11º/e), 33º e 35º — e por inclusão — artigos 2º/1 e 11º/e) do RPRDE, e 6º segs da LBA. A sobreposição parcial deve-se a que as duas últimas normas do RPRDE citadas sediam o princípio de responsabilização dos operadores económicos por danos ambientais, sendo que estes se podem traduzir em danos às espécies protegidas, à água, e ao solo (quando tal se reflecta negativamente na saúde humana), e ainda, por dever de interpretação conforme à LBA, ao ar e solo e subsolo *de per se* e independentemente de danos à saúde humana.

A questão que cumpre colocar, na sequência da interrogação com que fechamos o ponto anterior mas mais directamente relacionada com as normas inclusivas e excludentes, é a de saber se, para além do RPRDE subsistem regimes especiais, não já delineados em função dos sujeitos mas dos bens ambientais em particular. Por outras palavras, o que pensar da subsistência da solução do artigo 73º do DL 236/98, de 1 de Agosto, sobre responsabilidade por danos à qualidade da água, em face da não revogação expressa do diploma pela Lei 58/2005 (cfr. o artigo 98º desta Lei)?

Sublinhe-se que o legislador, na primeira versão do DL 147/2008, remetia uma parte do regime da responsabilidade por dano à água para o artigo 95º da Lei 58/2005, hoje expressamente revogado pelo DL 245/2009. Esta remissão foi recentemente suprimida, mas o problema equacionado mantém-se, dado que o DL 236/98 abrange mais tipos de águas do que os inscritos na nova subalínea iii) da alínea e) do nº 1 do artigo 11º do RPRDE (v.g., águas para consumo humano, águas do litoral, águas balneares – cfr. o artigo 2º daquele DL) e, subsequentemente, contempla um universo maior do que o "dano à água" visado pelo RPRDE (cfr., aliás, o conceito de águas delimitado na alínea a) do nº 1 do artigo 11º, circunscrito à Lei 58/2005).

Como o artigo 16 da directiva 2004/35/CE não veda a subsistência de regimes especiais, desde que mais favoráveis, cumpre aferir se o artigo 73º traduz um quadro mais favorável do que o RPRDE. Se entendermos que só pelo facto de o DL 236/98 ter um alcance objectivo que o RPRDE não tem já se pode considerar mais favorável, então a sua subsistência deve ser sustentada. Mas a isto acresce que este diploma permite claramente responsabilizar *qualquer* pessoa, e não apenas os operadores económicos (cfr. o nº 1). E pode aditar-se ainda que, nos termos do nº 3, mesmo sem haver possibilidade de determinação precisa, o dano deve ser reparado, por recurso a critérios de equidade – hipótese que a exigência de "mensurabilidade" decorrente da definição de dano inscrita na alínea d) do nº 1 do artigo 11º do RPRDE parece excluir.

Assim, e apesar de entendermos que deve ser o Fundo de Intervenção Ambiental e não o Estado (cfr. o nº 1 do artigo 73º) a beneficiar de quaisquer quantias que resultem do pedido indemnizatório (caso não seja possível ou suficiente a restauração natural), e de discordarmos da reserva de jurisdição

destes pedidos aos tribunais comuns — nos termos do n.º 5 do artigo 73.º, o qual deve ser alvo de uma leitura corrigida, não só à luz do artigo 212.º/3 da CRP, como do artigo 4.º/1/l) do ETAF²¹ —, pronunciamo-nos, salvo melhor reflexão, no sentido da subsistência do artigo 73.º do DL 236/98, por promover regime mais favorável do que o do RPRDE²².

Para além deste regime especial, há que contar ainda com os quadros regulatórios decorrentes de convenções internacionais a que Portugal esteja vinculado, nos termos do artigo 2.º/2/b) e Anexo I, e 2.º/c), Anexo II, do RPRDE — pelo menos sempre que deles decorra uma normatividade especificamente orientada para o enquadramento do dano ecológico²³.

c) Quanto ao significado da expressão (A reparação do dano ecológico) "Não consiste numa compensação financeira para os membros do público"

A preferência pela restauração natural tornaria despicienda esta referência. No entanto, sabemos que reconstituir o estado do bem tal como ele se encontraria caso não tivesse ocorrido a lesão pode revelar-se impossível do ponto de vista fáctico, ou económico; ou a reconstituição pode protelar-se no tempo, devendo existir disponibilidade de meios financeiros para a ir realizando. Daí que haja casos em que pode colocar-se a questão da indemnização pecuniária, nomeadamente no plano da compensação de perdas transitórias (cfr. os pontos 1.1.3. e 1.2.3. do Anexo V do RPRDE).

Mas o inciso citado quererá impedir irrestritamente a quantificação pecuniária de qualquer outro dano que não o estritamente ecológico; ou

²¹ Donde, pedidos de indemnização deduzidos contra entidades públicas devem ser apresentados perante os tribunais administrativos, por acção ou omissão lesiva.

²² Parecendo entender que o artigo 73.º citado subsiste, António BARRETO ARCHER, **Direito do Ambiente e responsabilidade civil**, Coimbra 2009, p. 27 — embora sem esboçar qualquer articulação com o RPRDE e louvando a solução da atribuição do (de todo o?) contencioso da responsabilidade por dano ecológico aos tribunais comuns.

²³ Cfr. a advertência de Carole HERMON (**La réparation du dommage écologique. Les perspectives ouvertes par la directive du 21 avril 2004**, in *AJDA*, 2004/33, pp. 1792 segs, 1798), alertando para que a grande maioria das convenções não contempla a reparação do dano ecológico *qua tale*. Apesar de considerarem ser esta interpretação a que melhor serve os interesses da directiva e do RPRDE, Bernard DUBUISSON e Christophe THIEBAUT (**La responsabilité...**, cit., p. 165) afirmam que a letra da lei não admite esta redução teleológica.

apenas sublinhar a exigência de afectação de quaisquer quantias ao Fundo de Intervenção Ambiental e não a sujeitos isolados, mesmo que constituídos com a finalidade exclusiva de defesa do ambiente?

Este segmento especulativo reclama um desdobramento, dadas as "ramificações" possíveis²⁴. Passemos então a analisar parceladamente:

- i.) o problema do dano moral ambiental;
- ii.) o problema do cômputo dos interesses das gerações futuras no *quantum* indemnizatório, sempre que, por impossibilidade material ou não plenitude dos objectivos reparatórios, ao lesante seja imposto o pagamento de uma indemnização pecuniária.

i.) Constituindo o ambiente uma grandeza de fruição colectiva mas de apropriação individual impossível, a noção de dano moral ambiental revela-se ambígua²⁵. Pensemos no exemplo da floresta que alberga espécies protegidas de fauna e flora destruída por um incêndio decorrente de uma acção humana. Esta floresta era palco de reuniões comunitárias, acções de pedagogia ambiental, zona de excursões de escuteiros, alvo de visitas turísticas em razão da sua beleza e estado de conservação. Poderá conceber-se que, para além da restauração natural – que demorará vários anos e poderá nunca alcançar o estado anterior à lesão, por extinção de espécies -, haja pagamento de quantias à comunidade por perda de fruição de um bem colectivo?

A resposta parece-nos dever ser afirmativa, mas o regime desta responsabilização não se encontra no RPRDE, pois este circunscreve-se ao dano ecológico, ou seja, à *alteração adversa mensurável* do estado de um determinado componente ambiental natural. Trata-se aqui de ressarcir danos

²⁴ Ramificações essas que crescem ao prejuízo patrimonial do proprietário do bem. Frisando a susceptibilidade de cumulação/alternância de três realidades diversas nesta sede – dano material, moral e ecológico –, Pierre-Antoine DEETJEN, **La traduction juridique d'un dommage écologique: le préjudice écologique**, in *RJE*, 2009/1, pp. 39 segs, 42-44.

²⁵ Sobre esta noção, vejam-se José Rubens MORATO LEITE, **Dano ambiental: do individual ao colectivo extrapatrimonial**, 2ª ed., S. Paulo, 2003, esp. pp. 265 segs; e João Carlos de CARVALHO ROCHA, **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**, in *Política Nacional do Meio Ambiente, 25 anos da Lei nº 6.938/1981*, coord. João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio H. P. Henriques Filho e Ubiratan Cazetta, Belo Horizonte, 2007, pp. 217 segs, 236 segs

morais de categorias de indivíduos cujo traço identificativo se prende com a especial intensidade de fruição de um dado recurso. Seriam como que, e passe o pleonasma jurídico, *interesses difusos homogéneos*: interesses na fruição de um bem colectivo cujo desaparecimento ou amputação de qualidades provoca um sentimento de perda de idêntica natureza num determinado universo de "usuários".

Por outras palavras, a admitir esta categoria de dano, ela é assimilável ao dano moral tradicional, a que alude o artigo 496º do CC. No entanto, a compensação do dano moral ambiental não poderá reverter para o(s) sujeito(s) que denuncia(m) a perda para a colectividade, mas antes para o Fundo de Intervenção Ambiental pois apesar de este tipo de sofrimento ser individual, ele reporta-se a uma perda que o não é, antes se projecta na comunidade como um todo.

ii.) No que tange ao segundo aspecto, denota-se uma total ausência de posicionamento do legislador. Nos "critérios" do Anexo nada consta a respeito da consideração de interesses de gerações futuras – e acabámos de verificar que nem das presentes deve constar... Todavia, facto é que, a aceitar a figura do dano moral ambiental dos viventes não repugnaria incluir no cômputo indemnizatório um "dano futuro", pelo menos nos casos em que a perda se revele irreversível. Retomando o exemplo do ponto anterior, complexa (mas ainda assim quiçá possível) se afiguraria a tarefa do cálculo desta perda, por haver que considerar: mudanças dos hábitos das gerações futuras; alterações climáticas que, independentemente do incêndio, poderiam tolher o uso (e mesmo existência) da floresta nos tempos vindouros; dificuldades matemáticas de cálculo de perdas morais colectivas...

Certo, estes factos não constituíram impeditivo a que o *Supreme Court* das Filipinas aceitasse uma demanda proposta por um grupo de menores que agia em defesa das florestas do país, por si e em representação das gerações futuras²⁶. E talvez não obste a que o Tribunal Internacional de Justiça aprecie o pedido do Equador, de ressarcimento de danos patrimoniais e ecológicos às

²⁶ Referimo-nos ao caso *Minors Oposa v. Secretary of the Department of Environment and Natural Resources*, julgado pelo *Supreme Court* das Filipinas em 1993 (comentado por A. REST, **Implementing the principles of intergenerational equity and responsibility**, in *EPL*, 1994/6, pp. 314 segs, max. 318 segs).

gerações presentes e futuras equatorianas, por danos provocados por pulverizações tóxicas nas plantações fronteiriças com a Colômbia (no âmbito da luta do Governo deste Estado pela erradicação dos campos de plantio de estupefacientes). Não se revelará nunca, porém, tarefa fácil.

A indemnização por perdas provocadas às gerações futuras deverá ser sempre, salvo melhor reflexão, puramente simbólica. Mas mais do que isso, na falta de um sujeito actual de imputação que sugira um valor indicativo das perdas comunitárias, a imposição ao lesante de uma obrigação de ressarcimento de um *dano moral hipotético* (quer quanto ao dano, quer quanto aos sujeitos) *futuro* terá laivos de sanção punitiva e dificilmente será oponível sem um assento legal específico, sob pena de violação arbitrária do direito de propriedade. O conceito do artigo 564º/2 do CC é curto para estas situações²⁷, pelo que a operacionalidade da noção de "dano ambiental às gerações futuras" parece estar, por ora, condenada.

d) Quanto ao âmbito de aplicação temporal

Na linha da directiva, o RPRDE desconsidera os danos difusos, sempre que não seja possível estabelecer um nexo de causalidade entre uma actividade e a sua ocorrência (artigo 5º), bem como descarta a aplicação do novo regime a danos provocados por actividades concluídas antes de expirar o prazo de transposição da directiva (artigo 35º). Além disso, consagra uma norma especial sobre prescrição, fixando em 30 anos (e não os 20 anos que decorreriam do prazo ordinário do artigo 309º do CC) o prazo de prescrição para efectivação de acção de responsabilidade civil por dano ecológico – artigo 33º.

Não cabe neste "raid" problematizante explorar as dúvidas que cada uma destas normas convoca²⁸ – a algumas delas já nos reportámos, de resto, em

²⁷ Sublinhe-se que o artigo 564º não só menciona o "lesado" e os proveitos que ele deixou de obter, como aponta para danos "previsíveis". Ambos os elementos rodeiam o conceito de dano futuro de um nível de densidade que o "dano às gerações futuras" não reveste...

²⁸ Especialmente sobre o sentido do artigo 5º, veja-se Ana PERESTRELO DE OLIVEIRA, **A prova do nexo de causalidade na lei da responsabilidade ambiental**, texto correspondente à intervenção da autora no Colóquio, gentilmente cedido – *maxime*, ponto 2.6..

texto anterior²⁹. Limitar-nos-íamos, neste momento, a deixar notícia de algumas questões levantadas num incidente de reenvio prejudicial apresentado ao Tribunal de Justiça da União Europeia pelo *Tribunale Amministrativo regionale della Sicilia*, já objecto de Conclusões pela Advogada Geral Juliane Kokott, apresentadas em 22 de Outubro de 2009 (proc. C-378/08). Este pedido prende-se, fundamentalmente, com a aplicação no tempo do regime da directiva: está em causa saber se pode ser imposta, por parte da Administração ambiental italiana, a obrigação de saneamento dos fundos marinhos da Enseada de Augusta, causticados por décadas de descargas, às empresas que actualmente ali laboram, sem distinção entre poluição passada (supostamente existente desde a II Guerra) e presente.

Sendo certo que regimes nacionais mais estritos podem prevalecer sobre o regime da directiva, quando esses regimes inexistem (ou, existindo, são menos exigentes), a regulação do instrumento comunitário impõe-se. O Direito italiano não consagrava qualquer quadro normativo relativo à reparação do dano ecológico; daí que a reparação, a operar, situar-se-á na moldura da directiva e do diploma nacional que a transpôs.

Ora, a directiva sofre um condicionamento na sua aplicação temporal, que passa pela interpretação do seu artigo 17, nomeadamente do que é um dano "ocorrido antes da data" limite de transposição da directiva. No caso *sub judice*, a Advogada Geral alerta para a situação de dano *cumulativo* e distingue duas situações (§§57 segs):

- por um lado, o dano que se vem acumulando desde antes da data de transposição da directiva e se vê sucessivamente agravado pela continuação da actividade, ainda que por diversos e sucessivos operadores: nesta hipótese, desde que a actividade poluente continue, o último operador deve ser responsabilizado pelas medidas de reparação de todo o dano, em homenagem ao princípio do poluidor-pagador (se desenvolve uma actividade especialmente desgastante do meio natural, deve suportar o custo das medidas de restauração, mesmo que não tenha contribuído para a totalidade do dano);

- por outro lado, o dano ocorrido (numa primeira fase) antes da data de transposição da directiva mas gerador (numa segunda fase) de *novos efeitos*

²⁹ Carla AMADO GOMES, **A responsabilidade civil...**, *cit.*, p. 274.

lesivos após esta data – aquilo que na Alemanha se designa por *Weiterfressen* (propagação): nesta hipótese, tendo-se **descontinuado** a actividade poluente e decorrendo os novos efeitos de factores aleatórios (libertação de substâncias nocivas de aterros; erosão das margens de rio onde ficaram depositadas partículas tóxicas), a directiva não poderá aplicar-se, sob pena de violação da proibição de retroactividade ínsita no artigo 17.

Em contrapartida, no caso de a actividade ser retomada, ainda que por outro operador, este verá recair sobre si obrigações de prevenção de novos danos a partir de fontes de risco antigas e novas (neutralizando-se, em nome do princípio do poluidor-pagador, a dificuldade de destrição do que é responsabilidade antiga e nova) – cfr. o §75 das Conclusões.

Estas Conclusões trazem, ao que julgamos, soluções que permitem contornar o princípio da irretroactividade, acabando por onerar novos operadores com a responsabilidade de saneamento e restauração de bens lesados por actividade alheia. Tal ideia pode chocar, mas cumpre sublinhar, por um lado, que o faseamento da actividade lesiva não se traduz na divisibilidade do dano – o estado do bem não é, em regra, recuperável em parte, nem quantitativa nem qualitativamente. Por outro lado, como realça a Advogada Geral, aceitar a *blindagem* à responsabilização de operadores que continuam a poluir invocando a impossibilidade de cômputo individualizado da responsabilidade redundará, ou na perpetuação da situação de degradação do recurso, ou na suportaçãõ do custo da reconstituição pela comunidade – ambos os resultados contrários ao princípio do poluidor-pagador.

Estas e outras considerações expendidas por Julianne Kokott atestam bem o intenso estado de sujeição actual dos operadores (sobretudo industriais) a um *numerus apertus* de deveres e ónus ecológicos³⁰, que devem passar a encarar como riscos do negócio. Apesar de configurar uma solução algo pesada para

³⁰ Outro problema identicamente estimulante explorado nas Conclusões citadas reside em saber se um proprietário que desenvolve no seu terreno contaminado por um anterior possuidor uma actividade inócua pode ver-se coagido a suportar obrigações de reparação. Resultando da operação de saneamento uma valorização do terreno, considera-se que não a suportar constituiria um enriquecimento sem causa à custa da comunidade – que, residualmente, pagaria o custo da reparação –, salvo, diríamos nós, se a este princípio se opuser a prescrição (ou seja, ter tido a nova posse início há mais de 30 anos e só agora se ter dado pela contaminação do terreno).

os novos operadores, que se diria estarem a ser retroactivamente sancionados por uma conduta que lhes não é sequer materialmente imputável, não deixa de ser verdade, em contrapartida, que, ao assumirem a continuidade da exploração, os operadores aproveitam o acervo económico construído pelos seus antecessores, nomeadamente a sua implantação no mercado e o proveito que desse precedente advém³¹. Se a esse activo de mercado corresponde um passivo ambiental, parece ser de equacionar que o novo operador o suporte, pelo menos parcialmente, não lhe sendo válido escudar-se na inocuidade da poluição produzida durante o seu concreto período de actividade. Imputar à colectividade (a um Fundo), por inteiro, o custo de reparação de danos, neste contexto, parece ser de rejeitar

Carla Amado Gomes

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

[Voltar ao Índice](#)

³¹ Contra, Sylviane LEPRINCE e Pierre MOËRYNCK, **Évaluation et réparation des dommages environnementaux, obligations de l'exploitant et missions de l'autorité compétente**, in *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, coord. de Delphine Misonne e Benôit Jadot, Louvaine-la-Neuve, 2009, pp. 87 segs, 103 (sustentando que nada impede a autoridade competente de recuperar para além do estado de degradação verificado à data da intervenção lesiva, mas a expensas do fundo público e não do operador).

A PROVA DO NEXO DE CAUSALIDADE NA LEI DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL

I. Apreciação geral do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho

As dificuldades colocadas pela determinação do nexo causal na responsabilidade civil ambiental são, há muito, conhecidas: quer se trate de responsabilidade civil subjectiva ou objectiva, por danos ambientais *lato sensu* ou por danos ecológicos, a imputação objectiva confronta-se sempre com as dificuldades colocadas pela fisionomia típica do dano ambiental e do respectivo processo causal: o modo próprio de actuação dos poluentes, a influência conjugada de factores múltiplos, as situações de «multicausalidade» ou concurso de causas, o frequente prolongamento no espaço e no tempo do processo poluente¹, são alguns dos factores que tornam utópica a demanda de clareza científico-natural nessa área e que exemplarmente evidenciam as dificuldades do juízo de imputação, por vezes traduzidas, *inclusive*, em situações de *objectividade da dúvida*^{2/3}. Ora, se o legislador português, flexibilizando as exigências da responsabilidade civil, foi capaz de prescindir, em casos determinados, do carácter ilícito e culposo do comportamento, enveredando por formas de responsabilidade objectiva, já não pôde, naturalmente, abdicar do

pressuposto do nexo causal, que justifica, em última análise, a transferência do dano para esfera jurídica distinta daquela em que se produziu.

O Decreto-lei n.º 147/2008, de 29 de Julho procurou, pois, resolver os

¹ Originando os chamados «danos-à-distância» (*Distanzschäden*) e «danos tardios» (*Spätschäden*).

² *Por uma Distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa, 2000, 31.

³ Havendo que distinguir as situações de dúvida susceptível de correcção jurídica das situações em que não existe já nexo de causalidade (nem, consequentemente, responsabilidade). Como sublinha a Directiva comunitária relativa à responsabilidade ambiental, de Abril de 2004, no seu considerando 13, «nem todas as formas de danos ambientais podem ser corrigidas pelo mecanismo da responsabilidade. Para que este seja eficaz, tem de haver um ou mais poluidores identificáveis, o dano tem que ser concreto e tem de ser estabelecido um nexo de causalidade entre o dano e o ou os poluidores identificados. (...) A responsabilidade não é um instrumento adequado para tratar a poluição de carácter disseminado e difuso, em que é impossível relacionar os efeitos ambientais negativos com actos ou omissões de determinados agentes individuais».

problemas do nexo de causalidade no domínio ambiental, estabelecendo, no artigo 5.º, a regra (válida para ambas as modalidades de responsabilidade civil) segundo a qual «a apreciação da prova do nexo de causalidade assenta num critério de verosimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada (...)»⁴. Independentemente do conteúdo concreto da solução, a preocupação do legislador português com o tema do nexo de causalidade merece ser assinalada.

Ainda assim, deve lembrar-se que os problemas de prova não esgotam as dificuldades existentes neste campo. Estas surgem, na realidade, a montante, logo no plano substantivo da imputação: as teorias clássicas sobre o nexo de causalidade, desde a *conditio sine qua non*, à causalidade adequada e à teoria do fim da norma, assentam, todas elas, na causalidade naturalística, cuja aplicação é impossível no domínio ambiental. Por isso, defendemos que a imputação objectiva deve assentar, antes, na ideia de conexão do risco: o facto é objectivamente imputável ao agente quando este tiver criado/aumentado o risco da verificação do resultado lesivo e esse risco se tiver materializado no resultado⁵. Se é certo que a lei da responsabilidade ambiental não resolve – porque não tinha de resolver – o problema substantivo da imputação, não deve esquecer-se que esta é sempre questão prévia a tratar, só depois devendo ser resolvido o problema da prova: trata-se, afinal, de descobrir o *quid* da prova para só depois se apurar o respectivo *modus*.

A lei optou por abordar o problema probatório atenuando o «grau de prova» do nexo de causalidade. Opção diversa – a favor da qual nos havíamos pronunciado – implicaria estabelecer uma presunção de causalidade. Veremos, porém, que o legislador não deixou também de consagrar uma presunção, ainda que de forma tão-só implícita e restrita ao segundo passo do juízo de imputação, *i.e.*, à materialização do risco: no que toca à criação ou aumento do risco, exige-se do lesado a prova da respectiva probabilidade, presumindo-se, a partir daí, a materialização no resultado lesivo.

Note-se que a *probabilidade* surge, aparentemente, na Lei da

⁴ Cfr., sobre o tema, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade e imputação na responsabilidade civil ambiental*, Coimbra, 2007.

⁵ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade cit.*, 66 ss.

Responsabilidade Ambiental, ao nível da *apreciação da prova* [«A *apreciação da prova do nexo de causalidade assenta (...)*»]. Resulta, porém, do preceito que o problema não é, em rigor, de *apreciação da prova* (ao contrário do que o elemento literal sugere), mas antes de *medida* ou de *grau de prova*. I.e., não está em causa a valoração da prova mas antes a medida da convicção do juiz necessária para este considerar o facto (o nexo de causalidade) como provado. Esta chamada de atenção é relevante, uma vez que, no Direito da prova, a probabilidade pode, em abstracto, relevar em três níveis diferentes⁶:

- (i) *Na valoração ou apreciação da prova*: independentemente de qualquer previsão legal específica, o julgador funda tipicamente a sua convicção sobre a *veracidade* do facto em diversos elementos, incluindo a probabilidade da respectiva ocorrência. Com efeito, as regras de probabilidade intervêm sempre na formação da convicção do juiz, ainda que nos quadros da prova *stricto sensu*: se este grau de prova exige a convicção sobre a *realidade* – e não sobre a *probabilidade* – do facto, o que é certo é que tal não significa que essa convicção não possa fundamentar-se na probabilidade da realidade do facto. «Com efeito, a afirmação de que um facto está provado com fundamento numa regra de probabilidade não significa que esse facto é provável, mas que ele se considera demonstrado com base nessa mesma regra. (...) Portanto, a probabilidade fundamenta a apreciação do facto como provado, mas não é transposta para o próprio resultado, isto é, para o facto dado como provado. Um facto considerado provado é um facto verdadeiro e não um facto provavelmente verdadeiro»⁷.
- (ii) *No grau de prova*: a prova *stricto sensu* pode, em casos pontuais previstos na lei, ceder em benefício de uma prova baseada na «mera justificação», sendo suficiente a convicção do juiz acerca

⁶ Para além de estar materialmente em causa na ideia de criação/aumento do risco e, portanto, no próprio juízo substantivo de imputação.

⁷ TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o objecto e a prova*, Lisboa, 1995, 201.

da *probabilidade* do facto.

- (iii) *Na distribuição do ónus da prova?* Não obstante a regra do art. 342.º do Código Civil⁸, a doutrina tem procurado encontrar critérios alternativos de distribuição do ónus da prova, capazes de ultrapassar as dificuldades colocadas por diversos casos problemáticos (dos quais é exemplo paradigmático o da responsabilidade ambiental). Entre outras, aventou-se a hipótese de o ónus da prova ser distribuído, não de acordo com a estrutura da norma, mas atendendo a critérios de probabilidade (estatística): o ónus da prova incumbiria à parte que invocasse o facto menos provável⁹, de tal forma que, em caso de *non liquet*, o facto mais provável seria aceite e o risco de erro judiciário seria menor¹⁰. Trata-se de concepção que tem sido criticada, por bons motivos: para além de lhe faltar suporte legal e fundamento material efectivo, a probabilidade de o facto se verificar é, evidentemente, um motivo para o funcionamento das regras legais mas que não pode pretender prevalência sobre outros fundamentos possíveis. Por outro lado, o juiz teria de determinar se é mais ou menos provável a verificação do facto do que a sua não verificação, o que constitui, por vezes, juízo sobremaneira complexo. Acresce ainda que a probabilidade já foi tomada em conta na apreciação da prova, pelo que a sua intervenção ao nível da repartição do ónus da prova significaria uma inaceitável «dupla consideração»¹¹. Por estes motivos, resta concluir que a probabilidade pode relevar (apenas) ao nível da apreciação da prova ou do grau de prova, mas não na própria repartição do

⁸ Nos termos desta norma, «àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado».

⁹ Se é menos provável o facto verificar-se do que não se verificar, a parte que o invoca teria de o provar; se, pelo contrário, é mais provável a sua verificação do que a não verificação, ficaria dispensada da prova.

¹⁰ GERHARD REINECKE, *Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe*, Berlin, 1976, 34 ss.

¹¹ Assim, PRÜTTING, em BAUMGARTEL/LAUMEN/PRÜTTING (orgs.), *Handbuch der Beweislast. Grundlagen*, Carl Heymanns, 2009, § 5, 147; STEFAN ARNOLD, *Zu den Grenzen der Normentheorie*, AcP 209 (2009), 285-308 (298).

ónus da prova.

No caso concreto, o art. 5.º determina, literalmente, que a *apreciação da prova* assenta num critério de probabilidade. No entanto, assim interpretada, a regra perderia toda a sua utilidade, visto que, independentemente de qualquer previsão legal, a probabilidade sempre relevaria para a formação da convicção do juiz sobre a verificação do nexo causal, tal como relevam, por exemplo, as presunções naturais ou judiciais (*praesumptiones hominis*) ou a prova *prima facie* ou de primeira aparência (assente em regras ou máximas de experiência). A lei pretendeu, antes, ir mais longe e, em conformidade com a experiência comparada, aligeirar o próprio grau de prova, inserindo, assim, o ordenamento português no grupo daqueles sistemas jurídicos que abdicam da exigência de certeza sobre o nexo causal e preferem resolver os problemas surgidos no Direito do ambiente através da fixação de um critério de probabilidade. Fê-lo, no entanto, de forma original, conjugando a redução do grau de prova – quanto à criação ou aumento do risco pelo agente – com uma implícita inversão do ónus da prova, decorrente da presunção, hermeneuticamente descoberta, de materialização do risco no resultado lesivo, como veremos.

Para já, assente-se que o artigo 5.º vem, pois, reduzir a medida geral de prova, que deixa ser a prova *stricto sensu* para passar a ser a «mera justificação», *i.e.*, a convicção do juiz acerca, não da verdade, mas da probabilidade do facto. O carácter excepcional da norma no nosso ordenamento jurídico só encontra praticamente paralelo em matéria de providências cautelares, aí por estar em causa um juízo de prognose sobre um acontecimento futuro (a probabilidade séria do reconhecimento da existência de um direito) e, sobretudo, devido à celeridade exigida e ao carácter provisório da tutela conferida¹². A redução da medida da prova, no caso da responsabilidade civil ambiental, havia sido reclamada, entre nós, por Autores como CUNHAL SENDIM¹³ ou COLAÇO ANTUNES¹⁴: o primeiro, apelando para critérios de

¹² Sobre este e outros exemplos em que é suficiente a «mera justificação», cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes cit.*, 202 e 203.

¹³ *Responsabilidade civil por danos ecológicos. da reparação do dano através de restauração natural*, Coimbra, 1998, 223.

¹⁴ COLAÇO ANTUNES, *Poluição industrial e dano ambiental. As novas afinidades electivas da responsabilidade civil*, BFDUC LXVII, 1991, 1-28 (25).

verosimilhança ou de probabilidade, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto; o segundo, referindo a suficiência de uma «prova significativa». A alteração do princípio geral vigente no Direito português quanto à medida da convicção do juiz necessária para o facto ser tido como provado, embora não seja a única (nem talvez a melhor) via de solução do problema da dificuldade de prova no âmbito ambiental¹⁵, tem, ao menos, a virtude de efectivamente facilitar a prova do nexo causal, permitindo que a responsabilidade civil permaneça como instrumento útil e operativo de tutela do Ambiente. Para tanto impõe-se, todavia, uma ponderada interpretação do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 147/2008:

«A apreciação da prova do nexo de causalidade assenta num critério de verosimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da acção lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de protecção».

II. Interpretação do artigo 5.º

1. O sentido geral do art. 5.º: imputação com base na probabilidade de criação de um risco concreto; a presunção implícita de materialização do risco

De acordo com as regras gerais do ordenamento jurídico português, o lesado teria de provar, para além dos demais pressupostos da responsabilidade civil, (i) a criação/aumento do risco pelo agente/installação e (ii) a materialização no resultado lesivo. A norma do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 147/2008 altera,

¹⁵ Criticamente, cfr. CARLA AMADO GOMES, *A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo Decreto-lei n.º 147/2008, de 29 de Julho*, em CARLA AMADO GOMES/TIAGO ANTUNES (orgs.), *O que há de novo no Direito do Ambiente? Actas das Jornadas de Direito do Ambiente*, Lisboa, 2009, 237-275 (272 e 273).

porém, as regras gerais e à vítima apenas exige que prove «a verosimilhança e a probabilidade de o facto ser apto a causar a lesão, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto».

A referência, lado a lado, à «verosimilhança» e à «probabilidade» constitui primeiro elemento de surpresa na interpretação da norma. É certo que essa referência não deixa de ser corrente na doutrina. TEIXEIRA DE SOUSA¹⁶, por exemplo, escreve que «a mera justificação basta-se com a demonstração de que o facto é *verosímil* ou *plausível* (...) A mera justificação requer somente um convencimento baseado num juízo de verosimilhança ou de plausibilidade. O que é *verosímil* ou *plausível* é *provável* com uma certa margem de incerteza ou de *dúvida* (...)». Também CUNHAL SENDIM, por seu lado, reclamava, no específico campo ambiental, que a prova do nexó causal atendesse a «critérios de *verosimilhança* ou de *probabilidade*», como dissemos.

Cabe perguntar pelo significado dos dois termos e como se distingue aquilo que é *verosímil* daquilo que é *provável*. Literalmente, apesar de alguma hesitação dos dicionários da língua portuguesa, «*verosímil*» ou equivale a «*provável*» ou é menos que *provável*.

«(1) que parece verdadeiro (...); (2) que é possível ou provável por não contrariar a verdade, *plausível*» (Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa)

«A qualidade daquilo que parece ser verdadeiro, que não repugna a acreditar, que é provável, *plausível*, *crível*» (Dicionário da Porto Editora).

«que parece ou tem probabilidade de ser verdadeiro, que se pode acreditar, *plausível* (...)» (Dicionário da Academia...)

Considerando que o contexto normativo não modifica, pelo menos à partida, o sentido literal dos termos «*verosimilhança*» e «*probabilidade*», podemos assentar que é partindo desse sentido literal que o intérprete deve trabalhar. Ora, se *verosimilhança* significar o mesmo que *probabilidade*, a utilização legal dos dois conceitos é desnecessária, complica a redacção da lei, dificulta a sua interpretação e concentra erradamente a atenção do

¹⁶ As partes cit., p. 202. Itálico acrescentado.

jurista. Deve, por isso mesmo, a referência legal ser objecto de interpretação ab-rogante lógica. Se, pelo contrário, *verosimilhança* implicar um grau de convicção do juiz inferior à probabilidade, *i.e.*, se a lei aceitar uma imputação do dano ao agente porque, pura e simplesmente, não repugna acreditar que o facto/instalação é apto a causar o dano, então este segmento do artigo 5.º deve ser tido por inconstitucional, por violar as garantias constitucionais ao nível da imputação de danos, *maxime* o princípio da propriedade privada (artigo 62.º da Constituição).

Perante o princípio geral *casum sentit dominus*, a imputação dos danos sofridos numa esfera jurídica a esfera distinta pode (e deve), seguramente, ser objecto de flexibilizações ditadas por «dificuldades de prova» objectivamente verificadas, mas tem sempre de encontrar título bastante, o que não sucede quando se considera suficiente a mera possibilidade de o facto *ser apto a causar* o dano. Repare-se que não se trata da probabilidade *de o agente ter causado* o dano mas sim da probabilidade *de ser apto a causá-lo*, o que já por si é bem menos. Acresce que a regra do artigo 5.º é aplicável tanto à responsabilidade subjectiva como à responsabilidade pelo risco: neste último caso, agrava-se naturalmente a situação, imputando-se o dano ao agente independentemente de ilicitude e de culpa e com base numa prova de tal modo lassa do nexos causal que dificilmente poderá considerar-se legítima. Em suma, ou *verosimilhança* significa o mesmo que probabilidade e deve ser objecto de interpretação ab-rogante, ou implica um grau de convicção inferior à probabilidade e então o preceito seria, nessa parte, inconstitucional, por violar as garantias do Estado de Direito. Há-de exigir-se sempre, portanto, uma probabilidade séria, razoável ou predominante, à semelhança da exigência formulada nos ordenamentos anglo-saxónicos. O grau de probabilidade exigido variará, no entanto, conforme o caso e, em especial, consoante «a possibilidade de prova científica do percurso causal». Tal o sentido útil da referência contida na segunda parte do artigo 5.º. No limite, se o nexos causal puder ser provado em termos de certeza (prova *stricto sensu*), naturalmente que se exigirá que o juiz fique «certo» da existência do nexos causal, não sendo suficiente a convicção acerca da probabilidade do

mesmo¹⁷.

Estamos agora em condições de avançar: o artigo 5.º reclama, portanto, a «probabilidade de o facto lesivo ser apto a causar a lesão verificada», o que é algo de significativamente diverso – e menos exigente – de se requerer a «probabilidade de o facto lesivo ter causado a lesão verificada». Trata-se de originalidade do legislador português, sem paralelo nos ordenamentos jurídicos estrangeiros que optam pelo aligeiramento da medida da prova: sempre que se exige a probabilidade é a probabilidade de o facto ter causado o dano. Já quando se recorre à fixação de presunções, é normal o legislador exigir, para a presunção actuar, a prova da aptidão da instalação para causar o dano. Tal o caso do § 6 I da *Umwelthaftungsgesetz* alemã. A lei portuguesa, apesar de optar pela via da suficiência da mera justificação como medida de prova, foi mais longe e não exigiu sequer a probabilidade de o facto ser a causa do dano mas apenas a probabilidade de poder ser a causa. Adiante veremos as implicações da formulação adoptada pelo artigo 5.º.

Tudo o que o lesado tem de provar é, em suma, a probabilidade de a instalação ser apta a causar o dano. A aptidão para causar o dano não é mais, afinal, do que a qualidade daquilo que comporta um risco. O risco é, na verdade, a «eventualidade danosa potencial»¹⁸, ou a susceptibilidade de ocorrência de um dano, de tal maneira que o conceito de risco coincide com o conceito legal de «aptidão para produzir a lesão». Ou seja, o lesado tem,

¹⁷ Exige-se a «certeza» ou, segundo as regras de sentido social, uma «probabilidade muito próxima da certeza». A «certeza» deve aqui ser entendida segundo o «padrão da vida prática» ou, melhor, de acordo com o respectivo significado social. Esta chamada de atenção remete-nos para o problema de saber se a convicção judicial deve ser encarada de acordo com um critério subjectivo ou se, pelo contrário, é necessária uma medida de prova objectivamente determinável. Sobre o problema, especificamente a respeito da imputação dos danos ambientais, cfr. LYTRAS, *Zivilrechtliche Haftung für Umweltschäden*, Berlim, 1995, 343 ss. A teoria subjectiva da medida da prova sublinha a convicção do juiz como um acto interno: a certeza subjectiva sobre a verdade de um facto. Como forma de evitar o «capricho jurisprudencial» a que a sua versão extrema conduziria, apela-se para a necessidade de ter em conta a «experiência de vida de todos os dias». Pelo contrário, os representantes das teorias objectivas sobre a medida da prova partem da premissa de que há um grau de prova objectivamente mensurável que deve ser tomado como base da formação da convicção judicial. O juiz deve formar a sua convicção de acordo com valores objectivos e racionais de probabilidade e decidir livre de apreciações subjectivas-emocionais.

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, vol. II, Lisboa, 1980, 362, a propósito da responsabilidade pelo risco.

resumidamente, de demonstrar a *probabilidade da criação do risco pelo agente*, «tendo em conta as circunstâncias do caso concreto» (risco concreto e não abstracto).

Daqui se retira que a regra de probabilidade do artigo 5.º se reporta apenas ao primeiro passo do juízo de imputação tal como atrás formulado: abrange a *criação ou aumento do risco* mas não já a *materialização do risco no resultado lesivo*, que em parte alguma da norma é mencionado. *Quid juris*, então, quanto à materialização do risco? Resulta claro da lei que não se pretende exigir do lesado a prova, sob pena de destruição do sentido útil do artigo 5.º. Se basta ao lesado provar que é provável a criação/aumento do risco e se tanto é suficiente para se afirmar o nexo causal, então é porque – apesar de a lei não o assumir expressamente – se presume a materialização no resultado.

Poderia duvidar-se da legitimidade da presunção, uma vez que a sua base é a mera probabilidade de criação do risco e não em rigor a criação do risco. Mas semelhante hesitação não teria razão de ser. Recorde-se que, antes da aprovação da lei da responsabilidade ambiental, defendemos que a materialização do risco se presumiria quando houvesse sido provada a criação ou aumento do risco *em abstracto*. Escrevemos, com efeito, que, em princípio, deveria exigir-se a demonstração de que aquela instalação, funcionando naqueles moldes, utilizando aqueles materiais e aquele processo de fabrico, libertando aquelas emissões, naquelas condições atmosféricas concretas, etc. ... criou ou aumentou o risco não permitido ou previsto na norma legal. Ou seja, tal como no Direito penal, lugar de origem da fórmula da conexão de risco, a afirmação do juízo de imputação supõe, indiscutivelmente, uma apreciação do risco em concreto, também aqui deveria valer regra idêntica, que é aquela que melhor assegura que a responsabilidade civil não se alarga em excesso e que o nexo de causalidade desse modo continua a cumprir a respectiva finalidade garantística, definindo claramente as fronteiras do instituto em estudo. Por isso, *de jure condendo*, foi essa a solução que defendemos. Simplesmente, tal exigência só poderia ser imposta à vítima se esta tivesse ao seu dispor meios que lhe facultassem fazer a prova da referida criação ou aumento do risco em concreto, o que *de jure condito*, está longe (ainda hoje) de suceder no nosso ordenamento. Por esse

motivo, dissemos que o juiz deveria exigir apenas que a vítima provasse a aptidão abstracta da instalação para causar o dano, actuando então a presunção de imputação (risco abstracto). Note-se, em todo o caso, que quando falávamos em demonstrar a criação do risco «em abstracto» não pretendíamos, de modo algum, abdicar da exigência de prova, pela vítima, por exemplo, da conexão temporal e espacial com a libertação de determinados poluentes (o que é exigência bem menor que a contida, por exemplo, na UmweltHG alemã), para além naturalmente da abstracta susceptibilidade de essas emissões causarem o dano¹⁹. Foi, em rigor, preocupação idêntica que a lei veio acautelar ao considerar suficiente a prova de que a criação do *risco concreto* é provável: de nada serviria presumir a materialização do risco no resultado lesivo se, para a presunção actuar, se exigisse a certeza do juiz acerca da criação do risco concreto. Havia, pois, duas vias, perante a ausência de pretensões de informação: ou se entendia que o lesado tinha de provar o risco *abstracto* (opção que defendemos) ou se mantinha a exigência de prova do risco *concreto* mas em termos de mera probabilidade (opção da lei). As duas opções não são, na sua essência, significativamente diversas. A presunção implícita no artigo 5.º é, portanto, legítima, não obstante assentar, na sua base, num juízo de probabilidade, acautelando a situação de *dificuldade* ou *necessidade* de prova (*Beweisnot*) em que se encontra o lesado.

Temos, assim, em jeito de balanço, que ao lesado cabe provar que é provável a criação ou aumento do risco pela instalação. Feita essa prova, presume-se que o risco se materializou no resultado. O agente, por seu lado, pode contraprovar a probabilidade do risco (carreando para o processo os elementos que permitam destruir a convicção do juiz acerca dessa probabilidade) mas pode também, naturalmente, fazer a prova negativa da materialização do risco no resultado lesivo. *I.e.*, pode demonstrar que, apesar de a criação do risco ser provável, não foi esse risco que se materializou no dano ocorrido.

¹⁹ Cfr. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Causalidade* cit., 96 ss.

2. Factores a considerar na apreciação da prova

2.1. As «circunstância do caso concreto»

No que toca aos factores a considerar na avaliação da probabilidade de o facto ser apto a causar a lesão, a lei reclama que se atenda às circunstâncias do caso concreto, deixando claro que o que está em causa é a *aptidão concreta* da instalação para causar o dano e, portanto, o *risco em concreto* e não em abstracto. O que a lei portuguesa não faz – e devia ter feito – é indicar quais são as «circunstâncias do caso concreto» relevantes. Uma formulação similar à do § 6 I da Umwelthaftungsgesetz alemã seria desejável: «se, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, uma instalação for apta a causar o dano em causa, presume-se que o dano foi causado por esta instalação. A aptidão para causar o dano num caso concreto determina-se tendo em conta a situação da empresa, o seu modo de funcionamento, a natureza e a concentração dos materiais utilizados e libertados, as condições meteorológicas, o tempo e o lugar em que o dano ocorreu, a natureza do dano, bem como outras condições especiais, que apontem para ou contra a causação do dano». Apesar de o legislador o não determinar, são naturalmente factores como os descritos que o juiz deve ter em conta na análise do caso concreto: estão em jogo *elementos internos* à própria instalação (o modo de funcionamento, a situação da empresa, a natureza e concentração dos materiais utilizados e libertados), *elementos exteriores* à mesma (condições meteorológicas, tempo e lugar em que o dano ocorreu, natureza do dano) e ainda *outras circunstâncias* que apontem para ou contra a causação do dano pela instalação (por exemplo, particularidades técnicas da instalação – obsoleta ou moderna, falhas técnicas, peculiaridades do processo de fabrico, a observância ou não de *standards* ambientais públicos ou privados, *inter alia*)²⁰.

Em face do artigo 5.º permanece, sobretudo, a dúvida de saber como consegue o lesado fazer prova das circunstâncias do caso concreto, mesmo que apenas em termos de sustentar a simples probabilidade de o facto ser

²⁰ Cfr. LYTRAS, *Zivilrechtliche* cit., 1995, p. 471; WIEBECKE, *Umwelthaftung und Umwelthaftungsrecht*, Wiesbaden, 1990, 37 e 38.

apto a causar o dano, quando é certo que lhe falta a possibilidade de acesso à informação. Os pedidos de informação junto das autoridades administrativas revelam-se, evidentemente, insuficientes. Uma das principais falhas da lei da responsabilidade ambiental continua a ser a não consagração de um pedido de informação pré-processual junto do potencial lesante: não seria razoável – pergunta-se – que, com base na mera probabilidade *abstracta* de uma instalação daquele tipo poder ter causado o dano, o lesado pudesse exigir do operador informações sobre o processo de fabrico e o processo poluente, os materiais utilizados, as substâncias libertadas, entre outros factores relevantes? *De jure condendo*, tal pedido de informação merece ser introduzido, devendo a recusa da informação ser livremente apreciada pelo juiz.

Trata-se, aliás, de solução consagrada em ordenamentos estrangeiros: o § 8 UmweltHG atribui à vítima o direito a obter informações do operador da instalação, concretamente a respeito das estruturas utilizadas, da natureza e concentração das substâncias utilizadas ou emitidas, bem como de outros efeitos ambientais provenientes da instalação, e ainda acerca dos deveres especiais de funcionamento atrás referidos (§ 8). O § 9 da UmweltHG, por seu turno, prevê ainda a possibilidade de a vítima pedir informações aos órgãos administrativos que tenham emitido uma licença relativa à instalação, que

sejam responsáveis pela fiscalização da instalação ou ainda pela recolha de dados sobre impacto ambiental²¹.

Uma pretensão similar perante o operador da instalação deveria, em suma, ter sido prevista na lei da responsabilidade ambiental. À luz do regime vigente, não só um direito à informação não está expressamente consagrado, como nada funda a pretensão (pré-processual) da vítima de obter informações (potencialmente «incriminadoras») acerca do processo causal junto do operador da instalação²². Nem se invoque o princípio da cooperação consagrado no Código de Processo Civil (artigo 266.º): independentemente do alcance que se atribua a este princípio²³, este, sobretudo, só vale já no

²¹ Esta atribuição legal de um direito à informação (pré-processual) à vítima é tanto mais importante quanto a jurisprudência tem rejeitado um dever geral processual de esclarecimento a cargo das partes (*allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht der Parteien*) e só admite um direito material à informação ao abrigo do § 242 BGB («o devedor está obrigado a efectuar a prestação de acordo com os requisitos da fidelidade e boa fé, tendo em consideração os usos do tráfico») quando o pedido em causa é certo e apenas está em aberto o conteúdo do mesmo. Cfr. LYTRAS, *Zivilrechtliche* cit., 488, e jurisprudência aí citada; cfr. também POSPICH, *Haftung für Umweltschäden*, Berlim, 1995, 74. No entanto, a efectividade do direito atribuído no § 8 será, em muitas situações, diminuta, uma vez que, para o mesmo ser exercido, se exige que a vítima possua dados que lhe permitam já assumir que foi uma dada instalação que causou o dano. Ora, pode justamente ocorrer que a vítima careça das informações em causa para ser capaz de identificar o potencial lesante. Tal sucederá com razoável plausibilidade no caso, frequente, de causalidade múltipla. Em suma, deveria este direito à informação ser mais amplamente consagrado. Na proposta de lei da responsabilidade ambiental alemã do partido ecologista, o direito à informação surgia, de resto, previsto em termos mais abrangentes, correspondendo à tendência de maior protecção do ambiente e da vítima de danos ambientais (cfr. WIEBECKE, *Umwelthaftung* cit., 38). Em termos bem diversos, autores há que consideram que uma pretensão de informação tornaria desnecessário qualquer outra protecção da vítima. Neste sentido, POSPICH, *Haftung* cit., 76 ss.

²² Chamava, entre nós, a atenção para este ponto, antes da nova lei, CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade* cit., 46., que afirmava: «a recolha *expedita* de informação sobre as circunstâncias em que ocorreu o dano (como, por exemplo, a realização de análise a descargas de efluentes e a verificação de condições de funcionamento de potenciais lesantes) é muitas vezes essencial para possibilitar a fundamentação de pretensões indemnizatórias. Este é, contudo, um outro ponto em que o legislador português não considerou a especificidade da responsabilidade por danos ao ambiente. São assim aplicáveis as regras gerais previstas no código de procedimento administrativo e no contencioso administrativo, caso o potencial lesante seja uma entidade pública. E no código de processo civil, caso seja um particular». Regras estas – acrescentamos nós – que assumem carácter claramente insuficiente.

²³ Sobre este, cfr. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, 1997, e ainda *Introdução ao processo civil*, Lisboa, 2000, 56 ss. Cfr. também LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao processo civil. Conceito e princípios gerais (à luz do código revisto)*, Coimbra, 1996, 150 ss. Como refere o primeiro A. citado, *Introdução*, cit., 56, «segundo o princípio da cooperação, as partes e o tribunal devem colaborar entre si na resolução do conflito de interesses subjacente à acção». Ora, «o dever de

âmbito do processo, o que pressupõe que a vítima tenha proposto a acção com base em determinados factos contra determinado agente: ora, é precisamente isso que, sem aquela informação, ela não está em condições de fazer. Assim, a dificuldade de acesso à informação deve ser tomada em consideração pelo juiz, no processo de apreciação da prova disponível e no grau da probabilidade exigida.

2.2. O «grau de risco e de perigo»?

Para além das circunstâncias do caso concreto, o artigo 5.º reclama que seja considerado, *em especial*, o *grau de risco e de perigo*. A formulação legal levanta problema evidente: o tribunal aprecia a probabilidade da criação do risco tendo em conta – diz a lei – o «grau de risco e de perigo». A hipótese é, no mínimo, estranha: para provar a probabilidade do risco recorre-se... ao grau de risco. Trata-se, na realidade, de mero jogo linguístico, incapaz de fornecer qualquer contributo útil para o problema da prova do nexos causal na responsabilidade ambiental. Assim sendo, resta concluir, também aqui, pela interpretação ab-rogante deste segmento da lei.

2.3. A «normalidade da acção lesiva»

De seguida, a lei exige que se atenda à «normalidade da acção lesiva». Literalmente, parece que nos depararíamos com o específico problema, especialmente estudado no domínio penal, das acções lesivas correspondentes a comportamentos «normais», «neutros» ou do «quotidiano». Não obstante, a interpretação do preceito revela que se trata, mais simplesmente, de saber se é normal ou não aquele tipo de instalação causar aquele tipo de dano, no sentido de ser ou não habitual ou frequente causá-lo, tendo em conta, designadamente, dados estatísticos. Mas se é assim, cooperação assenta, quanto às partes, no dever de litigância de boa fé (cfr. art. 266.º-A). (...) O dever de cooperação estende-se igualmente à importante área da prova. O art. 519.º, n.º 1, estabelece (...) que todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados. Quanto às partes, este dever de colaboração é independente da repartição do ónus da prova (...), isto é, vincula mesmo a parte que não está onerada com a prova do facto controvertido» (p. 57).

preferível seria que a lei apelasse directamente para esses critérios estatísticos, essenciais na formação da convicção do juiz sobre a probabilidade do nexo causal.

O papel dos critérios estatísticos na apreciação da prova não se confunde, naturalmente, com a intervenção da estatística enquanto critério de imputação. A «causalidade estatística»²⁴ não pode ser tida em conta a este último nível: sem prejuízo da referida relevância das regras estatísticas para a formação da convicção do julgador²⁵, não pode aceitar-se que estes sirvam de critério imediato ou autónomo de averiguação do nexo causal. Pense-se na ilegítima afirmação, em que esse critério se traduziria, segundo a qual, por exemplo, «a instalação **A** causou o dano **x** porque estatisticamente as instalações do tipo **A** causam danos do tipo **x**». Seria patente a brecha, infundada, que se introduziria no nosso sistema jurídico, desde logo porque a estatística é falaciosa, falhando frequentemente em face do caso concreto com o qual temos que trabalhar, pois que «questionada é sempre a causa do concreto evento»^{26/27}. Portanto, a relevância que se deve atribuir aos critérios estatísticos não é directa ou autónoma mas apenas indirecta e conjugada com os demais factores em jogo²⁸. Por outras palavras, é apenas um dos factores a serem considerados pelo juiz tendo em vista a formação da convicção sobre a probabilidade da verificação do nexo causal.

2.4. A possibilidade de prova científica do percurso causal

O artigo 5.º determina, depois, que se atenda à «possibilidade de prova

²⁴ A causalidade estatística, como escreve MENEZES CORDEIRO, *Tutela do ambiente e direito civil*, em *Direito do Ambiente*, INA, Oeiras, 1994, 390, é aquela que «saltando por cima da própria *conditio sine qua non* se torna aparente, afinal, num conjunto alargado de factos incolores, quando isoladamente tomados». «Por exemplo: se emissões radioactivas fazem aumentar o número de cancro em certa região, o agente é responsável ainda que não possa, concretamente, dizer que um certo cancro não surgiria, se não fosse a radiação» (p. 395, nota 33).

²⁵ Inclusivamente através da prova *prima facie* ou prova de primeira aparência.

²⁶ LYTRAS, *Zivilrechtliche cit.*, 233.

²⁷ MEDICUS, *Zivilrecht und Umweltschutz*, JZ 17/1986, 778-785 (781), considera que uma responsabilidade fundada estatisticamente se justifica mais facilmente, do ponto de vista prático e dogmático, se se tratar de um largo número de vítimas, cujas diferenças individuais no conjunto são canceladas.

²⁸ O que não significa que a estatística não tenha um papel acrescido no domínio jus-ambiental, como bem se compreende.

científica do percurso causal». Trata-se de um dos aspectos em que a lei portuguesa foi mais marcadamente infeliz. À luz da norma em causa, dir-se-ia que, para se considerar provada a *probabilidade* de a instalação ser apta a causar o resultado, se deveria atender à possibilidade de *prova científica* do percurso causal. Não descortinamos o sentido útil desta referência.

Se é possível a prova científica, exige-se, pura e simplesmente, do lesado essa prova e a regra da probabilidade do artigo 5.º não intervém sequer. Não se compreenderia, na realidade, que a prova da *probabilidade* atendesse à possibilidade de prova do percurso causal.

Se a prova científica não pode ter lugar – hipótese típica e a única em que é suficiente a probabilidade do nexo causal –, não se compreende também a menção à (não) possibilidade de prova no artigo 5.º.

Em suma, a possibilidade de prova científica não é factor a que se deva atender quando se trata de determinar a probabilidade de a instalação ser apta a causar o dano. Diferentemente, a impossibilidade da prova constitui antes a *ratio* da atenuação do grau de prova levada a cabo pelo legislador português. Assim, mais uma vez não vemos alternativa senão interpretar abrogantemente também deste segmento do artigo 5.º.

2.5. O «cumprimento, ou não, de deveres de protecção»

O último factor a tomar em consideração na apreciação da prova da causalidade é o «cumprimento, ou não, de deveres de protecção». O termo «deveres de protecção» não é, evidentemente, utilizado com rigor técnico, no sentido de deveres acessórios decorrentes da boa fé e que acompanham (e por vezes antecedem) a relação contratual. No presente contexto, trata-se, mais simplesmente, dos deveres susceptíveis de evitar danos para terceiros em consequência do operar da instalação e, concretamente, deveres de funcionamento impostos pelas autorizações administrativas e pelas entidades reguladoras, na medida em que o seu objectivo seja evitar os efeitos ambientais em causa.

A referência a este elemento é, aparentemente, razoável: no caso de incumprimento dos deveres, é mais provável que a instalação tenha causado o dano; no caso de cumprimento, é menos provável o nexo causal. No

entanto, é necessário conjugar esta verificação com as diferentes modalidades de responsabilidade a que o artigo 5.º se aplica.

No que toca à responsabilidade subjectiva, esta pressupõe, por definição, ilicitude e culpa. Significa isto que, nesta modalidade de responsabilidade, se requer, sempre, o incumprimento dos deveres de funcionamento da instalação. Daqui resulta que o incumprimento dos deveres estaria, aparentemente, a ser duplamente valorado: ao nível da ilicitude e ao nível do nexo de causalidade. Mais concretamente, dir-se-ia que da ilicitude decorreria, *ipso jure*, a maior probabilidade do nexo causal. Por outras palavras, se a violação de deveres de funcionamento existe necessariamente, não é possível fazer variar o grau de probabilidade da imputação objectiva consoante haja cumprimento ou preterição dos deveres em jogo. A referência legal não vale, pois, para a responsabilidade subjectiva.

Diferentemente sucede no caso da responsabilidade objectiva. Aqui prescinde-se da ilicitude e da culpa, mas não fica excluída a possibilidade de o lesante ter violado determinados deveres de funcionamento, ainda que tal não seja essencial à sua responsabilização. Assim sendo, na hipótese de incumprimento de tais deveres, poderíamos concluir que é mais provável verificar-se o nexo causal do que na hipótese inversa. No entanto, mais útil é, no juízo sobre o grau de probabilidade, atender-se à observância, ou não, das MTDS, por vezes exigidas nas próprias licenças administrativas, sendo pouco provável que a instalação tenha causado o dano no caso de terem sido empregues essas técnicas. Trata-se, de resto, de solução que favorece e incentiva a constante actualização tecnológica *pro ambiente*, para além de ter utilidade para o próprio âmbito da responsabilidade civil subjectiva²⁹.

2.6. Balanço e reordenação: o sentido útil do artigo 5.º

Aqui chegados, podemos assentar no conteúdo efectivamente útil do artigo

²⁹ Todavia, sempre se reconhece, com POSPICH, *Die Haftung* cit., 70, que essa finalidade nunca pode ser completamente alcançada, pois que, do ponto de vista económico, pode ser mais compensador para o operador da instalação não adoptar a melhor tecnologia disponível (que envolve elevados custos) e optar por pagar prémios de seguro mais elevados (os quais variam, no seguro de responsabilidade civil ambiental, em função do risco poluente criado pela instalação, que depende da tecnologia utilizada).

5.º da lei da responsabilidade ambiental, fazendo um balanço da actual situação do nexo de causalidade na responsabilidade ambiental:

- 1.º Do ponto de vista material, o dano é objectivamente imputável ao agente quando este criou/aumentou o risco de verificação do dano e esse risco se materializou no resultado lesivo.
- 2.º De acordo com as regras gerais vigentes, o lesado teria de fazer a prova, nos termos de uma prova *stricto sensu*, do nexo causal, *i.e.*, o juiz teria de ficar certo da criação/aumento do risco e da materialização do risco no resultado lesivo.
- 3.º A probabilidade sempre relevaria, mas apenas indirectamente, contribuindo para a formação da convicção do juiz sobre a realidade no nexo causal.
- 4.º À luz do artigo 5.º basta, porém, que o juiz fique convicto da *probabilidade* de se verificar o nexo causal, *rectius* de a instalação ser apta a causar o dano.
- 5.º Assim, reduz-se o grau de prova, que deixa de ser a certeza, para passar a ser a mera probabilidade. A referência legal à *verosimilhança*, que aparentemente constituiria alternativa à exigência de probabilidade, deve ser objecto de interpretação abrogante.
- 6.º O lesado só tem de provar que é provável a instalação ter criado ou aumentado o risco de verificação do dano (a avaliar em concreto, de acordo com as circunstâncias do caso), presumindo-se a materialização desse risco no resultado.
- 7.º Para isso, demonstra – em termos de probabilidade – que uma instalação daquele tipo é abstractamente idónea ou apta a produzir aquele tipo de dano (risco abstracto).
- 8.º E ainda que as circunstâncias do caso – o modo de funcionamento, a situação, a natureza e a concentração dos materiais libertados, as condições meteorológicas, o local e o tempo do dano – tornam a instalação concretamente apta a produzir o evento lesivo (risco concreto).
- 9.º No juízo sobre a probabilidade, atende-se não só às circunstâncias do caso, mas também a critérios estatísticos, bem como ao cumprimento dos deveres de funcionamento e, sobretudo, à utilização das MTDS. As referências legais ao «grau de risco e de perigo» e à «possibilidade de prova do percurso causal» têm de ser interpretadas ab-rogantemente.
- 10.º O réu pode demonstrar que não é provável ter criado o risco, mas

também pode provar que, apesar de ser provável, não foi aquele risco que se materializou no evento lesivo. Ou seja, tanto é admissível a contraprova da criação do risco como a prova negativa da materialização do risco.

Não obstante a atenuação do grau de prova não ser a única solução para os problemas da imputação objectiva na responsabilidade ambiental, como frisámos, e apesar da notável falta de rigor técnico que o artigo 5.º apresenta, esta regra permite manter a responsabilidade civil como instrumento efectivamente útil de tutela do ambiente, particularmente porque o esforço de «depuração» dogmática do preceito permite descobrir que nele se conjuga a redução do grau de prova (quanto à criação/aumento do risco) com uma presunção de causalidade (quanto à materialização do risco no resultado lesivo). Acresce que já se tem apontado que a responsabilidade assente na probabilidade é eficiente do ponto de vista económico, uma vez que o lesante é responsabilizado pelos danos que, de antemão, teria de reconhecer como consequências possíveis da sua actuação. Por esse motivo, os partidários de uma análise económica da responsabilidade civil defendem uma responsabilidade geral de acordo com critérios de probabilidade para os casos em que não há clareza acerca da causa³⁰. Não obstante, como escreveu RÖCKRATH³¹, «os modernos desafios colocados ao Direito da responsabilidade (...) não obrigam a abandonar o princípio da causalidade com ligeireza a favor de uma responsabilidade geral com base na probabilidade. O princípio da causalidade é ética e economicamente bem fundamentado e só admite excepções estreitas». O caso da responsabilidade ambiental é, porém, um deles.

III. Concurso de causas ou multicausalidade

O legislador português não aproveitou a oportunidade da emissão do Decreto-Lei n.º 147/2008 para regular um dos mais importantes problemas do nexo de causalidade na responsabilidade ambiental: o do concurso de

³⁰ RÖCKRATH, *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung. Rechtliche und ökonomische Analyse*, München, 2004, 242.

³¹ *Kausalität cit.*, 246.

causas. O artigo 4.º limita-se a resolver a questão da repartição da responsabilidade entre os sujeitos cuja responsabilidade seja previamente apurada. Ficou, porém, por determinar quais os sujeitos (solidariamente) responsáveis nos casos típicos de multicausalidade (causalidade cumulativa, potenciada ou sinérgica e alternativa). Permitimo-nos, por isso, remeter para o que escrevemos noutra lugar³², recordando, muito brevemente, que: (i) no caso da causalidade cumulativa, se se provar que todos os agentes provavelmente criaram ou aumentaram o risco do dano, todos são responsáveis, (ii) o mesmo sucedendo no caso de causalidade potenciada ou sinérgica; (iii) e ainda na hipótese de causalidade alternativa, pois nesta é provável, por definição, que cada um dos agentes tenha criado ou aumentado o risco do dano, pelo que a responsabilidade recairá sobre todos, salvo contraprova da probabilidade da criação/aumento do risco ou prova negativa da sua materialização no resultado lesivo.

Havendo pluralidade de responsáveis, o artigo 4.º/1 estabeleceu a regra da solidariedade, única capaz de tutelar eficazmente o ambiente. Regra distinta transferiria os problemas da prova do nexo causal para os termos concretos da repartição da responsabilidade entre os lesantes. As dificuldades colocadas pela regra da solidariedade não são decisivas. No que toca, em especial, aos «pequenos emitentes» (*Kleinemittenten*) – que poderiam ser chamados a responder pela totalidade do dano apesar de o seu contributo para o mesmo poder ser ínfimo –, importa lembrar, em especial, que: (i) sempre se tenderá a verificar o fenómeno do *deep-pocket*, que atenua a relevância do problema; (ii) frequentemente não chega a existir um risco juridicamente desaprovado, mantendo-se os pequenos emitentes dentro da margem do risco permitido; (iii) o instituto do abuso do direito (artigo 334.º do Código Civil) pode sempre ser chamado a travar uma responsabilidade desproporcionada do agente (princípio da boa fé, na vertente da primazia da materialidade subjacente).

A solução do artigo 4.º/1 é, pois, a única compatível com as exigências de tutela do ambiente. Também o problema interno do direito de regresso é correctamente resolvido pela lei no artigo 4.º/2 e 3, determinando o n.º 2 que «quando não seja possível individualizar o grau de participação de cada um dos responsáveis, presume-se a sua responsabilidade em partes iguais» e o n.º

³² *Causalidade cit.*, 99 ss.

3 que «quando a responsabilidade recaia sobre várias pessoas responsáveis a título subjectivo ao abrigo do presente decreto-lei, o direito de regresso entre si é exercido na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas dos responsáveis».

Ana Perestrelo de Oliveira

Assistente-estagiária e doutoranda da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

[Voltar ao Índice](#)

AS MEDIDAS DE REPARAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS NO ÂMBITO DO REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE POR DANOS AMBIENTAIS – UM ESTUDO DA COMPONENTE PROCEDIMENTAL*

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O novo regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho¹⁻². O diploma teve como objectivo primordial a transposição da Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais³ (cfr. artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho⁴⁻⁵).

1* O presente texto corresponde à intervenção realizada no Colóquio «A responsabilidade civil por dano ambiental», na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no dia 20 de Novembro de 2009, sob o tema «Medidas de reparação e restauração natural».

O Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, foi já alterado pelo Decreto-Lei n.º 245/2009, de 22 de Setembro, que alterou a definição de «danos causados à água» e, no sentido de evitar conflitos de competência na sua aplicação, determinou como entidade competente para actuar no âmbito de danos às águas unicamente a Agência Portuguesa do Ambiente (APA).

² Sobre o regime de responsabilidade civil em matéria ambiental antes do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, cfr. V. PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 264 ss.; D. FREITAS DO AMARAL, “Lei de Bases do Ambiente e Lei das Associações de Defesa do Ambiente”, in *Direito do Ambiente*, Lisboa, INA, 1994, pp. 371-372.

³ Com a alteração que lhe foi introduzida pela Directiva n.º 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à gestão de resíduos da indústria extractiva. A Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, foi recentemente alterada pela Directiva n.º 2009/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Abril de 2009, relativa ao armazenamento geológico de dióxido de carbono, que tem de ser transposta até 25 de Junho de 2011. A alteração incide sobre o anexo III da Directiva, no sentido de aditar a operação de locais de armazenamento geológico de dióxido de carbono entre as actividades abrangidas pelo âmbito da responsabilidade ambiental.

⁴ As referências a preceitos legais sem a indicação do diploma legal a que dizem respeito ou a Decreto-Lei devem entender-se como sendo relativos ao Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho.

⁵ Sobre as raízes desta Directiva, cfr. C. AMADO GOMES, “De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica”, disponível em URL: <http://icjp.pt/estudos> (consultado pela última vez em 31 de Março de 2010), pp. 1 ss.

O regime jurídico também deve ser enquadrado pela Lei de Bases do Ambiente, aprovada pela Lei n.º 11/87 de 7 de Abril⁶, mais especificamente pelos seus artigos 41.º e 48.º – o primeiro preceito trata da responsabilidade objectiva, o segundo da *«obrigatoriedade de remoção das causas da infracção e da reconstituição da situação anterior»*. No entanto, a referência à Lei de Bases do Ambiente encontra-se apenas no formulário de aprovação do diploma.

Existe, portanto, uma diferença de tratamento entre o Direito da União Europeia, com a referência ao objectivo de transposição no artigo 1.º, e o Direito exclusivamente nacional, apenas referido no formulário. A diferença poderá ser explicada pela tradição legística portuguesa – de fazer referência à lei de bases que se desenvolve na fórmula de aprovação e ao propósito de transposição de Directivas no corpo do diploma legislativo. No entanto, este facto parece calar mais fundo do que isso.

Efectivamente, o Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, não demonstra ocupar-se do desenvolvimento da Lei de Bases do Ambiente. Por exemplo, não utiliza nem densifica os termos utilizados pelo artigo 41.º da Lei de Bases do Ambiente, nem estabelece o *«quantitativo de indemnização a fixar por danos causados no ambiente»*, que, de acordo com o n.º 2 do mesmo preceito, deveria ser regulado por legislação posterior. Por outro lado, não se faz referência ao artigo 43.º da Lei de Bases do Ambiente, que estabelece a obrigatoriedade de *«aqueles que exerçam actividades que envolvam alto grau de risco para o ambiente e como tal venham a ser classificados»* segurarem a sua responsabilidade civil, apesar de o Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, estabelecer a obrigatoriedade de constituição de garantias financeiras para os operadores abrangidos pelo âmbito de aplicação do capítulo III.

O legislador nacional, desta forma, utiliza a Lei de Bases do Ambiente como norma habilitante, mas não a desenvolve em sentido próprio, preferindo partir da Directiva para estabelecer um regime de responsabilidade *ex novo*. No entanto, o legislador parece ater-se dentro dos limites fornecidos pela Lei de

⁶ A Lei de Bases do Ambiente foi alterada pela Lei n.º 13/2002, de 19 de Fevereiro.

Bases – caso tal não acontecesse, o Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, seria ilegal por violação da Lei de Bases do Ambiente.

1. No entanto, resulta claro o propósito do legislador de criar um regime nacional de responsabilidade ambiental que, englobando a transposição do Direito da União Europeia aplicável, concentrada, grosso modo, no terceiro capítulo do Decreto-Lei, que abrange o regime de prevenção e reparação de o que é designado de dano ambiental⁷, o complementa com regras gerais relativas à responsabilidade civil por lesão de componente ambiental (cfr. artigos 8.º e 9.º).

2. A presente exposição aborda a matéria da adopção de medidas de reparação de danos ambientais, que se encontra no âmbito da designada «responsabilidade administrativa pela prevenção e reparação de danos ambientais» (a que corresponde o capítulo III do Decreto-Lei), numa perspectiva da regulação procedimental da actuação da administração na determinação dessas medidas.

Assim, estudaremos aqui a matéria relativa ao procedimento administrativo relativo à não nos debruçando sobre a análise dos critérios a serem seguidos para a determinação, em concreto, das medidas de reparação a adoptar, nos termos do anexo V, que será abordado por uma outra exposição⁸.

⁷ Cfr. artigo 11.º, n.º 1, alínea e). Adoptaremos esta designação, uma vez que é utilizada pelo Decreto-Lei. A doutrina distingue tradicionalmente entre dano ambiental e dano ecológico. Sobre a distinção cfr., v.g., P. SILVA LOPES, “Dano ambiental: responsabilidade civil e reparação sem responsável”, in *RJUA*, n.º 8, 1997, pp. 31 ss. e 50 ss.; J. S. CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade civil por danos ecológicos. Da reparação do dano através de restauração natural*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 65 ss. e 130 ss.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Responsabilidade Civil por Danos Ecológicos: Da Reparação do Dano através da Restauração Natural*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 400 ss.; C. AMADO GOMES, “A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho”, in *O que há de novo no Direito do Ambiente?*, Actas das Jornadas de Direito do Ambiente, Carla Amado Gomes e Tiago Antunes (org.), Lisboa, AAFDL, 2009, pp. 240 ss. Sobre a alteração introduzida pelo novo regime de responsabilidade, cfr. V. PEREIRA DA SILVA, “Ventos de mudança no Direito do Ambiente”, in *O que há de novo no Direito do Ambiente?*, Actas das Jornadas de Direito do Ambiente, Carla Amado Gomes e Tiago Antunes (org.), Lisboa, AAFDL, 2009, p. 21; C. AMADO GOMES, “A responsabilidade civil por dano ecológico”, pp. 240 ss.; IDEM, “De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica”, pp. 3 ss.

II. AS MEDIDAS DE REPARAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS NO REGIME DE RESPONSABILIDADE POR DANOS AMBIENTAIS

a) Considerações gerais

3. O novo regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, como já foi referido, trata de dois âmbitos distintos de responsabilidade, a responsabilidade civil e a «responsabilidade administrativa pela prevenção e reparação de danos ambientais»⁹. É no âmbito desta última se enquadra o objecto do nosso estudo: as medidas de reparação de danos ambientais

4. Não nos parece que a expressão «responsabilidade administrativa pela prevenção e reparação de danos ambientais», constante da epígrafe do capítulo III do Decreto-Lei seja a mais correcta¹⁰.

Desde logo, refira-se, por não corresponder à verdade. O termo «responsabilidade administrativa» não pode ser interpretado literalmente sob pena de não corresponder exactamente à matéria em causa. De facto, pode ser interpretado como tratando da responsabilidade de actuação por parte da administração, adoptando medidas de reparação ou de prevenção. Numa outra perspectiva, poderia ser interpretado como abrangendo a matéria da responsabilidade civil da administração ou, em sentido lato, a responsabilidade civil no âmbito da actividade administrativa. Nenhuma destas interpretações seria correcta.

Na verdade, como veremos, o que o capítulo III do Decreto-Lei trata é da responsabilidade do operador pela restauração ou reparação natural dos danos ambientais produzidos ou pela prevenção desses danos, sendo que, apenas em última análise se poderá falar de responsabilidade do Estado. Neste sentido talvez fosse mais indicado ter-se falado aqui em

⁸ Cfr. H. OLIVEIRA, “A restauração natural no novo Regime Jurídico de Responsabilidade Civil por Danos Ambientais”, *infra* nesta publicação.

⁹ Para uma visão geral do regime, cfr. A. BARRETO ARCHER, *Direito do Ambiente e responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, pp. 39 ss.

¹⁰ No mesmo sentido, cfr. C. AMADO GOMES, “A responsabilidade civil por dano ecológico”, pp. 268 ss.; IDEM, “De que falamos quando falamos de dano ambiental? Direito, mentiras e crítica”, p. 2.

responsabilidade ambiental restaurativa ou reparadora, por um lado, ou responsabilidade ambiental preventiva, por outro.

Refira-se, aliás, que se se tratasse de facto de verdadeira responsabilidade da administração, então o Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, estaria inquinado de inconstitucionalidade orgânica, por violação da reserva relativa da Assembleia da República. De facto, a responsabilidade civil da administração é uma das matérias incluídas pelo artigo 165.º, n.º 1, alínea s), da Constituição na reserva relativa de competência legislativa.

Uma explicação possível para a adopção desta expressão será o facto de se pretender distinguir esta responsabilidade da responsabilidade civil, prevista no capítulo II.

5. No âmbito da presente exposição começaremos por explorar o conceito de medida de reparação, fazendo a distinção entre esta figura e outras figuras que lhe estão próximas.

b) Conceito de medida de reparação

6. As medidas de reparação são definidas no artigo 11.º, n.º 1, alínea n), como *«qualquer acção, ou conjunto de acções, incluindo medidas de carácter provisório, com o objectivo de reparar, reabilitar ou substituir os recursos naturais e os serviços danificados ou fornecer uma alternativa equivalente a esses recursos ou serviços, tal como previsto no anexo V»*.

As medidas de reparação são, assim, definidas tendo como referência o facto que as origina e o objectivo com que são tomadas e não o seu tipo ou o seu conteúdo específico. Nesse sentido, qualquer acção (ou conjunto de acções) pode ser considerada uma medida de reparação desde que seja tomada após a ocorrência de um dano ambiental, tal como definido no decreto-lei, e que tenha um dos objectivos descritos. Assim, existem quatro tipos de medidas de reparação, tendo em conta os recursos naturais e os serviços danificados: *i)* as medidas que têm como objectivo a sua reparação – neste caso pretende-se recuperar os recursos naturais e os serviços danificados; *ii)* as medidas que têm como objectivo a sua reabilitação – neste caso pretende-se criar as condições para a reabilitação ambiental dos

recursos naturais e os serviços danificados; *iii*) as medidas que têm como objectivo a sua substituição – neste caso os recursos naturais e os serviços danificados são substituídos por outros iguais; *iv*) as medidas que têm como objectivo fornecer uma alternativa equivalente a esses recursos ou serviços – neste caso os recursos naturais e os serviços danificados são substituídos por outros equivalentes. Constatamos, assim, que as medidas de reparação em sentido lato abrangem mais do que as medidas de reparação em sentido estrito (as referidas no ponto *i*)), abrangendo também outras realidades que têm como objectivo reagir à ocorrência do dano. Nesse sentido, uma designação alternativa destas medidas seria *medidas reactivas* (ou de *reação*), *medidas correctivas* (ou de *correção*) ou *medidas de sanção* do dano¹¹.

7. Podemos também distinguir, a partir da definição legal, entre medidas de reparação de carácter definitivo e medidas de correção de carácter provisório. Esta terminologia não corresponde à utilizada pela Directiva¹², onde se recorre à expressão «*medidas atenuantes ou intercalares*» (cfr. artigo 2.º, n.º 11, da Directiva). A diferença está relacionada com o facto de não se fazer referência às medidas atenuantes – partindo do princípio que as medidas de carácter provisório correspondem às medidas intercalares, o que poderá ser contestado.

Existe, assim, uma diferença entre a definição constante da Directiva e a definição constante do acto nacional de transposição – na medida em que uma medida atenuante poderá não ter um carácter provisório, pelo que a definição se encontra incompleta. Assim, deverá ser feita uma interpretação

¹¹ De facto, a versão inglesa da Directiva opta pela expressão «*remedial measures*» e a versão alemã por «*Sanierungsmaßnahmen*», enquanto que, de uma forma mais próxima da versão portuguesa, a versão francesa utiliza «*mesures de réparation*» e a versão espanhola «*medida reparadora*».

¹² As referências ao longo do texto a Directiva devem entender-se como feitas à Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa à responsabilidade ambiental em termos de prevenção e reparação de danos ambientais.

deste preceito conforme¹³ com o artigo 2.º, n.º 11, da Directiva de forma a abranger também estas situações.

Nesse sentido então, podemos distinguir medidas de reparação (ou reactivas) permanentes ou provisórias – dependendo do seu efeito temporal ser ou não limitado –, mas também medidas atenuantes – no sentido de limitarem os efeitos do dano – e medidas intercalares – no sentido de corresponderem a uma etapa na reparação do recurso natural ou do serviço danificados.

8. Repare-se, a este nível, que estamos a utilizar conceitos introduzidos pela Directiva no contexto do Direito da União Europeia – que devem ser interpretados como tal e que podem ter significados distintos daqueles que têm no Direito nacional. Nesse sentido, o acto de transposição parece ter falhado, pelo menos em parte, em fazer esta “conversão” de conceitos para o Direito nacional.

c) *Distinção de figuras próximas*

9. As medidas de reparação são, pois, fundamentalmente diferentes das *medidas de prevenção* previstas no artigo 14.º. Estas são definidas pelo artigo 11.º, n.º 1, alínea m), como «*quaisquer medidas adoptadas em resposta a um acontecimento, acto ou omissão que tenha causado uma ameaça iminente de danos ambientais, destinadas a prevenir ou minimizar ao máximo esses danos*».

¹³ Sobre a questão da interpretação conforme com o Direito da União Europeia, cfr. v. g., FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 488 ss.; M. LUÍSA DUARTE, “O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição : notas de uma reflexão crítica”, in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, [s. d.], pp. 672 ss.; M. J. PALMA, *Breves notas sobre a invocação das normas das Directivas comunitárias perante os tribunais nacionais*, Lisboa, AAFDL, 2000, pp. 17 ss.

Ao nível da jurisprudência dos tribunais da União, cfr. por exemplo, Proc. n.º 148/78, *Ratti*, [1979] Col. 1629; Proc. n.º 14/83, *von Colson*, [1984] Col. 1891; Proc. n.º 157/86, *Murphy*, [1988] Col. 673; Proc. n.º C-109/89, *Marleasing*, [1990] Col. I-4135; Proc. n.º C-91/92, *Faccini Dori*, [1994] Col. I-3325; Proc. n.º C-262/97, *Engelbrecht*, [2000] Col. I-7321; Proc. n.º C-240/98, *Oceano Grupo*, [2000] Col. I-4941; Proc. n.º C-462/99, *Connect Áustria*, [2003] Col. I-5197, considerando 38; Proc. n.º C-160/01, *Mau*, [2003] Col. I-4791, considerandos 35-36; Proc. n.º C-397/01, *Pfeiffer*, [2004] Col. I-8835, considerando 113.

A diferença primordial entre as medidas de reparação e as medidas de prevenção é, assim, por um lado, o facto que as origina e, por outro lado, o seu objectivo. As medidas de prevenção ocorrem após um facto que origina uma ameaça iminente de um dano ambiental (sendo esse facto um acontecimento, um acto ou uma omissão), enquanto que as medidas de reparação respondem à ocorrência de um dano ambiental propriamente dito. O elemento fulcral, no caso das medidas preventivas é, assim, a ameaça iminente de danos ambientais, que é descrita como a «*probabilidade suficiente da ocorrência de um dano ambiental, num futuro próximo*» (cfr. artigo 11.º, n.º 1, alínea b)).

10. A distinção pode tornar-se mais complexa quando o facto que dá origem à ameaça iminente de danos ambientais é um dano ambiental propriamente dito. É uma das situações que estará em causa no âmbito do artigo 14.º, n.º 2, que estabelece a necessidade de adopção pelo operador de «*medidas que previnam a ocorrência de novos danos*» quando ocorra um dano ambiental causado pelo exercício de qualquer actividade ocupacional. Sempre que ocorra um dano ambiental, o operador deve tomar medidas que previnam a ocorrência de novos danos – com as mesmas causas, ou não, causados pelo dano original, ou não. Trata-se de um sub-tipo distinto de medidas preventivas, como se pode retirar da redacção do artigo 14.º, n.º 3 que se refere a «*medidas de prevenção de danos ou de prevenção de novos danos*» e é uma inovação do legislador nacional face ao legislador comunitário.

Repare-se que se trata de um caso de responsabilidade objectiva de todos os operadores, ou seja, mesmo que as actividades que prosseguem não estejam inscritas no anexo III, de adopção destas medidas preventivas. A conclusão de que se trata de uma responsabilidade objectiva advém de uma leitura sistemática comparativa deste preceito face aos artigos 14.º, n.º 1 e 15.º, n.º 1, onde sempre se faz referência ao «*operador responsável nos termos dos artigos 12.º e 13.º*», enquanto que no artigo 14.º, n.º 2, não se faz tal referência. De facto, da sua redacção resulta que a obrigação de adopção de medidas preventivas, neste caso, resulta automaticamente da ocorrência de um dano ambiental. Para esta ideia também contribui o facto de esta

obrigação existir *«independentemente de estar ou não obrigado a adoptar medidas de reparação»*. Reforça-se, assim, a autonomia da figura das medidas preventivas face às medidas de reparação.

Neste caso, as medidas preventivas aproximam-se das medidas de reparação por também serem aplicadas após a existência de dano ambiental. No entanto, continuam distintas, tendo como elemento diferenciador o seu objectivo: a prevenção de novos danos ambientais após a ocorrência de um dano ambiental originário e não a reparação desse dano. Dispensa-se, de forma igualmente original face à Directiva, a verificação de uma situação de ameaça iminente de dano – o legislador parece presumir que sempre que ocorre um dano existe uma ameaça de novos danos (apesar de tal ameaça poder não ser iminente) que justifica a adopção de medidas preventivas.

11. Quanto aos objectivos prosseguidos, as medidas preventivas visam *«prevenir e minimizar ao máximo esses danos»* ou seja, prevenir a ocorrência dos danos ambientais e minimizar a ameaça da sua ocorrência, bem como as consequências da sua eventual verificação. O objectivo é, portanto, garantir a não ocorrência de dano ambiental e, por outro lado, limitar as suas consequências, caso ocorram. Por seu lado, as medidas de reparação têm como objectivo a correcção e a sanção dos danos causados aos recursos e aos serviços. É, portanto, esta a distinção fundamental.

12. O regime aplicável às medidas preventivas¹⁴, previstas no artigo 14.º, n.º 1 e n.º 2, também é distinto do previsto para as medidas de reparação, senão vejamos:

- a) No caso das medidas preventivas previstas no artigo 14.º, n.º 1, perante a verificação de ameaça iminente de dano, o operador *«adapta, imediata e independentemente de notificação, requerimento ou acto administrativo prévio, as medidas de prevenção necessárias e adequadas»*. Assim, a necessidade de adopção das medidas resulta imediatamente para o operador independentemente da actuação da administração. Não existe um procedimento de determinação das

¹⁴ Cfr. C. AMADO GOMES, "A responsabilidade civil por dano ecológico", pp. 254 ss.

medidas a adoptar equivalente ao das medidas de reparação. É claro que isto não impede que a administração determine a adopção de tais medidas, como veremos *infra*;

- b) No caso das medidas preventivas previstas no artigo 14.º, n.º 2, perante a verificação do dano, o operador «*adopta as medidas que previnam a ocorrência de novos danos*». Neste caso nada se diz sobre a dependência de determinação administrativa para a actuação do operador. No entanto, deve-se concluir que se trata também aqui de um dever imediato do operador independente da necessidade da intervenção por parte da administração. É de afastar uma leitura *a contrario* deste preceito face ao número anterior do artigo 14.º, na medida em que esta não reflecte o espírito da norma – o estabelecimento do dever de actuação do operador resulta da mera verificação do facto. Como referimos na alínea anterior, também aqui a administração pode continuar a poder intervir, como veremos *infra*;
- c) Em ambos os casos, o operador fica sujeito a um dever específico de informação à Agência Portuguesa para o Ambiente (APA)¹⁵. Este dever abrange a necessidade de informar a APA sobre (cfr. artigo 14.º, n.º 4):
- i) Todos os aspectos relacionados com as situações de ameaça iminente;
 - ii) As medidas de prevenção adoptadas;
 - iii) Os resultados da tomada de medidas na prevenção do dano.

Existe também um dever implícito de actualização da informação, ou seja, o operador deve transmitir à APA todas as alterações às informações transmitidas.

O dever de informação não tem um prazo específico – a letra do preceito refere-se à necessidade de transmissão «*imediate*» da informação. Por outro lado, o dever de informação e de actualização dessa informação mantém-se enquanto se mantiver a situação de ameaça iminente de dano ambiental;

¹⁵ A Agência Portuguesa para o Ambiente (APA) é a autoridade competente para a aplicação do Decreto-Lei (cfr. artigo 29.º).

d) Face ao dever de informação do operador, existe uma correlativa competência da APA de «exigir que o operador forneça informações sobre a ameaça iminente de danos ambientais, ou suspeita dessa ameaça» (cfr. artigo 14.º, n.º 5, alínea a)). A competência da administração abrange, assim, não apenas os casos em que existe uma ameaça, mas também os casos em que existe apenas a suspeita da ameaça. O dever de colaboração com a administração começa, assim, com a suspeita da existência de uma ameaça – que deve ser fundamentada e justificada.

O poder de pedir informações deverá abranger igualmente, parecidos, a eventual adopção de medidas preventivas e os resultados dessas medidas – na medida em que o dever de informação do operador também abrange essas matérias – prolongando-se ao longo do período de tempo em que existir o dever do operador de prestar informações.

e) Para além disso, existe também a possibilidade de existir um pedido de intervenção por parte de um interessado, denunciando a situação de ameaça iminente de dano ambiental à APA, nos termos do artigo 18.º. Nesse caso, existem especificidades quanto ao procedimento de determinação das medidas preventivas a adoptar. Estudaremos o regime, no que diz respeito às medidas de reparação, *infra* – o regime das medidas de prevenção será o mesmo, *mutatis mutandis*.

f) No caso de se verificar a necessidade de adopção de medidas preventivas, nos termos do artigo 14.º, n.ºs 1 ou 2, a APA também tem competências nesse âmbito (cfr. artigo 14.º, n.º 5). A APA pode, assim:

i) Determinar a adopção de medidas preventivas pelo operador;

ii) Estabelecer o conteúdo dessas medidas, o seu número, o momento em que devem ser tomadas e a sua duração;

iii) Dar ao operador as instruções que considere necessárias sobre as medidas;

iv) Determinar o fim das medidas preventivas, bem como revogar as decisões que sejam por si tomadas nos termos das alíneas anteriores;

v) Por fim, ela própria pode «executar, subsidiariamente e a expensas do operador responsável, as medidas de prevenção necessárias». Cabe, assim, à administração, em última análise, tomar a execução das medidas preventivas nas suas mãos, se assim o exigir o interesse público. De acordo com o exemplo dado pelo legislador, isso poderá acontecer «quando, não obstante as medidas que o operador tenha adoptado, a ameaça iminente de dano ambiental não tenha desaparecido ou, ainda, quando a gravidade e as consequências dos eventuais danos assim o justifiquem».

A intervenção da administração através da execução directa de medidas de prevenção pode ocorrer à partida, quando se considere que o operador não tem capacidade para obviar à ameaça ou quando os danos previsíveis são de tal forma, que a administração considera não poder correr o risco de deixar as medidas de prevenção nas mãos do operador. A administração também pode intervir quando as medidas que estão a ser tomadas pelo operador não estão a ser suficientes para eliminar a ameaça.

- g) Havendo lugar à necessidade de adopção de medidas preventivas, por via do artigo 14.º, n.º 1 ou n.º 2, o operador ou a APA, na determinação das medidas a adoptar, devem seguir os critérios constantes das alíneas a) a f) do n.º 1.3.1 do anexo V (cfr. artigo 14.º, n.º 3).
- h) As medidas preventivas devem manter-se até que desapareça a ameaça iminente de danos ambientais, no caso do artigo 14.º, n.º 1, ou enquanto existir a possibilidade de ocorrerem novos danos ambientais após o dano inicial, no caso do artigo 14.º, n.º 2. Assim que se verificar este facto, o operador pode terminar a aplicação das medidas preventivas. Trata-se da decorrência da existência do dever originário

de actuação: na medida em que de deixarem de verificar os pressupostos para a existência de dever de adopção de medidas preventivas, também deixa de existir esse dever. Mais uma vez, tal facto não impede que seja a administração a notificar o operador de que pode deixar de aplicar as medidas preventivas.

13. As medidas de reparação também podem ser distinguidas das *medidas de contenção de danos ambientais*. Tratam-se das medidas previstas no artigo 15.º, n.º 1, alínea b), e no n.º 3, alínea c). Ambos os preceitos se referem à necessidade de serem tomadas «*medidas viáveis para imediatamente controlar, conter, eliminar ou gerir os elementos contaminantes pertinentes e quaisquer outros factores danosos, de forma a limitar ou prevenir novos danos ambientais, efeitos adversos para a saúde humana ou novos danos aos serviços*».

Prevê-se, assim, a existência de um tipo específico de medidas que devem ser tomadas perante a existência de um dano ambiental. Essas medidas incidem sobre os factores que estão a causar o dano (por exemplo, os elementos contaminantes), pretendendo controlar, conter, eliminar ou gerir esses elementos com o objectivo de «*limitar ou prevenir novos danos ambientais, efeitos adversos para a saúde humana ou novos danos aos serviços*» (ou «*uma deterioração adicional dos serviços*»), como se estabelece no artigo 6.º, n.º 1, alínea a), da Directiva, parcela não transposta para o Direito nacional¹⁶). É por terem este propósito de limitar os efeitos do dano ambiental ocorrido que optámos por designar esta figura de medidas de contenção.

Repare-se que existe aqui uma clara sobreposição com as medidas preventivas estabelecidas pelo legislador nacional no artigo 14.º, n.º 2, na medida em que ambos os preceitos prevêm a adopção de medidas após um dano ambiental com o objectivo de prevenir novos danos ambientais. Apesar dessa sobreposição podem estabelecer-se distinções entre as duas figuras em relação, por exemplo, ao âmbito de aplicação (o artigo 14.º, n.º 2,

¹⁶ Apesar de essa parcela do preceito da Directiva não ter sido alvo de transposição, devemos entender que as medidas de contenção também deverão ter este objectivo – por força do carácter não taxativo do preceito nacional que permite uma interpretação conforme à Directiva. Cfr. nota 13.

aplica-se a todas as actividades, estabelecendo uma responsabilidade objectiva, enquanto que as medidas de contenção implicam a responsabilização do operador nos termos dos artigos 12.º e 13.º); em relação aos próprios objectivos (o artigo 14.º, n.º 2, aplica-se apenas à prevenção de novos danos ambientais, enquanto que as medidas de prevenção pretendem limitar os efeitos nocivos dos próprios danos ambientais em causa); em relação ao critério a ser adoptado e às actividades em causa (no caso do artigo 14.º, n.º 2, aplicam-se os critérios constantes das alíneas a) a f) do n.º 1.3.1 do anexo V) e, claro, ao regime aplicável. Apesar do esforço de distinção, existe um campo de sobreposição entre as duas figuras criado pelo legislador português quando, inovatoriamente, estabeleceu o regime das medidas preventivas do artigo 14.º, n.º 2.

14. Nem o Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, nem a Directiva autonomizam a figura das medidas de contenção, parecendo reconduzi-la às medidas de reparação, na medida em que a sua previsão se localiza sistematicamente no preceito que se refere às medidas de reparação¹⁷ e também por não conterem definições autónomas de um terceiro tipo de medidas. No entanto, não podemos ignorar estar perante uma realidade distinta das medidas de reparação tal como estas foram definidas.

Por um lado, a própria sistemática dos diplomas parece indiciar esse carácter autónomo. Assim, apesar da sua inserção no preceito relativo às medidas de reparação, existe uma clara distinção entre alíneas que se referem às medidas de contenção (artigo 15.º, n.º 1, alínea b), e no n.º 3, alínea c)) e as alíneas que se referem às medidas de reparação (artigo 15.º, n.º 1, alínea c), e no n.º 3, alínea d) a f))¹⁸ – desta distinção resultam regimes autónomos. De facto, enquanto que o dever de adoptar as medidas de contenção viáveis recai sobre o operador *«imediatamente e sem necessidade*

¹⁷ No caso da Directiva, o preceito em causa é o artigo 6.º, que tem como epígrafe «acções de reparação». Com base neste facto, poderia defender-se que a Directiva distingue, dentro de uma categoria geral (as acções de reparação) entre as medidas de reparação e as medidas de contenção.

¹⁸ Esta distinção decorre logo do texto da Directiva, senão note-se na diferença entre o artigo 6.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, alínea b), e o artigo 6.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, alínea c) a e), da Directiva.

de notificação ou acto administrativo prévio»¹⁹, o dever de adopção de medidas de reparação encontra-se sujeito a uma intervenção necessária da administração e a uma procedimentalização (cfr. artigo 15.º, n.º 1, alíneas b) e c)). Para além disso, prevê-se a possibilidade de a APA também intervir neste caso, exigindo ao operador que actue, dando instruções sobre as medidas a adoptar e actuando ela própria. Ora, no caso das medidas de contenção, não decorre do artigo 15.º, n.º 3, alínea c), que essa actuação directa da administração tenha um carácter subsidiário face à actuação do operador.

Por outro lado, os objectivos das medidas de contenção são diferentes dos objectivos das medidas de reparação. De facto, as medidas de contenção estão relacionadas com a gestão dos factores danosos de forma a limitar os seus efeitos, enquanto que as medidas de reparação têm o «objectivo de reparar, reabilitar ou substituir os recursos naturais e os serviços danificados ou fornecer uma alternativa equivalente a esses recursos ou serviços» (cfr. artigo 11.º, n.º 1, alínea n)). Num caso falamos na limitação dos efeitos danosos, no outro na sua superação.

15. O facto de considerarmos as medidas de contenção como uma realidade distinta das medidas de reparação pode colocar-nos a dúvida sobre se partes do regime especificamente dirigidas a estas últimas também serão aplicáveis às primeiras. Na verdade, como vimos, apesar de as medidas de contenção serem autónomas das medidas de reparação, o legislador inseriu-as sistematicamente no preceito relativo às medidas de reparação. Nessa medida, quando ao longo do Decreto-Lei n.º 147/2008, encontramos a expressão «medidas de contenção» devemos presumir que o legislador se refere às medidas previstas no artigo 15.º, ou seja, a medidas de contenção e medidas de reparação, salvo se comprove que a aplicação da regra em causa não faz sentido, tendo em conta a sua natureza específica e os seus objectivos distintos.

III. O REGIME LEGAL DAS MEDIDAS DE REPARAÇÃO

d) Considerações gerais

¹⁹ Independentemente da possibilidade de intervenção da administração nos termos do artigo 15.º, no n.º 3, alínea c).

16. A aplicação do regime de responsabilidade previsto no capítulo III e, em concreto, de medidas de reparação, pressupõe a ocorrência de «danos ambientais». A definição de «danos ambientais» a que devemos recorrer para esse efeito é-nos fornecida pelo próprio Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, no seu artigo 11.º, n.º 1, al. e), abrangendo os danos causados às espécies e *habitats* naturais protegidos, à água e ao solo²⁰. No entanto, o capítulo III não se aplica aos danos, nem às ameaças iminentes desses danos referidos no artigo 2.º, n.º 2, na decorrência do previsto no artigo 4.º da Directiva.

17. No caso de actividades ocupacionais enumeradas no anexo III do decreto-lei, a ocorrência de danos ambientais ou a ameaça iminente desses danos despoleta a necessidade de adopção das medidas de reparação (cfr. artigo 12.º, n.º 1). Trata-se de um dever do operador responsável por essa actividade, independentemente de dolo ou culpa. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) já se pronunciou, aliás, sobre o regime de responsabilidade objectiva assim previsto. Nesse âmbito, referiu que *«Há que interpretar, portanto, os artigos 3.º, n.º 1, 4.º, n.º 5, e 11.º, n.º 2, da Directiva 2004/35 no sentido de que, quando nela se prevê a aplicação de medidas de reparação aos concessionários cujas actividades estão previstas no seu anexo III, a autoridade competente não está obrigada a demonstrar a existência de dolo, de negligência ou de uma intenção de provocar um dano por parte dos concessionários cujas actividades sejam consideradas causadoras dos danos ambientais. Em contrapartida, essa autoridade está obrigada, por um lado, a investigar previamente a origem da poluição constatada, dispondo para o efeito de uma margem de discricionariedade quanto aos procedimentos, aos meios a utilizar e à duração da investigação. Por outro lado, essa autoridade está obrigada a demonstrar, de acordo com as normas nacionais sobre prova, um nexo de causalidade entre as*

²⁰ Sobre a questão de não se encontrarem expressamente abrangidos os danos ao ar e ao subsolo, cfr. C. AMADO GOMES, "A responsabilidade civil por dano ecológico", pp. 250 ss.

actividades dos concessionários objecto das medidas de reparação e a poluição»²¹.

Por outro lado, quando os danos ambientais resultam de actividades não previstas no anexo III o dever de adopção de medidas de reparação depende do dolo ou negligência do operador (cfr. artigo 13.º, n.º 1).

18. A verificação dos pressupostos para a efectivação da responsabilidade ambiental prevista no capítulo III implica o surgimento de uma série de deveres para os operadores e de competências para a administração.

No caso de ocorrência de danos ambientais, o artigo 15.º, n.º 1, estabelece que o operador responsável nos termos do artigo 12.º e 13.º fica sujeito aos seguintes deveres:

- a) Dever de informação à administração;
- b) Dever de adopção de medidas de contenção;
- c) Dever de adopção de medidas de reparação.

19. Quanto ao dever de informação à administração, este implica que o operador deve, no prazo máximo de vinte e quatro horas, informar a APA de todos os factos relevantes dessa ocorrência (cfr. artigo 15.º, n.º 1, alínea a)).

O prazo máximo estabelecido deverá ser contado a partir da ocorrência do dano ou do conhecimento pelo operador dessa ocorrência – na medida em que não se pode exigir ao operador que informe a administração de algo de que não tem conhecimento.

Não é possível determinar à partida quais os elementos que deverão constar, em concreto, dessa informação, na medida em que dependerão do caso concreto. No entanto, necessariamente deverá incluir-se informação sobre os factores danosos em causa, nomeadamente a natureza dos elementos contaminantes, a localização desses factores e dos consequentes danos, as medidas entretanto tomadas (de prevenção ou de contenção) e os danos ambientais já verificados. Num primeiro momento, tratando-se de uma

²¹ Cfr. Proc. C-378/2008, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o.*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 65.

situação de urgência, é de admitir uma comunicação sumária, complementada posteriormente com os dados que faltarem.

O dever de informação também abrange o dever de actualização da informação, ou seja, de manter a administração informada de todas as alterações às informações inicialmente fornecidas ou à situação inicial que motivou a informação.

20. O operador fica também obrigado à adopção de medidas de contenção, nos termos do artigo 15.º, n.º 1, alínea b), que, como já foi referido, são distintas das medidas de reparação. Já fizemos referência ao regime aplicável *supra*

21. Por fim, o operador responsável pelo dano ambiental também fica sujeito à obrigação de adoptar medidas de recuperação, nos termos do artigo 16.º, ou seja, de acordo com o procedimento aí previsto (cfr. artigo 15.º, n.º 1, alínea c)). Este procedimento será analisado *infra*.

O dever de adopção de medidas de reparação não é prejudicado pelo incumprimento do dever de adopção de medidas preventivas (ou de contenção), nos termos do artigo 15.º, n.º 2. Ou seja, o operador não pode usar como defesa contra a exigência de adopção de medidas de reparação o facto de ter incumprido os seus deveres até aí por qualquer motivo, incluindo por não se considerar responsável ou por a administração não lhe ter determinado essa necessidade.

22. A ocorrência de um dano ambiental não tem apenas consequências na esfera do operador responsável. Esse facto determina a competência da APA no âmbito de:

- a) Obtenção de informações;
- b) Medidas de contenção;
- c) Medidas de reparação.

23. A APA tem competências que lhe garantem que possui a informação que necessita – quer em termos de quantidade, quer em termos de qualidade – que lhe permita fazer um diagnóstico correcto do que se passou e de qual a

situação no terreno de forma a actuar de forma correcta, tendo em conta o dano ambiental em causa.

As suas competências incluem, desde logo, o poder de pedir informações ao operador sobre danos ambientais ocorridos, o que corresponde ao dever do operador de prestar informações. Esse poder abrange também o de pedir informações adicionais ou actualizações quando o operador já forneceu informações inicialmente. De facto, apesar de apenas este caso estar previsto no artigo 15.º (mais precisamente no artigo 15.º, n.º 3, alínea a)), não poderemos defender que a APA apenas tem competência para o pedido de informações adicionais. Por um lado, porque como referimos, trata-se de um dever do operador – pelo que sempre a administração o poderia notificar para cumprir esse dever. Por outro lado, porque não faria sentido defender que a APA pode pedir informações complementares ou adicionais mas já não poderia pedir pela primeira vez informação sobre determinado dano ambiental – na medida em que quem pode o mais, pode o menos.

Os pedidos de informação da APA devem incidir sobre as matérias em que existe o dever do operador de prestar informações.

A APA, no âmbito de aquisição de informação, para além de poder pedir informações ao operador, também tem competências para adquirir informações por meios próprios, tal como está previsto no artigo 15.º, n.º 3, alínea b). Este preceito prevê que a APA, com o objectivo de obter os dados necessários para uma *«análise completa do acidente ao nível técnico, organizativo e de gestão»*, pode recorrer a inquéritos, inspecções ou qualquer outro meio próprio adequado de actuação.

O mesmo preceito estabelece que essa actividade deve ser prosseguida *«com a colaboração de outras entidades públicas com atribuições no domínio do ambiente, sempre que necessário»*. Temos aqui o estabelecimento de uma vinculação de actuação da APA em colaboração com essas entidades, mas também o dever de essas outras entidades colaborarem com a APA. O preceito refere-se unicamente às entidades públicas com atribuições no âmbito do ambiente. No entanto, considera-se que esta obrigação de colaboração deve ser entendida de forma abrangente, fazendo uma interpretação extensiva de *«entidades públicas com atribuições no âmbito do ambiente»*, de forma a abranger também as entidades com atribuições que

apenas indirectamente estejam relacionadas com o ambiente. O objectivo é garantir uma actuação informada da APA e o máximo aproveitamento da informação disponível pela administração. Trata-se, no fundo, de uma concretização de um princípio geral de colaboração entre entidades administrativas, tendo em conta a prossecução do interesse público.

O objectivo destas actividades de recolha de informação é alcançar uma *«análise completa do acidente ao nível técnico, organizativo e de gestão»*. Trata-se, desde logo, de obter uma análise completa do acidente ao nível técnico – as substâncias em causa, as consequências do acidente, etc. No entanto, não se compreende muito bem o que se quer dizer com uma *«análise completa do acidente ao nível [...] organizativo e de gestão»* – o que será o nível organizativo ou de gestão do acidente? Quanto a este último aspecto, supõe-se que se pretende aqui referir os factos no âmbito da prossecução da actividade em causa que deram origem ao acidente, bem como as medidas de gestão dos danos entretanto tomadas (aquilo a que designamos as medidas de contenção). Quanto ao primeiro aspecto, o nível organizativo, vamos interpretá-lo como dizendo respeito ao enquadramento institucional em que o acidente ocorreu e em que as medidas poderão ser tomadas.

24. Independentemente do dever de o operador adoptar as medidas de contenção necessárias, prevê-se a possibilidade de a APA intervir exigindo ao operador actue, tomando determinada medida, dando instruções sobre as medidas a adoptar ou a forma como devem ser tomadas e actuando ela própria, tomando as medidas que considere adequadas. Já foram tecidas considerações relativas ao regime aplicável às medidas de contenção *supra*.

25. Por fim, a APA também tem competências relativas às medidas de reparação. Essas competências passam por:

- a) Determinar a adopção de medidas de reparação pelo operador;
- b) Dar instruções relativas a essas medidas;

- c) Executar subsidiariamente, a expensas do sujeito responsável, as medidas de reparação necessárias quando a gravidade e as consequências dos danos assim o exijam.

A forma como a APA desempenha as suas competências previstas nos termos previstos no Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, e no restante enquadramento legal da actividade administrativa, nomeadamente o Código do Processo Administrativo.

É esse regime que será analisado nos próximos pontos do nosso trabalho.

e) A determinação das medidas de reparação a serem adoptadas

26. O regime legal para a determinação de adopção de medidas de reparação é despoletado pela ocorrência de um dano ambiental²².

O procedimento inicia-se quando a APA toma conhecimento do dano ambiental em causa. Isso pode acontecer por uma de três vias:

- a) Oficiosamente;
- b) Através do cumprimento do dever de informação por parte do operador;
- c) Através de um pedido de intervenção por parte de um interessado.

27. Em primeiro lugar, a APA pode tomar conhecimento da ocorrência do dano ambiental oficiosamente – quer através do exercício das suas funções, quer quando este se tornou um facto notório, de conhecimento geral. A APA pode também tomar conhecimento da ocorrência através da comunicação por parte de outras entidades públicas.

Após ter tomado conhecimento de determinada ocorrência que pode constituir um dano ambiental, a APA deve começar por aferir – e averiguar, se for o caso – se está, de facto, perante um dano ambiental.

Tendo adquirido conhecimento de que o dano ocorreu, a APA deve obter todas as informações necessárias para poder avaliar a situação e o seu enquadramento fáctico, tendo como objectivo, desde logo, apurar qual é o operador ou operadores que devem ser considerados responsáveis pelo dano

²² Sobre o regime das medidas de reparação, cfr. C. AMADO GOMES, “A responsabilidade civil por dano ecológico”, pp. 257 ss.

nos termos dos artigos 12.º e 13.º, e também quais as medidas mais indicadas para conter e reparar esses danos. No âmbito desta actividade de obtenção de informação, a APA pode socorrer-se dos seus próprios meios de levantamento de informação, como a inspecção, o inquérito, a auditoria ou outros, ou pode intimar o operador considerado responsável a prestar as devidas informações. A APA goza, assim, de «*uma margem de discricionariedade quanto aos procedimentos, aos meios a utilizar e à duração da investigação*»²³.

A partir do momento em que conclua pela existência de um dano ambiental da responsabilidade de um determinado operador, o regime a seguir é o do artigo 16.º. No entanto, tendo em conta a especificidade da situação, se concluir pela necessidade de adopção de medidas de reparação, a APA deverá informar o operador de que considera existir um dano ambiental e intimá-lo a submeter uma proposta de medidas de reparação ou então estabelecer as medidas de reparação que devem ser tomadas, nos termos desse preceito.

28. O dano ambiental também pode ser levado ao conhecimento da APA através da informação prestada pelo próprio operador. Tendo em conta que o dano ambiental ocorrerá no âmbito da prossecução de uma qualquer actividade humana, das duas uma:

- a) Ou se trata de uma das actividades listadas no anexo III, caso em que o operador responde objectivamente por esses danos, estando sujeito ao dever de informação;
- b) Ou se não se trata de uma das actividades listadas no anexo III, caso em que o operador apenas estará sujeito ao dever de informação se for responsável, nos termos do artigo 13.º.

Não nos parece, no entanto, que se possa defender que a comunicação de um dano ambiental à APA por parte de um operador que desenvolva uma actividade não prevista no anexo III corresponda a uma admissão da sua responsabilidade pelo sucedido. Pode defender-se que, nesse caso, estamos

²³ Cfr. Proc. C-378/2008, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o.*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 65.

perante a comunicação de um facto à APA, o que pode ocorrer de forma informal, ou fora dos casos de dever de informação, previsto no artigo 15.º, ou pedido de intervenção, previsto no artigo 18.º. Assim, caberá à APA, perante a situação do caso concreto, determinar se o operador deverá responder ou não pelo dano ambiental em causa, nos termos dos artigos 12.º e 13.º, independentemente de este ter ou não comunicado o dano.

Por outro lado, tendo em conta a redacção do artigo 15.º, n.º 1, não se vê como defender a existência de um dever de informação por parte do operador que desenvolva uma actividade não prevista no anexo III quando este não deva responder pelo dano, nos termos do artigo 13.º. Teria sido melhor se o legislador tivesse previsto o dever de informação, em termos gerais, também nesses casos, para evitar esta complexidade.

29. No caso da transmissão da ocorrência do dano ambiental através de um pedido de intervenção por parte de um interessado, o Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, prevê a existência de um regime especial de determinação das medidas de reparação a adoptar, no seu artigo 18.º. Esse regime será analisado *infra*.

30. Após o momento de aquisição de informação, a APA deve proceder à análise da situação de forma a determinar a melhor forma de actuação. Apresentam-se várias hipóteses à APA – esta pode:

- a) Exercer as suas competências ao nível de medidas de prevenção derivadas da ocorrência de um dano ambiental, nos termos do artigo 14.º, n.º 2 e n.º 5, alíneas b) a d), onde se inclui, como vimos, determinar a adopção de medidas por parte do operador, dar instruções sobre as medidas ou tomar ela própria, subsidiariamente e a expensas do operador, as medidas;
- b) Exercer as suas competências ao nível de medidas de contenção, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, alínea c), onde se inclui, como vimos, determinar a adopção de medidas por parte do operador, dar instruções sobre as medidas ou tomar ela própria as medidas;

- c) Determinar a adopção de medidas de reparação por parte do operador, fixando quais as medidas e/ou dando instruções sobre as medidas a adoptar, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, alínea d) e e);
- d) Executar as medidas de reparação, subsidiariamente, a expensas do operador responsável, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, alínea f);
- e) Aguardar pela proposta do operador, caso em pode optar, ao abrigo do princípio da transparência, por notificar o operador de que aguarda a sua proposta e do prazo para essa apresentação.

As diversas possibilidades que descrevemos podem ser cumulativas, ou seja a APA pode recorrer ao exercício das diversas possibilidades descritas, tendo em conta a situação em causa. São também alternativas, no sentido em que a APA apenas deverá recorrer às hipóteses que tenham mais vantagens, tendo em conta o caso concreto.

Aprofundaremos de seguida, tendo em conta o tema da nossa intervenção, o regime relativo às medidas de reparação.

31. Assim, tendo em conta o enquadramento factual do dano ambiental em causa, a APA pode, desde logo determinar a adopção por parte do operador de medidas de reparação ou adoptar, ela própria, essas medidas. Nesse caso, cremos que o facto de a administração ter optado por não aguardar pela proposta do operador deve ser-lhe comunicado logo que possível, à luz do princípio da transparência e da cooperação²⁴, de forma a evitar que este esteja a preparar uma proposta de medidas de reparação em vão. Neste caso, a proposta de decisão a elaborar pela APA deve obedecer aos critérios estabelecidos no anexo V (cfr. artigo 16.º, n.º 2).

32. Caso a APA não determine as medidas de reparação a adoptar, cabe ao operador, no prazo de 10 dias a contar da data da ocorrência do dano, submeter à APA uma proposta de medidas, de acordo com os critérios estabelecidos no anexo V (cfr. artigo 16.º, n.º 1)²⁵.

²⁴ Sobre o princípio da cooperação, cfr. M. GLÓRIA GARCIA, *O Lugar do Direito na protecção do ambiente*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 445 ss., 478.

²⁵ O diploma legal, por lapso, refere-se no artigo 16.º, n.º 1, ao anexo II, quando manifestamente se pretende fazer referência ao anexo V. De facto, o lapso pode ser detectado através da comparação entre o artigo 16.º, n.º 1 e n.º 2, e, por outro lado,

Nos casos em que o conhecimento do dano por parte do operador é posterior à sua ocorrência por motivos externos à sua vontade e que não lhe sejam atribuíveis a título de dolo ou mera culpa, cremos que o prazo de 10 dias deve ser contado do conhecimento do facto. Por um lado, porque os danos ambientais, pela sua natureza, podem revelar-se apenas após períodos de tempo mais ou menos longos, caso em que não fará sentido ter como ponto de referência para a contagem do prazo a data de ocorrência do dano. O mesmo se poderá dizer de situações em que o dano se revelou de imediato mas existiu incerteza sobre o operador responsável pelo dano, por motivos que não lhe sejam atribuíveis a título de dolo ou mera culpa – nesse caso o prazo deverá contar-se a partir do conhecimento pelo operador de que a APA o considera responsável. Por outro lado, porque a *ratio* do preceito vai nesse sentido – de forma a permitir a apresentação de uma proposta de medidas por parte do operador que é responsável pela sua implementação, sendo que, de qualquer forma, a APA pode sempre actuar independentemente da apresentação da proposta. De facto, a necessidade de promover a cooperação com o operador, quando for necessário, decorre da própria Directiva, mais concretamente do seu artigo 7.º, n.º 2, e do artigo 11.º, n.º 2, parte final, que estabelece que a *«autoridade competente tem o direito de exigir que o operador em causa efectue a sua própria avaliação e forneça os dados e informações necessários»*.

Com os mesmos fundamentos, também nos parece que o prazo poderá ser prorrogado a pedido do operador – sendo certo que, em última instância, cabe sempre à APA intervir definindo as medidas a serem adoptadas.

33. Nos casos em que se verifiquem diversos danos ambientais, não sendo possível assegurar que as medidas de reparação necessárias em relação a esses danos sejam tomadas simultaneamente, cabe à APA determinar a ordem em que as medidas devem ser tomadas. A este nível, é atribuída competência à APA, num contexto de discricionariedade administrativa, para avaliar se está perante esta situação e para determinar a ordem das medidas.

pelo facto de ser o anexo V que estabelece *«um quadro comum a seguir na escolha das medidas mais adequadas que assegurem a reparação de danos ambientais»*, enquanto que o anexo II elenca as actividades sujeitas a responsabilidade objectiva, nos termos do artigo 12.º. A origem do lapso estará, possivelmente, no facto de o anexo da Directiva equivalente ao anexo V do Decreto-Lei ser o anexo II.

Nessa determinação, a administração deve atender, nomeadamente, «à natureza, à extensão e à gravidade de cada dano ambiental, bem como às possibilidades de regeneração natural, sendo em qualquer caso, prioritária a aplicação das medidas destinadas à eliminação de riscos para a saúde humana» (cfr. artigo 16.º, n.º 3). A atribuição de prioridade neste último caso é uma inovação do legislador nacional face à Directiva.

34. Após a análise do enquadramento de facto do dano ambiental e da proposta do operador, caso esta exista, a APA formula um projecto de decisão relativo às medidas de recuperação que devem ser adoptadas²⁶.

Em ambos os casos descritos – a determinação das medidas a adoptar pela APA ou a proposta do operador –, os critérios que devem ser seguidos no estabelecimento pela APA das medidas que, de facto, devem ser adoptadas são os estabelecidos no anexo V (cfr. artigo 16.º, n.º 2). Neste âmbito, a autoridade administrativa dispõe de poderes discricionários adequados para avaliar a importância dos danos, os elementos de facto e determinar as medidas de reparação a tomar²⁷, com os limites decorrentes do anexo V²⁸. De acordo com o TJUE «no exercício desse poder de apreciação, a instituição competente tem o dever de, nessas circunstâncias, examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos pertinentes do caso em apreço»²⁹. Por outro lado, ainda no âmbito da actuação da APA, «quando se coloca a questão da escolha entre diferentes opções de reparação [...] cabe-lhe, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 2004/35, lido em conjugação com o ponto 1.3.1 do seu anexo II, avaliar as referidas opções com base nos critérios enumerados no dito ponto»³⁰. O desrespeito destes critérios poderia conduzir

²⁶ Sobre o problema da construção da decisão, cfr. M. GLÓRIA GARCIA, *O Lugar do Direito na protecção do ambiente*, pp. 488 ss.

²⁷ Sobre o procedimento de tomada de decisão em cenários de incerteza, cfr. C. AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 475 ss.

²⁸ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 59.

²⁹ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 61. O Tribunal cita, a este propósito os acórdãos emitidos no âmbito dos Proc. n.º C-269/90, *Technische Universität München*, [1991] Colect. p. I-5469, considerando 14, e Proc. n.º C-405/07 P, *Países Baixos/Comissão*, [2008], Colect., p. I-8301, considerando 56.

³⁰ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 62.

«a uma avaliação inadequada dos danos e/ou das medidas de reparação a tomar»³¹.

No âmbito da determinação das medidas de reparação a adoptar, a APA pode solicitar a colaboração de «outras entidades públicas com atribuições na área do ambiente ou em outras áreas relevantes em função do sector de actividade e do tipo de danos» (cfr. artigo 16.º, n.º 4). As outras entidades devem «prestar obrigatoriamente o auxílio solicitado com a maior brevidade possível».

35. Em face desse projecto de decisão, a APA deve proceder à audiência prévia do operador e das «restantes partes interessadas, incluindo os proprietários dos terrenos onde se devam aplicar as medidas de reparação». A audiência pressupõe a comunicação aos interessados do projecto de decisão em causa e a ponderação dos seus comentários.

Assim, deve ser promovida a audiência prévia dos operadores, para que estes possam apresentar as suas observações sobre o projecto de decisão (cfr. artigo 100.º, n.º 1, do Código do Processo Administrativo). Para além dos operadores, a audiência prévia também deve abranger os restantes interessados incluindo as pessoas cujos terrenos são objecto das medidas. O princípio da audiência dos interessados, para além de decorrer do artigo 100.º CPA, decorre igualmente do Direito da União Europeia³².

Coloca-se, no entanto, a questão de saber quem serão os interessados para estes efeitos. O exemplo dado pela letra da lei é o caso dos proprietários dos terrenos onde as medidas se devem aplicar. Para além destes, devemos considerar que o conceito de interessados previsto no artigo 18.º, n.º 2, também é aplicável neste caso – i.e., quem tem legitimidade ao abrigo desse preceito, também terá no âmbito da audiência prévia prevista no artigo 16.º, n.º 2 – por duas ordens de motivos: i) por interpretação sistemática do diploma

³¹ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 66.

³² Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 54 e 66. Aí o Tribunal refere que «o princípio do contraditório, cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça, impõe à autoridade pública que ouça os interessados antes de tomar uma decisão que lhes diga respeito», citando os acórdãos dos Proc. n.º C-439/05 P e C-454/05 P, *Land Oberösterreich e Áustria/Comissão*, [2007] Colect., p. I-7141, considerando 35.

legal e ii) porque essa solução resulta de uma interpretação do diploma nacional conforme à Directiva³³. De facto, a legitimidade dos interessados referidos no artigo 18.º, n.º 2, resulta da transposição do artigo 7.º, n.º 4, da Directiva, que prevê que a «*autoridade competente deve convidar as pessoas referidas no n.º 1 do artigo 12.º*» a apresentar observações neste caso. Ora, o artigo 12.º, n.º 1, da Directiva foi transposto para o artigo 18.º, n.º 1, do Decreto-Lei. Parece-nos que, de qualquer forma, sempre se poderia recorrer ao artigo 53.º do Código do Procedimento Administrativo (CPA), sendo especialmente importante o recurso aos seus n.ºs 2 e 3, por estarmos perante um interesse difuso – o ambiente. A situação pode tornar-se mais complexa em casos de poluição de carácter difuso.

Repare-se que este procedimento será o mesmo independentemente de se determinar que as medidas devem ser adoptadas pela administração ou pelo operador.

36. Após a audiência prévia e tendo em conta as pronúncias das entidades em causa, a APA determina a adopção das medidas de reparação, de acordo com os critérios previstos no anexo V.

A administração decide não só a medida em causa mas a entidade que será responsável pela sua adopção – o operador, ela própria ou ambos –, podendo igualmente emitir instruções sobre as medidas. Repare-se que, de facto, é possível a APA optar por uma distribuição da responsabilidade pela implementação das medidas de forma a que algumas sejam atribuídas ao operador e outras à administração. Nesse caso, existirá uma implementação conjunta das medidas – o que exigirá uma coordenação e cooperação entre ambas as entidades.

A decisão de adopção das medidas deve ser notificada ao operador em causa, devendo as opções tomadas estar fundamentadas – devem estar indicados os motivos em que essa decisão se baseou (cfr. artigo 11.º, n.º 3, da Directiva). Essa decisão deve conter a indicação das possibilidades de reacção, por parte do operador, à decisão tomada, quer contenciosos, quer gratuitos, e os respectivos prazos (cfr. artigo 11.º, n.º 3, da Directiva).

³³ Sobre interpretação conforme com o Direito da União Europeia, cfr. nota 13.

37. Deve ser notado que a Directiva prevê que «os Estados-Membros devem assegurar que a autoridade competente possa delegar ou solicitar a terceiros a execução das medidas de prevenção ou de reparação necessárias». Nesse sentido, devia estar prevista a possibilidade de a APA poder delegar em outras entidades administrativas a execução das medidas em causa. Terá de se admitir que também deveria estar prevista a possibilidade de recurso a entidades privadas. Nesse sentido, quando a implementação das medidas caiba à administração, devemos entender que esta pode recorrer a terceiros na sua tarefa.

Independentemente deste aspecto, o TJUE já admitiu que, em circunstâncias excepcionais, a «Directiva 2004/35 deve ser interpretada no sentido de que permite que a autoridade competente exija aos concessionários dos terrenos adjacentes a toda a orla costeira objecto das medidas de reparação que executem essas medidas» mesmo quando tenham procedido espontaneamente aos trabalhos de reabilitação dos terrenos ou quando não sejam responsáveis pela poluição em causa³⁴. Essa medida deve ser justificada pelo objectivo de impedir o agravamento da situação ambiental nos locais onde as mencionadas medidas são executadas ou, em aplicação do princípio da precaução³⁵, pelo objectivo de prevenir o surgimento ou a recorrência de outros danos ambientais nos referidos terrenos dos concessionários, que são adjacentes a toda a orla costeira objecto das ditas medidas de reparação³⁶.

38. Existe um regime específico para o caso dos danos ambientais transfronteiriços, previsto no artigo 24.º.

No caso de danos ambientais originados em território nacional que sejam susceptíveis de afectar o território de outros Estados Membros, estabelecem-se deveres de informação e de articulação da resposta com as administrações do outro Estado Membro envolvido (cfr. artigo 24.º, n.ºs 1 e 2). Nestes casos, a

³⁴ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerandos 78 e 69.

³⁵ Sobre o princípio da precaução, v. g., V. PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*, pp. 65 ss.; C. AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, pp. 252 ss.

³⁶ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 92.

APA poderá receber propostas de medidas por parte das administrações dos outros Estados Membros que deverá tomar em conta. Estas administrações também deverão ser incluídas no rol de interessados para efeitos de audição prévia.

No caso de danos ambientais detectados em território nacional que tenham sido originados fora dele, estabelecem-se igualmente deveres de informação e de articulação da resposta, com a possibilidade de formulação de propostas de medidas por parte da administração nacional, bem como de desencadeamento do procedimento de recuperação dos custos das medidas tomadas (cfr. artigo 24.º, n.º 3).

Repare-se que o artigo 24.º, n.º 3, se menciona unicamente a danos que tenham sido originados em outros Estados Membros, mas a Directiva, no seu artigo 15.º, n.º 3, é mais abrangente, referindo-se a danos não causados dentro do território do Estado Membro em causa. O regime disposto na Directiva é mais lato do que a transposição que foi feita, uma vez que este se aplica aos danos originados fora do território do Estado Membro, seja no território de outro Estado Membro, seja em território de terceiros Estados. Assim, deve ser feita uma interpretação conforme do preceito com a Directiva³⁷, aplicando-se igualmente nos casos de danos originados em Estados terceiros.

Nos termos da letra do Decreto-Lei (bem como da Directiva, cfr. artigo 15.º) o regime previsto apenas se aplica aos casos em que já se verificou a existência de dano ambiental, na medida em que não se refere ao caso de ameaças iminentes de danos. Pode então suscitar-se a dúvida sobre o procedimento que deve ser seguido nesse caso. É de entender que, apesar da letra, o regime também se aplicará nestes casos, quer por motivos de interpretação teleológica – essa é a solução que melhor corresponde à *ratio* do regime de cooperação leal entre Estados Membros –, quer por motivos de coerência interna do regime – não faria sentido soluções diferentes –, quer por interpretação sistemática do regime. De facto, o regime refere expressamente (quer no Decreto-Lei quer na Directiva) a possibilidade de adopção de medidas preventivas o que naturalmente englobará o caso de resposta a ameaças iminentes de dano.

³⁷ Sobre interpretação conforme com o Direito da União Europeia, cfr. nota 13.

f) O regime dos pedidos de intervenção

39. Como já referimos, quando o procedimento de determinação das medidas de reparação é iniciado por um pedido de intervenção do público, existem algumas especificidades no procedimento de determinação da medida a adoptar. São essas especificidades que vamos analisar.

40. O regime dos pedidos de intervenção por parte do público em caso de dano ambiental está previsto no artigo 18.º. Aí se estabelece que «*Todos os interessados podem apresentar à autoridade competente observações relativas a situações de danos ambientais, ou de ameaça iminente desses danos, de que tenham tido conhecimento e têm o direito de pedir a sua intervenção nos termos do presente decreto-lei, apresentando com esse pedido os dados e informações relevantes de que disponham*».

41. O procedimento inicia-se, assim, com a interacção entre alguém que é considerado interessado e a administração. Assume, assim, importância fulcral, a análise do conceito de interessado para este efeito, na medida em que dele depende a legitimidade procedimental activa³⁸.

Nos termos do artigo 18.º, n.º 2, devem ser considerados como interessados «*qualquer pessoa singular ou colectiva que:*

- a) *Seja afectada ou possa vir a ser afectada por danos ambientais; ou*
- b) *Tenha um interesse suficiente no processo de decisão ambiental relativo ao dano ambiental ou ameaça iminente do dano em causa; ou*
- c) *Invoque a violação de um direito ou de um interesse legítimo protegido nos termos da lei.»*

A redacção, que resulta em grande medida da Directiva, sofre de alguma imprecisão e tem alguns problemas. Desde logo, está polvilhada de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados. Parte dos problemas do preceito advêm do facto de não se ter cumprido o exigido pela Directiva. Efectivamente, o artigo 12.º, n.º 1, 2.º parágrafo, da Directiva, estabelece que

³⁸ Sobre o conceito de interessado, cfr. C. AMADO GOMES, "A responsabilidade civil por dano ecológico", pp. 259 ss.

os Estados Membros devem determinar o que constitui «*interesse suficiente*» e «*violação de direito*» - sendo que o diploma nacional de transposição não o faz. Fica, portanto, por definir o que deve ser considerado, em especial, «*interesse suficiente*» para este efeito, aguardando-se que a jurisprudência venha a oferecer pistas sobre a forma de interpretar o preceito. De qualquer forma, em relação a este aspecto, encontramos-nos em incumprimento do Direito da União.

Independentemente desta conclusão, o artigo 12.º, n.º 1, 3.º parágrafo, da Directiva, estabelece que se deve considerar que as «*organizações não governamentais activas na protecção do ambiente*» que «*cumpram os requisitos previstos na legislação nacional*» têm «*interesse suficiente*» e têm «*direitos passíveis de violação*», para efeitos de reconhecimento de legitimidade activa. Assim, apesar de este aspecto também não constar do diploma de transposição temos que considerar, por interpretação conforme à Directiva³⁹, que as organizações não governamentais de ambiente reconhecidas como tais terão sempre legitimidade activa para iniciar este procedimento.

42. As entidades com legitimidade procedimental activa podem, assim, dirigir-se à APA e:

- a) Apresentar observações sobre situações de danos ou de ameaça iminente de danos; e/ou
- b) Elaborar um pedido de intervenção por parte da APA, para que esta exerça qualquer das competências previstas no regime.

Note-se que o interessado pode optar por apenas apresentar a situação à administração, esperando que esta a analise, independentemente de poder também solicitar determinada actuação por parte da APA. Assim, apesar de o artigo ter como epígrafe «*pedido de intervenção*», a verdade é que este regime será aplicável a ambos os casos. No caso de o interessado apenas apresentar observações, caberá à APA decidir sobre as medidas que devem ser implementadas.

³⁹ Sobre interpretação conforme com o Direito da União Europeia, cfr. nota 13.

O interessado também pode optar por referir no seu requerimento quem considera ser o operador responsável pelo dano ou ameaça iminente de dano. Independentemente de o fazer, ou não, é sobre a administração que recai a responsabilidade por determinar o operador que é responsável por determinado dano ou ameaça.

43. O interessado deve fazer acompanhar o seu pedido de intervenção de todos os dados e informações relevantes de que disponham. Para além disso, a APA pode solicitar a apresentação de dados e informações complementares sempre que os elementos fornecidos inicialmente suscitem dúvidas (artigo 18.º, n.º 3).

44. Após a apresentação do pedido de intervenção, a APA tem o prazo de 20 dias para analisar as observações e os pedidos apresentados pelo público.

Deve começar por aferir da admissibilidade do pedido, ou seja, da legitimidade activa do requerente e, por outro lado, da verificação da existência de dano ambiental ou de ameaça iminente de dano (cfr. artigo 18.º, n.º 4). Neste aspecto, a Directiva estabelece que, caso «*o pedido de intervenção e as observações que o acompanham demonstrarem de modo plausível a existência de danos ambientais, a autoridade competente deverá ter em conta esses pedidos de intervenção*» (cfr. artigo 12.º, n.º 3, da Directiva). Introduce-se, assim, um critério de plausibilidade da ocorrência de dano ambiental para efeito de início de procedimento. Cabe também à APA, neste momento, caso conclua pela verificação de dano ambiental ou ameaça iminente de dano, determinar qual o operador responsável – independentemente de o interessado ter referido o operador que considera ser responsável ou não. A administração não se encontra vinculada pelo juízo feito pelo particular a este respeito, tal como não se encontra a respeito da existência de dano ou ameaça.

Caso considere o pedido inadmissível, deve a APA indeferi-lo. No entanto, se o pedido de intervenção preencher os requisitos de admissibilidade, a APA deve passar a analisar a viabilidade das medidas que foram objecto do pedido de intervenção. No caso de concluir que as medidas objecto de

pedido são viáveis, a APA deve deferir o pedido de intervenção e «*notifica o operador em causa para que se pronuncie, no prazo de 10 dias, sobre o pedido de intervenção e as observações que o acompanham*» (cfr. artigo 18.º, n.º 5). Após essa audição, «*a autoridade competente decide as medidas a adoptar nos termos do presente decreto-lei*» (cfr. artigo 18.º, n.º 6).

Caso o operador não tenha formulado uma proposta de medidas, deve a administração fazê-lo ou solicitar ao operador que proponha as medidas em causa. Nesse caso, deve o interessado que formulou a comunicação ser ouvido sobre o projecto de medida a adoptar.

45. Não se estabelece o regime aplicável à determinação, por parte da APA, das medidas de reparação (ou outras) que devem ser adoptadas. Cremos que se aplicará o regime geral que descrevemos. No caso das medidas de reparação, isso quer dizer que se aplicará o artigo 16.º, com as devidas adaptações. De facto, não se justificará a espera pela proposta inicial de medidas de reparação por parte do operador, mas o restante regime será aplicável.

Deve-se atender ao facto de a APA não ficar vinculada às medidas propostas – estas devem ser analisadas face ao enquadramento do caso concreto e aos critérios do anexo V. É após esta análise que a APA preparará um projecto de decisão, seguindo-se a audiência prévia dos interessados.

De facto, justifica-se que se assegure também aqui a audiência prévia dos interessados – em especial dos proprietários do terreno onde serão implementadas as medidas. Repare-se que esta audiência tem uma natureza algo diferente da consulta inicial ao operador, na medida em que este inicialmente se poderá pronunciar sobre a própria existência do dano ambiental. No caso de as medidas a ser adoptadas correspondam às propostas, sobre as quais já se pronunciou, é de ponderar a necessidade de proceder a nova audição do operador, sobre a mesma realidade – podendo concluir-se pela sua desnecessidade por motivos de celeridade e de ponderação dos interesses em presença. No caso de estar em causa a saúde pública, existe o dever de audição da autoridade de saúde territorialmente competente.

De qualquer forma, a decisão de deferimento ou indeferimento das medidas propostas inicialmente deve ser fundamentada e notificada ao requerente nos termos do artigo 13.º, n.º 4, da Directiva e do CPA.

46. A APA poderá sempre determinar as medidas que considere adequadas, mesmo quando o interessado se limita a emitir observações, sem formulação de pedido de intervenção, quando se considere que o requerente não tem legitimidade ou quando as medidas por si propostas não são consideradas viáveis. Verificada a ocorrência de dano ambiental (ou a sua ameaça iminente), é dever da APA actuar, independentemente da forma como adquiriu conhecimento desse facto. O que pode variar é o regime procedimental aplicável.

47. O mecanismo descrito reflecte um novo tipo de relacionamento que se estabelece entre cidadãos e a administração num âmbito de relações multipolares. É curioso que estamos perante um mecanismo que permite que um particular solicite à administração que, por exemplo, intime um outro particular a agir de determinada maneira.

g) O regime das instruções

48. Analisámos até aqui o regime aplicável ao procedimento administrativo conducente à determinação de medidas de reparação. Restanos dirigir algumas palavras relativamente à aprovação das instruções neste âmbito.

49. De facto, o regime prevê a competência da APA não só para determinar a adopção de determinadas medidas mas também para emitir instruções obrigatórias para o operador relativamente às medidas a adoptar (cfr. artigo 15.º, n.º 3, alínea e)).

De facto, a aprovação de instruções tem uma natureza diferente da determinação da adopção de determinada medida em concreto. A definição de medidas de reparação tem como conteúdo a determinação da adopção de certa acção ou actuação com determinado objectivo. Por seu lado, as instruções têm como pressuposto a determinação de adopção pelo

operador de uma medida e têm como propósito o estabelecimento de metodologias, técnicas ou operações que devem ser empreendidas nesse âmbito, para implementar essas medidas – ou seja, a forma de execução das medidas. As instruções têm, assim, uma natureza instrumental relativamente às medidas concretas que sejam determinadas. Nessa medida, pressupõem a existência de uma medida.

50. Não existem referências no regime quanto ao procedimento de determinação de instruções. Nesses termos, o regime desse procedimento será o descrito para a determinação das medidas de reparação, *mutatis mutandis*, com a diferença de, neste caso, não se prever a possibilidade de iniciativa por parte do operador nem de pedido de intervenção por parte do público. É claro que este último facto não impede que o operador, na proposta de medidas a adoptar, inclua igualmente propostas de instruções, no caso de necessitar de esclarecimentos ou confirmação sobre alguma metodologia a adoptar, bem como se necessitar de que a administração estabeleça, em concreto, como deve actuar. Não impede, igualmente, que o interessado, no pedido de intervenção, formule uma proposta de instrução a ser emitida pela administração.

Por fim, quanto ao momento, é de referir que a APA pode optar por determinar determinada medida, complementando a sua decisão com instruções sobre medidas a adoptar ou pode emitir instruções posteriormente, já depois de o operador ter iniciado a sua implementação. Não parece ser possível é a emissão de instruções antes da medida em causa.

h) A execução das medidas de reparação pelo operador

51. O Decreto-Lei n.º 147/2008 estabelece o princípio geral de responsabilidade pela execução das medidas de prevenção e reparação (ou de contenção⁴⁰) cabe ao operador que por elas é responsável, nos termos dos

⁴⁰ Como já referimos, apesar de as medidas de contenção serem autónomas das medidas de reparação, o legislador inseriu-as sistematicamente no preceito relativo às medidas de reparação. Nessa medida, já defendemos que quando ao longo do Decreto-Lei n.º 147/2008, encontramos a expressão «medidas de contenção» devemos presumir que o legislador se refere às medidas previstas no artigo 15.º, ou seja, a medidas de contenção e medidas de reparação, salvo se comprove que a aplicação da regra em causa não faz sentido.

artigos 12.º e 13.º. Trata-se de uma decorrência do princípio geral do «poluidor-pagador»⁴¹.

52. Assim, decorre do regime a obrigatoriedade dessa execução (cfr. artigo 14.º, n.º 1 e 2, e artigo 15.º, n.º 1, alínea b) e c)). Assim, a não execução das medidas em causa pode dar origem à aplicação do regime sancionatório contra-ordenacional (artigo 26.º, n.º 1, alíneas a) a d), e n.º 2, alíneas a) a h)). Podem também ser aplicadas sanções acessórias, nos termos do artigo 27.º⁴².

53. A esse propósito, o TJUE já estabeleceu que os operadores devem executar as medidas e que a autoridade deve ter o poder de a tanto os obrigar⁴³.

Para além disso, esclareceu que a Directiva não precisa as modalidades segundo as quais a autoridade competente pode coagir os operadores a tomar as medidas de reparação por ela definidas – trata-se, pois, de uma competência dos Estados Membros. No entanto, estabelece os seguintes limites para essas “modalidades de coação”: «*por um lado, devem prosseguir a realização do objectivo desta directiva definido no seu artigo 1.º, ou seja, prevenir e reparar os danos ambientais, e, por outro, respeitar o direito da União, designadamente os seus princípios gerais*»⁴⁴ - onde se inscrevem, como é sabido, os direitos fundamentais. Assim, por um lado, temos como limite os objectivos do regime tendo em conta o princípio da precaução⁴⁵. Por outro lado, temos a aplicação, em especial, do princípio da proporcionalidade, referindo o TJUE que «*tais medidas, permitidas pela regulamentação nacional, não excedem os limites do que é adequado e necessário para a realização dos objectivos legitimamente prosseguidos pela legislação em causa,*

⁴¹ Cfr. sobre este princípio, v. g., J. J. GOMES CANOTILHO, “A Responsabilidade por Danos Ambientais: Aproximação Juspublicística”, in *Direito do Ambiente*, Lisboa, INA, 1994, pp. 397-407; V. PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*, pp. 74 ss.; C. AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, pp. 142 ss.

⁴² Cfr. C. AMADO GOMES, “A responsabilidade civil por dano ecológico”, pp. 253-254, 258-259.

⁴³ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 87.

⁴⁴ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 79.

⁴⁵ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 85.

sabendo-se que quando existe uma opção entre várias medidas adequadas se deve usar a menos restritiva e que os inconvenientes gerados não devem ser desproporcionados relativamente aos objectivos que se pretende alcançar)⁴⁶.

A esse nível, no acórdão em causa, o TJUE aceitou como admissível «subordinar a utilização dos terrenos dos concessionários em causa à condição de estes executarem medidas de reparação relativas aos locais circundantes desses terrenos», tendo em conta a necessidade de impedir o agravamento da situação ambiental nos locais onde as mencionadas medidas são executadas ou, em aplicação do princípio da precaução, pelo objectivo de prevenir o surgimento ou a recorrência de outros danos ambientais em terrenos circundantes, mesmo que esses terrenos não sejam objecto dessas medidas pelo facto de já terem sido objecto de medidas anteriores de «beneficiação» ou de nunca terem sido poluídos⁴⁷.

i) A actuação directa da administração no âmbito das medidas de reparação

54. Apesar de a adopção das medidas de reparação ser uma obrigação do operador responsável, existem casos em que o regime legal estabelece a possibilidade ou a necessidade de intervenção da APA.

55. De uma forma genérica, pode-se referir que a APA deve adoptar as medidas de reparação⁴⁸:

- a) «Subsidiariamente, a expensas do responsável, quando a gravidade e as consequências dos danos assim o exigam», nos termos do artigo 15.º, n.º 3, alínea f);
- b) Em último recurso, quando (cfr. artigo 17.º, n.º 1):
 - i) O operador incumpra algumas obrigações legais;

⁴⁶ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG)* e o. II, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 86. O TJUE refere, a este propósito, os acórdãos emitidos no âmbito do Proc. n.º C-534/06, *Industria Lavorazione Carni Ovine*, [2008] Colect., p. I-4129, considerando 25, e Proc. n.º C-170/08, *Nijemeisland*, não publicado, considerando 41.

⁴⁷ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG)* e o. II, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerandos 84 e 92.

⁴⁸ Cfr. C. AMADO GOMES, "A responsabilidade civil por dano ecológico", pp. 270 ss.

- ii) Não seja possível identificar o operador;
 - iii) O operador não seja obrigado a suportar os custos.
- c) «*Em casos de situações extremas para pessoas e bens*», nos termos do artigo 17, n.º2.

Analisemos estes casos.

56. Assim, a APA, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, alínea f), deve adoptar as medidas de reparação necessárias quando a mera intervenção do operador não se revele suficiente, por qualquer motivo, para obviar ao dano ambiental em causa, tendo em conta a sua gravidade e as suas consequências.

O carácter subsidiário da actuação da APA exige uma avaliação prévia que permita concluir pela insuficiência da actuação do operador. É também necessário que se comprove que a actuação da administração é a que melhor permite a reparação dos danos ambientais ocorridos. Trata-se da aplicação do princípio da subsidiariedade.

Este juízo faz-se tendo em conta «a gravidade e as consequências dos danos» ambientais em causa. Assim, o juízo de balanceamento entre a possibilidade de tomada de medidas do operador responsável – que *prima facie* é o que deve adoptar as medidas – e a possibilidade de actuação directa da administração – que apenas *subsidiariamente* deve actuar – tem como referenciais, por um lado a gravidade dos danos – pressupondo-se que, quanto mais gravosos, mais se justifica a intervenção da administração – e, por outro, as suas consequências, de acordo com o princípio da subsidiariedade da actuação da administração, já referida.

Tratam-se, assim, de situações em que, apesar de operador poder implementar as medidas, a administração concluir que a sua capacidade de implementação, por algum motivo, não lhe permite atingir um grau adequado de reparação, prevenção ou contenção. Cremos que, nos casos em que o operador não actua também serão abrangidos pelo artigo 17.º, n.º 1.

É claro que no caso de medidas preventivas, todo este juízo se fará face aos danos ambientais que são objecto de ameaça iminente, envolvendo

assim uma avaliação complexa do que hipoteticamente aconteceria caso o dano ocorresse.

57. Nos termos do artigo 17.º, n.º 1, a APA pode actuar «em último recurso» directamente através da implementação de medidas de reparação, de prevenção ou de contenção, nas seguintes situações:

a) Quando o operador incumpra as seguintes obrigações:

i) De informação às autoridades da ocorrência do dano ambiental, prevista no artigo 15.º, n.º 1, alínea a);

ii) De adopção de medidas de contenção, quer autonomamente, prevista no artigo 15.º, n.º 1, alínea b), quer por indicação da APA, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, alínea c), bem como de respeitar as instruções que a APA der em relação a essas medidas, nos termos do mesmo preceito;

iii) De adopção de medidas de reparação, nos termos do artigo 15.º, n.º 1, alínea c), e n.º 3, alínea d), de acordo com o artigo 16.º, bem como de respeitar as instruções que a APA der em relação a essas medidas, nos termos do artigo 15.º, n.º 3, alínea e);

iv) De adopção de medidas de prevenção, quer autonomamente, prevista no artigo 14.º, n.º 1, quer por indicação da APA, nos termos do artigo 14.º, n.º 5, alínea b), bem como de respeitar as instruções que a APA der em relação a essas medidas, nos termos do artigo 14.º, n.º 5, alínea c).

Este último caso não se encontra previsto no artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, no entanto encontra-se previsto no artigo 5.º, n.º 4, da Directiva. Nesse sentido, a não previsão da actuação directa da administração neste caso representa uma falha na transposição da Directiva que deve ser corrigida através do

efeito directo⁴⁹ do artigo 5.º, n.º 4, da Directiva, estando assim a APA obrigada a actuar também neste caso. De qualquer forma, enquanto se mantiver a situação de não transposição, o Estado português encontra-se em incumprimento do Direito da União Europeia, podendo vir a ser penalizado por isso.

É curioso que, neste caso, o artigo 5.º, n.º 4, da Directiva não obriga a que a intervenção da administração opere «como último recurso», ao contrário do que acontece com o artigo 6.º, n.º 3, relativamente às medidas de reparação. Assim, neste caso, parece não ser exigível à APA que necessite comprovar a impossibilidade de ser o operador a adoptar as medidas, ou a sua incapacidade – bastando demonstrar o incumprimento das medidas em causa. O motivo da diferença deverá radicar na necessidade de assegurar uma actuação preventiva rápida e eficaz, de forma a melhor combater as ameaças iminentes de danos ambientais.

- b) Não seja possível identificar o operador responsável;
- c) O operador não seja obrigado a suportar os custos.

58. Não se ignora que o artigo 17.º, n.º 1, apenas se refere à possibilidade de adopção de medidas de reparação e de prevenção, e não às medidas de contenção. No entanto, tal facto deve-se ao carácter ambíguo como o

⁴⁹ Sobre a questão do efeito directo de actos de Direito da União Europeia, cfr. v. g., FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2004, pp. 426 ss.; M. LUÍSA DUARTE, "O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição: notas de uma reflexão crítica", in *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lisboa, Lex, [s. d.], pp. 672 ss.; M. JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Efeitos dos Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias Proferidas no Âmbito de uma Acção por Incumprimento*, M. JOSÉ RANGEL MESQUITA, *Efeitos dos Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias Proferidas no Âmbito de uma Acção por Incumprimento*, Coimbra Almedina, 1996, pp. 103 ss.; M. JOÃO PALMA, *Breves notas sobre a invocação das normas das Directivas comunitárias perante os tribunais nacionais*, Lisboa, AAFDL, 2000, pp. 9 ss.

Ao nível da jurisprudência dos tribunais da União, cfr. por exemplo, Proc. n.º 26/62, *Van Gend en Loos*, [1963] Col. I; Proc. n.º 9/70, *Franz Grad*, [1970] Col. 825; Proc. n.º 41/74, *Van Duyn*, [1974] Col. 1337; Proc. n.º 43/75, *Defrenne*, [1976] Col. 455; Proc. n.º 148/78, *Ratti*, [1979] Col. 1629; Proc. n.º C-8/81, *Úrsula Becker*, [1982] Col. 2301; Proc. n.º 14/83, *von Colson*, [1984] Col. 1891; Proc. n.º 152/84, *Marshall*, [1986] Col. 723; Proc. n.º 12/86, *Demirel*, [1987] Col. 3719; Proc. n.º C-156/91, *Hansa Fleisch*, [1992] Col. I-05567; Proc. n.º C-213/03, *L'étang de Berre*, [2004] Col. I-7357.

diploma trata as medidas de contenção, parecendo englobá-las nas medidas de reparação.

Como já referimos, as medidas de reparação devem ser distinguidas das medidas de contenção, embora ambas devam ser consideradas tipos de acções de reparação, à luz da Directiva (cfr. artigo 6.º, n.º 1, da Directiva).

Assim, apesar da omissão de referência do artigo 17.º, n.º 1, devemos considerar que aqui se engloba a possibilidade de a APA adoptar medidas de contenção por um lado, exactamente porque o diploma parece englobá-las nas medidas de reparação (cfr. artigo 15.º), mas também porque o próprio artigo 17.º, n.º 1, alínea a), enumera os deveres do operador de adopção de medidas de contenção entre os deveres do operador que, sendo violados, legitimam a actuação da administração.

59. Como referimos, na medida em que o operador não respeitar os deveres enunciados, é dada à APA a possibilidade de actuar directamente, implementando as medidas que considerar adequadas.

Este regime pode parecer um pouco estranho, na medida em que se aparenta estar a privilegiar o operador que não cumpre os seus deveres, que ficaria desonerado de tomar as medidas de reparação. A razão do regime prende-se com a necessidade suprema de assegurar que as medidas adequadas sejam tomadas face a um dano ambiental ou ameaça iminente de dano. O artigo 17.º, n.º 1, permite, assim, a consagração, por um lado, do princípio da responsabilidade primária do operador pela tomada das medidas e, por outro, da atribuição de competência à APA para actuar em casos em que o operador não o faz. De qualquer forma, o operador continua obrigado a suportar os custos das medidas em causa.

60. A APA também deverá actuar quando não for possível identificar o operador responsável pelo dano ambiental ou ameaça de dano em causa. Existe, no entanto, um primeiro dever de detecção do operador responsável – assim, a administração deve fazer tudo ao seu alcance para, no âmbito da sua actividade de recollecção de informações relativamente a um dado incidente, aferir sobre qual o operador que deve ser considerado responsável.

Especialmente relevantes, neste âmbito serão os casos em que é difícil comprovar ou mesmo estabelecer qual o operador responsável, devido à natureza do dano, do tipo de poluição, como os casos de poluição difusa, ou da dificuldade no estabelecimento de nexos causal entre o dano e a actividade do operador. Independentemente da dificuldade na determinação do operador responsável, é a obrigação da administração envidar todos os esforços necessários para essa detecção.

No entanto, podem ocorrer casos em que não é encontrado o operador responsável – por ser impossível determinar a responsabilidade ou por ser demasiado difícil. Nesses casos, deve ser a administração a assumir a implementação das medidas de reparação. Encontra-se, assim, consagrado o princípio de que, em última análise, o responsável pela tomada de medidas no âmbito da responsabilidade ambiental é a administração. Trata-se, no fundo, de mais um instrumento de encorajamento à administração de encontrar o operador responsável.

Se, no entanto, a evolução tecnológica ou das melhores técnicas disponíveis permitir determinar o operador responsável em momento posterior, deve a administração exercer o seu direito de regresso, antes do decurso do prazo de prescrição de cinco anos (cfr. artigo 19.º, n.º 3).

61. Por fim, a APA também poderá adoptar as medidas de reparação quando, mesmo após ter determinado qual o operador responsável pelo dano, se comprove que este não deve ser obrigado a suportar os custos das medidas, nos termos do Decreto-Lei n.º 147/2008. Esses casos serão desenvolvidos *infra*.

62. Todos estes casos que temos vindo a explorar relativamente ao artigo 17.º, n.º 1, têm um pressuposto: a actuação directa da administração, no que diz respeito à tomada de medidas de reparação, ocorre «em último recurso». Como já referimos, a tomada de medidas preventivas não contém esta ressalva. Da mesma forma, para efeitos das medidas de contenção, também se deverá dispensar a necessidade de preenchimento deste requisito⁵⁰. Existe,

⁵⁰ No caso das medidas de contenção, como já referimos, o artigo 15.º, n.º 3, alínea c), permite a actuação directa da administração sem esta limitação. Da mesma forma, também o artigo 6.º, n.º 2, alínea b), da Directiva não contém essa exigência. Assim, neste caso, a APA apenas terá de demonstrar a pertinência das

pois, para efeitos do regime das medidas de reparação a questão de como interpretar a expressão «*em último recurso*», no âmbito da norma habilitante da actuação directa da administração.

Em relação à alínea a) do artigo 17.º, n.º 1, a expressão «*em último recurso*» pode colocar-se a questão sobre se esta equivale à necessidade de aplicação do princípio da subsidiariedade da actuação da APA prevista no artigo 15.º, n.º 3, alínea f). Se tomarmos em linha de conta a redacção do artigo 5.º, n.º 4, e artigo 6.º, n.º 3, da Directiva, parece ser de afastar a aplicação do princípio da subsidiariedade nesses termos⁵¹. De facto, estes preceitos referem expressamente a ausência de actuação do operador. Assim, o determinante para a actuação pública, neste caso, é a necessidade de implementação de medidas e o facto de o operador não o fazer. Para esta interpretação também contribui o argumento literal de não se fazer aqui referência a esse princípio.

Por seu lado, em relação às alíneas b) e c) do artigo 17.º, n.º 1, esta expressão deverá significar que, nestes casos, por não existirem operadores que devam suportar os custos das medidas de reparação – porque não existem, porque não foram encontrados, porque não é possível determinar a sua responsabilidade, ou porque, pura e simplesmente, não são obrigado a suportar os custos das medidas – é a administração que assume esses custos⁵². Nesse sentido, a expressão, em relação a estas alíneas, é equívoca, na medida em que terá sempre de ser a administração a adoptar as medidas, por não existir outra entidade que o deva fazer, na medida em que a administração é a responsável última pela aplicação do regime.

63. Surge-nos uma dificuldade: o artigo 17.º, n.º 1, devido à sua redacção, aparenta pretender regular todas as situações em que a APA actua directamente. Mas então como interpretar o artigo 15.º, n.º 3, alínea f), que

medidas adoptadas «*para limitar ou prevenir novos danos ambientais e efeitos adversos para a saúde humana ou novos danos aos serviços*». Também neste caso, a justificação para a diferença de regimes deverá radicar na necessidade de assegurar uma actuação rápida e eficaz na contenção dos efeitos danosos do acontecimento em causa, de forma limitar os danos ambientais daí advenientes.

⁵¹ Cfr. em sentido contrário, C. AMADO GOMES, "A responsabilidade civil por dano ecológico", p. 270.

⁵² Cfr. C. AMADO GOMES, "A responsabilidade civil por dano ecológico", p. 271.

contém uma norma habilitante aparentemente distinta? Será que o artigo 15.º, n.º 3, alínea *f*), deve ser interpretado como uma mera norma geral, prevendo a possibilidade de actuação directa, posteriormente concretizada pelo artigo 17.º, que estabeleceria os casos em que, de facto, existia essa competência da administração? Para essa interpretação também contribuiria o facto de não existir uma norma equivalente à do artigo 15.º, n.º 3, alínea *f*), na Directiva.

Essa não parece ser a correcta interpretação sistemática integrada do artigo 15.º, n.º 3, alínea *f*), e do artigo 17.º. De facto, uma análise cuidada do preceito permite-nos constatar que a norma habilitante aí prevista é distinta do artigo 17.º. No caso do primeiro preceito, a actuação directa da APA encontra-se justificada quando «*a gravidade e as consequências dos danos assim o exigam*». Ou seja, esta actuação não pressupõe o preenchimento de nenhuma das situações enumeradas no artigo 17.º, n.º 1. Para além disso, como vimos, a actuação da administração, neste caso, está dependente de um juízo de subsidiariedade face à actuação do operador. Pelo contrário, no caso do artigo 17.º, n.º 1, esse juízo não é aplicável.

O facto de a Directiva não dispor de um preceito equivalente ao do artigo 15.º, n.º 3, alínea *f*), também não é o suficiente para sustentar esta hipótese. De facto, a Directiva permite a actuação da administração em vez do operador, desde que se ressalve o princípio do «*poluidor-pagador*».

Podemos, assim, concluir, que o legislador português alargou os casos em que a administração pode actuar directamente.

64. Por fim, a APA deve adoptar as medidas de reparação «*em casos de situações extremas para pessoas e bens*». Quando se verifique esta situação, a APA pode agir directamente, sem necessidade de respeitar os restantes procedimentos previstos no Decreto-Lei n.º 147/2008. Este regime será explorado no próximo ponto.

j) Estado de excepção ambiental

65. O artigo 17.º, n.º 2, prevê que «*em casos de situações extremas para pessoas e bens, a autoridade competente pode actuar sem necessidade de*

adopção dos procedimentos previstos no decreto-lei para fixar as medidas de prevenção ou reparação necessárias ou para exigir a sua adopção».

Trata-se da previsão de uma espécie de estado de necessidade ambiental, previsto na linha do estabelecido no artigo 3.º, n.º 2, do CPA, para o estado de necessidade administrativa.

66. Nestes termos, a administração ambiental pode fixar as medidas de prevenção ou de reparação (ou de contenção⁵³), podendo não respeitar algumas das formalidades previstas no regime. As medidas assim determinadas podem ser impostas ao operador, como expressamente previsto, ou adoptadas directamente pela administração, situação não expressamente prevista, mas igualmente de admitir, pela lógica do regime.

A actuação ao abrigo deste preceito deve ser, no entanto, correctamente enquadrada. O artigo 17.º, n.º 2, apenas legitima a actuação que tenha como objectivo razoável resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, nomeadamente através do cumprimento das regras do Decreto-Lei n.º 147/2008. Trata-se da aplicação de um princípio idêntico ao previsto no artigo 3.º, n.º 2, do CPA. Deve, assim, existir uma correlação entre o objectivo prosseguido e as medidas a adoptar, por um lado, e os procedimentos não cumpridos, por outro.

67. Mas qual a actuação que pode ser adoptada pela administração ao abrigo deste preceito?

Tendo em conta que a administração sempre deverá adquirir conhecimento da ocorrência do dano ou da ameaça iminente do dano (na medida em que apenas pode decidir fixar medidas depois de tomar conhecimento de que existem motivos para isso) e de avaliar, ainda que sumariamente, a situação para determinar as medidas que devem ser tomadas (na medida em que necessita de determinar que medidas devem ser adoptadas) são os restantes procedimentos – de aquisição de informações suplementares, de análise aprofundada da situação e dano ou de dano iminente, de análise da proposta de medidas por parte do operador e de

⁵³ Temos de considerar aqui englobadas as medidas de contenção, nos termos da extensão do regime a que já fizemos referência *supra* na nota 50.

audição prévia dos interessados – que podem ser afastados, nos termos deste preceito.

O não cumprimento destes procedimentos ou fases procedimentais está, no entanto, necessariamente sujeita ao princípio da proporcionalidade. Nessa medida, a legitimidade de actuação à margem dos procedimentos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 147/2008, ao abrigo do artigo 17.º, n.º 2, deverá ser analisada em relação a cada fase do procedimento ou acto procedimental. Assim, em princípio só deverão ser afastadas as exigências procedimentais que se considere que, ao serem adoptados, não permitiriam dar resposta, em tempo, às situações extremas.

68. O preceito em causa também deve ser relacionado com o artigo 34.º da Lei de Bases do Ambiente, que estabelece um regime específico para a declaração de «zonas críticas» e de «situação de emergência»⁵⁴. De facto, já a Lei de Bases do Ambiente continha regras relativas à actuação excepcional da administração em casos de situações de emergência.

A situação prevista no artigo 17.º, n.º 2, estará mais próxima desta última figura, na medida em que esta prevê a tomada de «actuações específicas, administrativas ou técnicas [...] por parte da administração central e local, acompanhadas do esclarecimento da população afectada» quando «os índices de poluição, em determinada área, ultrapassarem os valores admitidos pela legislação [...] ou, por qualquer forma, puserem em perigo a qualidade do ambiente» (cfr. artigo 34.º, n.º 2, da Lei de Bases do Ambiente)⁵⁵.

Nesse sentido, em determinada medida, o artigo 17.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 147/2008 veio concretizar a Lei de Bases do Ambiente e deve ser interpretado nessa medida. Assim, podemos recorrer à previsão contida no artigo 34.º, n.º 2, da Lei de Bases do Ambiente para elencar situações em que pode haver o recurso ao mecanismo previsto no artigo 17.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 147/2008.

⁵⁴ Sobre esta matéria, cfr. P. PORTUGAL GASPAR, *O estado de emergência ambiental*, Coimbra, Almedina, pp. 45 ss.

⁵⁵ Também nesse nível, o artigo 34.º, n.º 3, da Lei de Bases do Ambiente prevê que «será feito o planeamento das medidas imediatas necessárias para ocorrer a casos de acidente sempre que estes provoquem aumentos bruscos e significativos dos índices de poluição permitidos ou que, pela sua natureza, façam prever a possibilidade desta ocorrência».

O artigo 34.º, n.º 2, da Lei de Bases do Ambiente também é importante na medida em que estabelece um dever de informação da população afectada, que também será de aplicar, com as devidas adaptações, no caso de aplicação do artigo 17.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 147/2008.

k) Custos das medidas de reparação

69. O princípio geral estabelecido no Decreto-Lei n.º 147/2008 é o de que os custos das medidas de prevenção e reparação (ou de contenção⁵⁶) adoptadas em sua virtude são suportados pelo operador (cfr. artigo 19.º, n.º 1). Trata-se de uma decorrência do princípio geral do «poluidor-pagador»⁵⁷.

A responsabilidade do operador pode operar de duas maneiras: ou *i)* é o operador quem assume a implementação das medidas em concreto, respondendo directamente, dessa forma, ou *ii)* é a administração quem assume essa concretização das medidas, devendo o operador suportar os gastos da administração, no âmbito dessa actividade.

70. Assim, quando a APA assume, em determinada medida, a concretização das medidas – em parte ou na totalidade – deve exigir ao operador que causou o dano o pagamento dos custos que tiver suportado, «*nomeadamente através de garantias sobre bens imóveis ou de outras garantias adequadas*» (cfr. artigo 19.º, n.º 2). A esse respeito é importante fazer referência ao artigo 22.º, que estabelece o regime de garantias financeiras obrigatórias.

O artigo 19.º, n.º 3, estabelece, no entanto, um prazo máximo de cinco anos para que a entidade administrativa recupere os custos, findo o qual o direito de regresso prescreve. O prazo em causa deve ser contado a partir «*da data da conclusão das medidas adoptadas, excepto se a identificação dos operadores ou dos terceiros responsáveis ocorrer posteriormente, caso em que a contagem do prazo se inicia a partir dessa data*». Suscita algumas dúvidas interpretativas a referência à possibilidade de a identificação dos responsáveis poder ocorrer «*posteriormente*» - em relação a que facto é que se poderá fazer este juízo de posterioridade? Com o auxílio interpretativo do artigo 10.º

⁵⁶ Temos de considerar aqui englobadas as medidas de contenção, nos termos da extensão do regime a que já fizemos referência *supra* na nota 50.

⁵⁷ Cfr. considerando 18 do preâmbulo da Directiva.

da Directiva percebemos que o ponto de referência será a data da conclusão das medidas adoptadas – se a identificação ocorrer posteriormente, o prazo de cinco anos deverá ser contado a partir dessa data.

71. Em relação a este regime convém fazer referência também ao artigo 17.º, n.º 3, que estabelece que, nos casos de actuação directa da administração previstos nesse preceito, deve a APA fixar os «*montantes dos custos das medidas adoptadas*» e identificar «*o responsável pelo seu pagamento, podendo recuperá-los em regresso*»⁵⁸.

O regime assim estabelecido parece sobrepor-se ao estabelecido no artigo 19.º, já que ambos dispõem sobre a necessidade de o operador responder pelos custos das medidas tomadas. Este facto tem a agravante de que o artigo 17.º, n.º 3, deixa de fora os casos de actuação directa ao abrigo do artigo 15.º, n.º 3, alínea f), – que serão casos autónomos, como vimos. Dispondo os dois sobre a mesma matéria podemos interrogarmo-nos sobre a utilidade dessa duplicação. Se se concluir que os regimes são diferentes, sendo o artigo 17.º um regime especial, então não se percebe o porquê de existirem dois regimes. Se se concluir que os regimes são iguais, a duplicação é inútil. Parece-nos ocorrer este último caso, porque não vemos distinção material entre os regimes em causa.

72. O princípio geral de responsabilidade do operador conhece algumas excepções⁵⁹. De facto, o artigo 20.º, n.º 1, estabelece que o operador não está obrigado ao pagamento das medidas quando demonstre que o dano ou a ameaça iminente de dano:

- a) Tenha sido causado por terceiros e ocorrido apesar de terem sido adoptadas as medidas de segurança adequadas; ou
- b) Resulte do cumprimento de uma ordem ou instrução emanadas de uma autoridade pública que não seja uma ordem ou instrução

⁵⁸ A regra estabelecida no artigo 17.º, n.º 3, parece ter uma aplicação apenas parcelar. De facto, na medida em que se refere aos custos das medidas adoptadas com base no artigo 17.º, esta regra apenas fará sentido para o artigo 17.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2 – na medida em que não se poderá exercer o direito de regresso na medida em que não seja possível identificar o operador responsável ou que este não deva responder.

⁵⁹ Cfr. C. AMADO GOMES, "A responsabilidade civil por dano ecológico", pp. 263 ss.

resultante de uma emissão ou incidente causado pela actividade do operador.

Assim, um dos pressupostos é que o dano ou a ameaça iminente de dano tenha como origem, directa ou indirecta, alguém que não o operador – num dos casos, um terceiro, no outro dos casos, a própria administração. No primeiro caso, é necessário que, apesar de o dano ou a ameaça iminente de dano ter sido causado por terceiro, o operador demonstre que foram tomadas todas as medidas de segurança adequadas. No segundo caso, tal não é necessário. Na medida em que se trata de uma ordem ou instrução da administração, o legislador parece presumir que o operador não teria tido possibilidade de tomar medidas de segurança adequadas ou que não lhe é exigível que o faça, tendo em conta que se encontra vinculado ao seu cumprimento.

No entanto, no segundo caso a responsabilidade não é afastada se, apesar de se tratar do resultado de uma ordem ou instrução da administração, esta tiver sido emitida na sequência de uma emissão ou incidente causado pela actividade do operador – ou seja, que o responsável pela necessidade de a administração ter dado essa ordem ou instrução ser, em última análise, o próprio operador. Repare-se que, apesar de só se referir a situação em que a ordem ou instrução foi motivada por emissão ou incidente causado pela actividade do operador, entende-se que o mesmo regime se deve aplicar no caso em que o motivo da actuação da administração for a ameaça eminente de uma emissão ou incidente causado pela actividade do operador – de forma a cobrir, por exemplo, as medidas preventivas.

A justificação, para o TJUE, prende-se com o facto de o princípio do poluidor-pagador não implicar que os operadores «devam assumir os encargos inerentes à reparação de poluição para a qual não contribuiram»⁶⁰.

Em ambos os casos, o facto de o operador não estar obrigado ao pagamento das medidas não afasta o dever de adopção e de execução das medidas de prevenção e de reparação (e de contenção) dos danos ambientais. Nessa medida, toda a parte do regime relativa às obrigações de

⁶⁰ Cfr. Proc. n.º C-378/2008, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o.*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 67. O Tribunal recorre, por analogia, ao acórdão emitido no Proc. n.º C-293/97, *Standley e o.*, [1999] Colect., p. I-2603, considerando 51.

informação, colaboração com a administração e apresentação de proposta de medidas também se lhe aplica. No entanto, neste caso, o operador goza de direito de regresso, conforme o caso, sobre o terceiro responsável ou sobre a entidade administrativa que tenha dado a ordem ou instrução.

Repare-se que este regime pressupõe a sua aplicação aos casos do artigo 12.º e do artigo 13.º, ou seja, é indiferente estarmos perante um caso de responsabilidade objectiva ou subjectiva do operador. Se bem que, no caso do artigo 20.º, n.º 1, alínea a), em bom rigor, estamos num caso em que a responsabilidade pelo dano ou a ameaça iminente de dano cabe a um terceiro que não o operador. Assim, esta situação apenas afastará a responsabilidade objectiva do operador no âmbito do artigo 12.º.

Caso diferente é o previsto no artigo 20.º, n.º 1, alínea b), na medida em que o afastamento de responsabilidade, pelo menos à primeira vista, ocorre independentemente de o operador ter actuado com dolo ou negligência.

73. Existe um outro caso de afastamento do princípio de que deve ser o operador a suportar os custos das medidas (cfr. artigo 20.º, n.º 3), para que necessita de demonstrar, cumulativamente, que:

- a) Não houve dolo ou negligência da sua parte;
- b) O dano ambiental foi causado por:
 - i) Uma emissão ou um facto expressamente permitido ao abrigo de um dos actos autorizadores identificados no anexo III e que respeitou as condições estabelecidas para o efeito nesse acto autorizador e no regime jurídico aplicável no momento da emissão ou facto causador do dano ao abrigo do qual o acto administrativo é emitido ou conferido; ou
 - ii) Uma emissão, actividade ou qualquer forma de utilização de um produto no decurso de uma actividade que não sejam consideradas susceptíveis de causar danos ambientais de acordo com o estado do conhecimento científico e técnico no momento em que se produziu a emissão ou se realizou a actividade.

Trata-se, neste caso, de uma situação de exclusão da responsabilidade que só se aplicará no âmbito da responsabilidade objectiva, uma vez que é necessária a ausência de dolo ou negligência. Assim, este motivo de afastamento da responsabilidade apenas se aplicará no âmbito do artigo 12.º.

Assim, nesse âmbito, para além da prova da ausência de culpa ou negligência, o operador terá ainda de provar, no caso da alínea a), que a causa do dano ou da ameaça iminente do dano teve origem no desenvolvimento de uma actividade devidamente autorizada (identificada no anexo III) e que, no momento da emissão o operador respeitava todas as condições previstas no acto autorizador e no regime jurídico do exercício da actividade em causa.

No caso da alínea b), o operador deverá demonstrar que a actividade que estava a desenvolver não era considerada susceptível de causar danos ambientais de acordo com o estado do conhecimento científico e técnico do momento em causa.

Isto significa que o regime de responsabilidade objectiva previsto no artigo 12.º é um regime bastante limitado, na medida em que a responsabilidade do operador pode ser afastada no caso de actuações licenciadas dentro dos limites legais e de consequências de actuações (mesmo que ilegais) que, no momento em que foram praticadas, não eram consideradas susceptíveis de causar danos ambientais «*de acordo com o estado do conhecimento científico e técnico*».

O regime parece, por isso, em certa medida, redundar numa inversão do ónus da prova. Desde que o operador consiga provar os factos referidos – o que poderá não ser fácil, a sua responsabilidade objectiva é afastada. Nesse caso, quem suportará os custos das medidas será o Estado – a comunidade. Assim, nestes casos existe uma comunitarização do risco e dos custos decorrentes, que não são internalizados pelo operador. Repare-se que aí se incluem os riscos derivados da incerteza científica pelas consequências da actuação do operador.

74. Para além das situações citadas de excepção do princípio da responsabilidade do operador pelos custos das medidas, prevê-se ainda que a APA possa optar por não responsabilizar o operador. De facto, regime permite

à autoridade decidir não recuperar integralmente os custos relativos às medidas por si tomadas, nos termos do artigo 19.º, n.º 4, quando:

- a) O custo da recuperação for superior ao montante a recuperar; ou
- b) O operador não puder ser identificado.

A enumeração não parece especialmente feliz, na medida em que no segundo caso, *i. e.* quando o operador não pode ser identificado, a não recuperação não passa propriamente por uma opção da administração, mas por uma limitação de facto.

Resta também analisar o que se querará dizer com «*o custo da recuperação for superior ao montante a recuperar*». A questão prende-se com a adopção de uma interpretação mais restritiva, em que se tomará em linha de conta os custos estritos do processo de recuperação do montante em causa, ou uma interpretação mais lata, em que se considerará como integrante do custo da recuperação as consequências para o operador de ter de suportar esse montante. De facto, podem ocorrer casos em que a recuperação integral de custos poderá acarretar a falência do operador, com consequentes custos económicos e sociais. Será que a administração terá margem para entrar em linha de conta com estes factos? Por um lado, em caso de resposta afirmativa parecemos estar a ater-nos a factos não directamente relacionados com o procedimento de recuperação dos custos. Mas, por outro lado, a tutela ambiental não se pode considerar desligada da tutela dos restantes interesses públicos em presença. Trata-se de mais uma área em que o desenvolvimento jurisprudencial será essencial.

Na medida em que o regime permite a não recuperação integral dos custos, também permite que a APA decida recuperar apenas parte dos custos. Assim, em vez de optar pela não recuperação dos custos, a administração pode optar por não recuperar a parte dos custos que exceda o custo da recuperação, para este efeito. Esta última hipótese deverá ser, aliás, a regra geral, de acordo com o princípio de que o operador deve responder pelos danos provocados e, em geral, com o princípio do «poluidor-pagador».

75. Nos casos em que os custos das medidas tomadas pela administração não podem ser, não devem ser ou simplesmente não são suportadas pelo

operador, esse montante é suportado pelo Fundo de Intervenção Ambiental, nos termos do artigo 19.º, n.º 5, e do artigo 23.º⁶¹. O mesmo acontece quando o operador apenas suporta parte dos custos, devendo o montante remanescente ser suportado pelo Fundo.

II. VICISSITUDES DAS MEDIDAS DE REPARAÇÃO

76. Falta-nos ainda estudar o regime aplicável às vicissitudes das medidas de reparação e das instruções após a sua emissão pela autoridade administrativa.

77. As medidas de reparação determinadas pela APA podem ser por esta alteradas a todo o tempo. De facto, tendo em conta que o objectivo das medidas é *«reparar, reabilitar ou substituir os recursos naturais e os serviços danificados ou fornecer uma alternativa equivalente a esses recursos ou serviços»* (cfr. artigo 11., n.º 1, alínea n)), este objectivo não poderia ser alcançado se não fosse possível à administração adoptar as medidas mais apropriadas – o que significa que, caso se aperceba que as medidas implementadas não são as mais adequadas, a administração deve ter o poder de as alterar no sentido que entender mais conveniente. Esta nossa interpretação foi já confirmada pela jurisprudência do TJUE, que refere que *«a autoridade competente está [...] habilitada a alterar, mesmo oficiosamente, na falta de uma proposta inicial do concessionário, as medidas de reparação ambiental anteriormente tomadas. Com efeito, a autoridade competente*

⁶¹ O artigo 19.º, n.º 5, remete estes casos para o artigo 22.º e não ao artigo 23.º. Trata-se de um lapso manifesto de remissão, na medida em que o artigo 22.º diz respeito à garantia financeira obrigatória dos operadores em actividades enumeradas no anexo III. Ora, não faz sentido o preceito que regula o financiamento dos casos em que os operadores não suportam os custos remeter para o artigo que se refere à garantia que os operadores devem possuir para os casos em que devam responder pelos danos. Se estamos a tratar de custos sobre os quais o operador não responde, não faz sentido remetermos para a sua garantia financeira obrigatória. A remissão, assim, deve entender-se como feita para o artigo 23.º, que estabelece o regime do Fundo de Intervenção Ambiental, que deve suportar os custos da intervenção pública de prevenção e reparação dos danos ambientais (cfr. artigo 23.º, n.º 1). A remissão deve ser considerada, pois, um lapso, até pela proximidade dos preceitos em causa. Assim, de acordo com uma interpretação sistemática, devemos entender que a remissão feita pelo artigo 19.º, n.º 5, para o artigo 22.º deve ser entendida como feita para o artigo 23.º.

pode ser levada a concluir, na prática, pela necessidade de uma acção complementar da já decidida ou mesmo chegar à conclusão de que as medidas inicialmente tomadas se revelaram ineficazes e que são necessárias outras medidas para remediar determinada poluição do ambiente»⁶².

As alterações às medidas propostas podem derivar de factos que chegaram ao conhecimento da APA através da sua própria actividade ou da de outras entidades públicas (o dever de cooperação mantém-se) ou da comunicação de interessados. Também o próprio operador poderá propor alterações.

É claro que o processo aplicável à aprovação de novas medidas para a substituição das anteriores deverá ser equivalente *mutatis mutandis* ao processo relativo à aprovação das medidas *ex novo*. Nesses termos, o TJUE já se pronunciou sobre este aspecto, admitindo as alterações, na medida em que seriam equivalentes à escolha entre as diversas medidas possíveis no momento da tomada de decisão inicial⁶³. Quanto ao regime, o Tribunal esclarece que *«quando a autoridade competente pretenda alterar substancialmente medidas de reparação dos danos ambientais decididas no final de um processo contraditório desenvolvido em cooperação com os concessionários em causa e que já tenham sido executadas ou estejam em início de execução, ou seja, em caso de mudança de opção de reparação, essa autoridade está, em princípio, obrigada a ter em conta os critérios indicados no ponto 1.3.1 do anexo II da Directiva 2004/35 e, além disso, nos termos do seu artigo 11.º, n.º 4, deve indicar, na decisão que venha a tomar nesta matéria, as razões exactas que fundamentaram a sua escolha ou, eventualmente, as razões que justificaram que não tivesse de fazer-se ou não pudesse ser feita uma análise detalhada com base nos referidos critérios, por exemplo, devido à urgência da situação ambiental»⁶⁴.*

⁶² Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 51.

⁶³ O TJUE refere que *«quando se coloca a questão da escolha entre diferentes opções de reparação, o que é o caso quando a autoridade competente pretende alterar as medidas de reparação que já havia anteriormente tomado, cabe-lhe, nos termos do artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 2004/35, lido em conjugação com o ponto 1.3.1 do seu anexo II, avaliar as referidas opções com base nos critérios enumerados no dito ponto»*. Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 62.

⁶⁴ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 63.

A APA deve assegurar, no processo de tomada de decisão, que «a opção escolhida permita efectivamente atingir os melhores resultados do ponto de vista ambiental, sem expor os concessionários em causa a custos manifestamente desproporcionados relativamente aos que deveriam ter suportado com a primeira opção escolhida por essa autoridade»⁶⁵. Só assim não seria quando a autoridade puder demonstrar que a opção inicial se revelava inadequada para restaurar, reabilitar ou substituir os recursos naturais danificados ou os serviços deteriorados.

78. Nesse sentido, a administração poderá notificar o operador, fundamentando a necessidade de alteração das medidas, para que este proponha as alterações que entender convenientes, nos termos do artigo 16.º, n.º 1. A administração também poderá decretar as alterações independentemente da proposta do operador⁶⁶. Se tiver sido um interessado a propor as alterações, dever-se-á aplicar o regime do artigo 18.º com as devidas alterações.

Essencial será sempre o direito de audição prévia do operador responsável pela execução das medidas, bem como em relação aos restantes interessados, que decorre do princípio do contraditório, apesar de não se encontrar expressamente previsto⁶⁷. De facto o TJUE já referiu que «para alterar substancialmente as medidas de reparação ambiental que já tenha aprovado – alterações a que pode proceder nos termos da Directiva 2004/35 –, o artigo 7.º, n.º 2, da mesma directiva impõe à autoridade competente que oiça os operadores destinatários das medidas, excepto quando a urgência da situação ambiental imponha uma actuação imediata por parte daquela autoridade. Por outro lado, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo 7.º, a autoridade competente será obrigada a convidar, concretamente, as pessoas em cujos terrenos devem ser aplicadas as medidas de reparação a apresentarem as suas observações, devendo tê-las em conta»⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 64.

⁶⁶ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 51.

⁶⁷ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerandos 54-56.

⁶⁸ Cfr. Proc. n.º C-379/08 e C-380/08, *Raffinerie Mediterranee (ERG) e o. II*, não publicado (disponível em URL: <http://eur-lex.europa.eu>), considerando 56.

79. Quanto à cessação da vigência das medidas, podemos começar por referir que estas podem ser revogadas ou caducar.

De facto, como começamos por ver as medidas podem ser alteradas a todo o tempo. Nos mesmos termos em que podem ser alteradas, as medidas podem ser revogadas, a todo o tempo pela administração, na medida em que concluir que estas não estão a contribuir para a real reparação dos danos ambientais – porque não são eficazes (total ou parcialmente) ou porque estão a contribuir para o agravamento desses danos. A administração também poderá optar por revogar as medidas quando considerar que existem outras medidas mais adequadas para prosseguir o objectivo em causa.

80. Por outro lado, as medidas devem considerar-se caducas no momento em que se verifique que os seus objectivos foram alcançados, ou seja, que se conseguiu «reparar, reabilitar ou substituir os recursos naturais e os serviços danificados ou fornecer uma alternativa equivalente a esses recursos ou serviços» (cfr. artigo 11., n.º 1, alínea n)). Nestes termos, as medidas de reparação são, por natureza, actos administrativos colocados sob uma condição resolutiva.

De facto, a obrigação de adopção (e manutenção) das medidas de reparação apenas se poderá considerar extinta quando forem alcançados os objectivos de reparação, reabilitação ou substituição dos recursos naturais e dos serviços danificados ou de fornecimento de uma alternativa equivalente a esses recursos ou serviços, nos termos previstos no anexo V do Decreto-Lei n.º 147/2008. Trata-se da decorrência da existência do dever originário de actuação: na medida em que de deixarem de verificar os pressupostos para a existência de dever de adopção de medidas preventivas, também deixa de existir esse dever.

81. Mas o que acontece quando se chega à conclusão que essas medidas não são suficientes ou que, por algum motivo, nunca serão susceptíveis de alcançar o cumprimento dos objectivos referidos? Será que nesse caso também se poderá considerar que as medidas caducaram? Não, na medida em que esse género de juízos é reservado pelo regime legal à administração. Nesse caso, o que o operador ou um interessado deve fazer é

comunicar à administração essa sua conclusão, pedido à administração que actue. Em caso de não actuação indevida da administração, sempre poderão estes actores recorrer aos mecanismos do contencioso administrativo de reacção ao silêncio ou não actuação indevidos da administração.

Da mesma forma, quando existirem dúvidas sobre o cumprimento dos objectivos das medidas deverá a administração ser chamada a pronunciar-se sobre a verificação das condições de caducidade. Nesse caso não se tratará de uma revogação da medida mas da declaração de caducidade das medidas por parte da administração, tendo em conta que os seus objectivos foram alcançados.

82. Faremos de seguida uma breve referência ao regime das instruções.

O seu regime seguirá de perto o regime das medidas, uma vez que, como já referimos as instruções têm uma natureza instrumental face às medidas. Assim, o que referimos em relação à possibilidade de alteração e de revogação das medidas também se deverá considerar aplicável às instruções, com as devidas adaptações⁶⁹.

No entanto, podem encontrar-se especialidades no regime das instruções, que decorrem, precisamente, da sua natureza instrumental. De facto, deve-se considerar que as instruções caducam quando as medidas com as quais se relacionam deixam de vigorar por serem revogadas ou quando também estas caducaram. Para além disso, também se deve entender que as instruções caducaram na medida em que as medidas em causa são alteradas em sentido contrário ao nelas disposto.

RUI TAVARES LANCEIRO

Assistente convidado e doutorando da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

[Voltar ao Índice](#)

⁶⁹ É curioso que o artigo 14.º, n.º 5, alínea c), preveja expressamente a possibilidade de revogação das medidas preventivas enquanto que o artigo 15.º, n.º 3, alínea l), não o faça. Não cremos que essa discrepância seja significativa. De facto, não se vê motivo para daí se retirar uma diferença de regime entre as instruções relativas a medidas preventivas ou de reparação – que não parece fazer sentido à partida. A distinção também não existe no texto da Directiva (cfr. artigo 5.º, n.º 3, alínea c), e artigo 6.º, n.º 2, alínea d), da Directiva).

A RESTAURAÇÃO NATURAL NO NOVO REGIME JURÍDICO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AMBIENTAIS

I. Considerações preliminares. Delimitação. Conceitos base.

1. O Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho¹, transpôs para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, na redacção que lhe foi dada pela Directiva n.º 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho (doravante **Directiva**). Assim se concretizou o antigo propósito de criação de um regime transversal – e não sectorial – de responsabilidade por danos ambientais na União Europeia².

Variadíssimas questões podem (devem) ser estudadas e aprofundadas a propósito do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, que aprovou o novo Regime Jurídico da Responsabilidade Civil por Danos Ambientais (doravante **RJRCDA**). O tema que iremos tratar não se refere à imputação da responsabilidade a um determinado sujeito (pressupostos), mas sim a um momento posterior (ou, até mesmo, a um momento autónomo, uma vez que o que se dirá pode ser aplicado mesmo quando a reparação é assumida pelo Estado): a reparação do dano.

2. Inevitavelmente, temos de explicitar a que tipo de danos nos referimos, uma vez que dano ambiental pode corresponder àquilo que tradicionalmente a doutrina tem vindo a distinguir como dano ambiental ou como dano ecológico³. Este estudo limita-se ao chamado dano ecológico, que

¹ Entretanto já alterado pelo Decreto-Lei n.º 245/2009, de 22 de Setembro.

² Sobre os antecedentes históricos da criação de um regime comunitário de responsabilidade por danos ambientais, veja-se EDWARD H. P. BRANS, *Liability for damage to public natural resources*, Haia: Kluwer Law International, 2001, pp. 180 e seguintes.

³ Não adoptando a terminologia mais comum, o *Livro branco sobre responsabilidade ambiental* refere-se a *danos tradicionais* enquanto danos a pessoas e bens por força de danos a recursos naturais – cfr. COM (2000) 66 final, de 9 de Fevereiro de 2000, pp. 17 e 18. Remetemos a conceptualização desta distinção para outras obras, cujo escopo permite esse desenvolvimento. Sobre esta questão, veja-se JOSÉ DE SOUSA CUNHAL SENDIM, *Responsabilidade civil por danos ecológicos. Da reparação*

poderíamos definir como a lesão causada a um recurso natural, susceptível de causar uma afectação significativa do equilíbrio do bem jurídico ambiente (função do recurso natural), isto é, do património natural, enquanto conjunto dos recursos bióticos e abióticos, e a sua interacção. Não é demais sublinhar esta limitação: tudo o que vai ser dito é aplicável apenas à reparação do dano ecológico, tal como definido, e não aos danos a pessoas e bens.

3. Diga-se que o que à primeira vista pode parecer uma questão há muito tratada pelo direito privado da responsabilidade civil, é, em rigor, uma problemática materialmente diversa: não só os princípios que conformam (e enformam) o regime, como também a natureza dos bens protegidos e os sujeitos envolvidos são outros, o que não pode deixar de ter repercussão no regime da reparação do dano, publicizando-o.

Apesar de só agora existir um regime comunitário (e nacional) de responsabilidade civil por dano ambiental, há muito que a doutrina europeia se vinha debruçando sobre este tema; em especial, a reparação do dano ecológico deu origem a diversas obras dedicadas ao assunto, com propostas quanto à forma de determinação das medidas de reparação. Estes antecedentes doutrinários são úteis para compreender o novo regime legal, que certamente os considerou.

4. Assim, a reparação (ou indemnização, em sentido amplo) pode revestir duas modalidades: a reparação *in natura* e a indemnização em dinheiro⁴. A reparação *in natura* concretiza-se através da reconstituição fáctica da situação actual hipotética. Há que introduzir desde já aqui uma precisão: diz-se situação *actual hipotética* para intencionalmente afastar a ideia de situação *anterior à prática do facto lesivo*. Em termos estritamente

do dano através de restauração natural, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 65 e seguintes, em especial 130 e seguintes. Mais sucintamente e já à luz do RJRCDA, veja-se CARLA AMADO GOMES, "A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho" in *O que há de novo no Direito do Ambiente?*, Actas das Jornadas de Direito do Ambiente, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 15 de Outubro de 2008 (org. Carla Amado Gomes e Tiago Antunes,) Lisboa: AAFDL, 2009, pp. 240 e seguintes.

⁴ Em termos terminológicos, e até este ponto, esta distinção não difere da que é classicamente feita na teoria geral da responsabilidade civil. Veja-se, a título meramente exemplificativo, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, pp. 399 e seguintes.

dogmáticos, o lesante tem obrigação de reposição da situação como se não tivesse havido lesão, e não de reposição da situação anterior à prática do facto lesivo, o que pode no caso concreto, em termos de custos, ser significativamente diferente⁵; contudo, nem sempre esta será a solução mais ambientalmente favorável e, desde que com respeito pelo princípio da proporcionalidade, não se afasta liminarmente a hipótese de o legislador, diversamente do que é classicamente entendido, determinar que o lesante tem obrigação de reposição da situação anterior à prática do facto lesivo, tendo em conta, em especial, a complexidade e imprevisibilidade da evolução do estado dos recursos naturais. Veremos *infra* qual a solução que vigora no RJRCDA.

No caso do dano ecológico, a reparação *in natura* identifica-se com a restauração ou reabilitação do elemento natural afectado e/ou das suas funções ecológicas (também chamada de funcionalidade ou serviço do recurso natural, conceitos que nos remetem para a interacção e interdependência dos ecossistemas). A distinção entre o elemento natural em concreto afectado e a sua função ecológica permite uma distinção das duas formas de reparação *in natura*: a restauração ecológica e a compensação ecológica.

Na restauração ecológica existe recuperação do elemento natural que em concreto foi afectado. Já as medidas de compensação ecológica visam criar, expandir ou de alguma forma aumentar a capacidade funcional de outros elementos naturais, aproximando-se assim de uma ideia de substituição por equivalente funcional.⁶

⁵ Imagine-se o caso de um dano a uma espécie vegetal protegida, em elevado e progressivo estado de degradação, em que o facto lesivo ocorreu em 2009 e a reparação apenas é feita em 2011. A reposição da situação *actual hipotética* implicaria a reconstituição da situação em que a espécie estaria em 2011 caso não tivesse ocorrido o facto lesivo, considerando a degradação a que, por factores exteriores, a espécie estava sujeita. Caso a reparação *in natura* correspondesse à reposição da situação anterior à prática do facto lesivo, o lesante estaria obrigado a reconstituir a situação de 2009 o que, no caso concreto, seria ambientalmente mais favorável.

⁶ Não poderemos desenvolver aqui este tópico. Contudo, diga-se que a integração da compensação ecológica na reparação *in natura* parte de determinados pressupostos no que toca ao bem protegido pela responsabilidade civil (e, em última análise, pelo Direito do Ambiente em geral). Trata-se de um alargamento conceptual da reparação *in natura* que resulta da densificação do conceito de dano ecológico.

Finalmente, como medida estritamente subsidiária, a compensação pecuniária é ainda um modo de reparação do dano ecológico. A compensação pecuniária não cabe na economia deste trabalho, que se dedica à reparação *in natura*. Mas são evidentes as principais questões que se colocam quanto a esta modalidade de reparação quando falamos de dano ecológico: a admissibilidade da compensação pecuniária (à luz dos princípios de Direito do Ambiente), métodos de avaliação pecuniária do recurso lesado que não tem natureza patrimonial e o destino dos montantes eventualmente pagos.

5. Antes de passarmos à análise do regime legal, há que sublinhar a centralidade do princípio da proporcionalidade na determinação da medida de reparação aplicável. O princípio da proporcionalidade – nas suas três vertentes: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito –, princípio geral da actividade administrativa, pode, no limite, obstar à aplicação de qualquer medida de reparação *in natura* e impor a compensação pecuniária. No nosso entendimento, a proporcionalidade em sentido estrito não é um critério para determinação da medida de reparação a aplicar, mas antes um limite à aplicação de uma medida⁷.

Neste mesmo sentido foi a Comissão Europeia, que concluiu que *mesmo que a reparação dos danos seja exequível, também têm de existir critérios de avaliação para o recurso natural danificado, a fim de evitar que os custos da sua restauração sejam desproporcionados. Terá de ser realizada uma análise de custo-benefício ou uma análise de razoabilidade, caso a caso*⁸. Contudo, se tudo isto parece evidente e pacífico, o mesmo já não se pode dizer da concretização desta operação de análise de custo-benefício.

O problema não se coloca quando falamos de casos em que o *custo das medidas de restauração for claramente desproporcionado e exorbitante*⁹ ou nos casos em que o custo das medidas de reparação for baixo. É, como

⁷ Neste sentido, vide LUCÍA GOMIS CATALÁ, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Pamplona: Aranzadi Editorial, 1998, pp. 260 e seguintes; e ainda JESUS CONDE ANTEQUERA, *El deber jurídico de restauración ambiental*, Granada: Editorial Comares, 2004, pp. 97 e seguintes.

⁸ Cfr. COM (2000) 66 final, de 9 de Fevereiro de 2000, p. 21.

⁹ Cfr. COM (2000) 66 final, de 9 de Fevereiro de 2000, p. 53.

sempre, nos casos duvidosos que a problemática surge com toda a acuidade e capacidade para bloquear um procedimento tendente à reparação do dano. Em caso de litigância, há que saber como fazer o teste de razoabilidade (*reasonableness test*). Nem o *Livro branco sobre responsabilidade ambiental* da Comissão responde – ou começa a responder – à questão, nem a Directiva a concretizou.

Sem entrar em profundidade na questão, a análise do custo-benefício da adopção de determinada medida de reparação passa, em primeiro lugar e preferencialmente, pela atribuição de um custo às medidas de reparação *in natura* a adoptar (*custos de restauração*¹⁰). Para calcular o benefício da adopção de determinada medida, coloca-se o problema constante de atribuição de um valor monetário aos benefícios de um determinado recurso natural. Alguns modelos específicos de avaliação da relevância de determinados danos ou intervenções poderão servir de base para a construção de um modelo adequado – referimo-nos aos modelos da Andaluzia e de Hessen, para os quais a própria Comissão remete no *Livro branco sobre responsabilidade ambiental*¹¹. Contudo, ressalve-se desde já, podendo dar um contributo para esta discussão, estes modelos não são susceptíveis de aplicação geral aos casos a que nos referimos, nem de lhes dar uma resposta conclusiva ou satisfatória.

6. Tendo por base estas considerações preliminares e conceitos base que são pressuposto da análise do regime legal, passemos então à análise do RJRCDA. A sua estrutura dual é evidente: um Capítulo II dedicado à responsabilidade civil do dano ambiental (*danos tradicionais* às pessoas e bens, por via da lesão de um componente ambiental) e um Capítulo III dedicado à responsabilidade civil por dano ecológico (na letra da lei, impropriamente chamada de administrativa¹²). Sublinhe-se que, por força da já referida publicização deste

¹⁰ Cfr. COM (2000) 66 final, de 9 de Fevereiro de 2000, p. 21. Analisando a Comunicação da Comissão, vide SARA POLI, “Shaping the EC regime on liability for environmental damage: progress or disillusionment?” in *European Environmental Law Review*, Novembro 1999, pp. 305 e seguintes.

¹¹ Uma breve explicitação do funcionamento destes modelos pode ser encontrada em EDWARD H. P. BRANS, *Liability for damage...*, pp. 206 e seguintes.

¹² Sobre esta infeliz designação, pouco haverá a acrescentar ao que ficou dito por CARLA AMADO GOMES em “A responsabilidade civil por dano...”, pp. 268 e seguintes.

regime, o Capítulo III extravasa o conteúdo típico de normas relativas à reparação, criando também obrigações específicas quanto à prevenção de danos ecológicos.

Ora, por força da natureza específica dos recursos naturais, rompe-se aqui claramente com o paradigma assente no acordo ou litígio judicial entre o lesante e o lesado para efectivação. Pelo contrário, a reparação do dano concretiza-se, em primeiro lugar, num procedimento administrativo. Foi esta a via escolhida pelo legislador comunitário, e que foi transposta no RJRCDA, a partir do artigo 11.º.

Determina o artigo 11.º, n.º 1, alínea n), do RJRCDA que são medidas de reparação *qualquer acção, ou conjunto de acções, incluindo medidas de carácter provisório, com o objectivo de reparar, reabilitar ou substituir os recursos naturais e os serviços danificados ou fornecer uma alternativa equivalente a esses recursos ou serviços, tal como previsto no anexo V*. Vamos então centrar a nossa análise no anexo V do RJRCDA (doravante **anexo V**) que trata do que aqui nos importa: a determinação das medidas de reparação dos danos ecológicos¹³.

O anexo V divide-se em duas partes: o ponto 1, dedicado à reparação de danos causados às águas, às espécies e *habitats* naturais protegidos e o ponto 2, relativo à reparação de danos causados ao solo. Vamos seguir a sistematização da lei na nossa análise. Diga-se desde já que o anexo V reproduz *ipsis verbis* o anexo II da Directiva, pelo que o que ficar dito a propósito de um é aplicável ao outro.

II. **A reparação de danos causados à água, às espécies e *habitats* naturais protegidos**

7. O ponto 1 do anexo V divide-se (materialmente) em duas partes: começa por distinguir três modalidades de reparação, através da sua definição e

¹³ Sendo certo que os critérios constantes das alíneas a) a f) do ponto 1.3.1 do anexo V são aplicáveis à determinação das medidas de reparação, nos termos do artigo 14.º, n.º 3, do RJRCDA.

especificação dos seus objectivos, terminando com os critérios para a escolha das opções de reparação.

8. Conforme ficou dito *supra*, doutrinariamente a reparação do dano ecológico era identificada como correspondendo à reparação *in natura* (restauração ecológica e compensação ecológica) e à compensação pecuniária. Vejamos de que forma o legislador classificou as modalidades de reparação. Ficaram previstos três tipos de reparação:

(i) Reparação primária: será uma medida de reparação primária aquela que restitui os recursos naturais e/ou serviços danificados ao estado inicial, ou os aproxima desse estado (*vide* ponto 1 a) e 1.1.1 do anexo V).

Sobre esta definição, cumpre dizer que a lei indirectamente adoptou, pelo menos neste ponto, a noção de dano ecológico enquanto lesão do recurso e da sua função (serviços). Assim sendo, importa considerar não apenas o efeito directo que a lesão teve no recurso natural (no caso, águas, espécies ou *habitats* protegidos), mas também o efeito indirecto que tal lesão tem ao impedir o desempenho normal da função ecológica do recurso afectado. Isto porque o legislador determina que a restauração tem por objecto não só o recurso danificado, como também o serviço que este presta¹⁴.

Por outro lado, há que sublinhar que, em vez de se referir à tradicional fórmula da *situação actual hipotética*, determina que a reparação primária se destina à restituição do recurso e/ou função ao *estado inicial*. Optou o legislador por criar aqui um conceito novo. Para compreendermos o significado de *estado inicial* devemos recorrer ao artigo 11.º, n.º 1, alínea j), do RJRCDA, que o identifica com a *situação no momento da ocorrência do dano aos recursos naturais e aos serviços, que se verificaria se o dano causado ao ambiente não tivesse ocorrido, avaliada com base na melhor informação disponível*. O legislador optou assim por exigir a reconstituição da *situação*

¹⁴ Por exemplo, a contaminação de águas, pela afectação da sua função ecológica, é susceptível de causar danos à fauna e à flora, assim como o abate de árvores perturba o serviço que estas prestam enquanto *habitats* de espécies animais. Esta problemática está relacionada directamente com a interdependência natural dos ecossistemas e, por vezes, será possível, por esta via indirecta, reparar, pelo menos parcialmente, danos que estão fora do âmbito do RJRCDA.

anterior à prática do facto lesivo, já explicada. Note-se que, em benefício do ambiente, podemos aceitar o critério da *situação anterior*, em vez do critério da *situação actual hipotética*. Contudo, esta imputação não é, da nossa perspectiva, isenta de problemas. Não se descortina a legitimidade desta imputação, quando importa custos muito superiores para o lesante. A responsabilidade civil visa reparar danos. A reconstituição da *situação anterior* pode ser mais do que reparar um dano – poderá consubstanciar numa reparação de um dano e um *plus*, de que desconfiamos. Por outro lado, se o objectivo desta opção era garantir uma situação ambientalmente mais favorável, há que considerar que nem sempre a *situação anterior* é a mais favorável¹⁵. Recusamos, portanto, a afirmação de que, quanto mais recuado no tempo, melhor a situação ambiental. Ora se assim é, ou seja, se não podemos afirmar em abstracto com certeza qual das *situações* é a melhor de um ponto de vista ambiental, melhor teria sido deixar ambas as hipóteses em aberto, para apreciação casuística.

Para ajudar nesta densificação, o ponto 1.2.1 esclarece que opções podem ser consideradas a título de reparação primária: *aquelas que consistem em acções destinadas a restituir directamente ao estado inicial os recursos e/ou serviços, num prazo acelerado, ou através de regeneração natural*. Para além de reforçar o que ficou dito quanto à referência ao *estado inicial*, cumpre ainda fazer duas ordens de observações.

Em primeiro lugar, o legislador sentiu aqui necessidade de clarificar – face às medidas de reparação complementar, de que falaremos mais tarde – que se trata de uma restituição directa. Com isto, parece-nos que o legislador pretendeu limitar a reparação primária à restauração ecológica, ou seja, à reparação do recurso natural que em concreto foi afectado e, por essa via, da sua função ecológica ou serviço; esta conclusão só é confirmada pela identificação, no anexo V, das medidas de reparação complementar, de que falaremos mais tarde.

¹⁵ Imagine-se o caso de uma área recentemente sujeita a medidas de conservação, ao abrigo da Rede Natura 2000. Se fosse previsível uma evolução positiva do estado de conservação dos habitats e espécies em causa, seria mais favorável à protecção do ambiente que houvesse reconstituição da *situação actual hipotética*, uma vez que seria melhor que a *situação anterior à prática do facto lesivo*.

Para além desta observação, é ainda de notar que o legislador introduz aqui (um directamente, outro indirectamente) dois conceitos que não são estranhos à doutrina da reparação do dano ecológico: a auto-regeneração natural e a restauração com recurso a manipulação dos elementos naturais. A própria terminologia é auto-explicativa: no primeiro caso, opta-se por não adoptar nenhuma medida com impacto significativo (apenas medidas de monitorização e controlo), na expectativa de que os próprios ciclos naturais recuperem o recurso e a sua função; no segundo caso, há uma intervenção directa do Homem nos ciclos naturais.

Analisando agora a formulação utilizada pelo legislador, se é certo que a restauração num prazo acelerado implica uma intervenção do Homem com a correspondente manipulação dos elementos naturais – e que a isso se contrapõe, por comparação, a lentidão da auto-regeneração natural – não nos parece que esta seja a formulação mais feliz para identificar estes dois tipos de medidas de reparação. Para além disso, tanto se pode aplicar a medidas de reparação primária como a medidas de compensação ecológica, pelo que esta distinção melhor ficaria inserida no ponto 1 do anexo V. Resta-nos ainda explicitar que, tendencialmente, e de acordo com o princípio da prevenção, a auto-regeneração ecológica prevalece sobre as medidas que exigem manipulação dos elementos naturais pelo Homem¹⁶, uma vez que esta última é, por natureza, mais invasiva e com potenciais efeitos colaterais imprevisíveis.

(ii) Reparação complementar: será uma medida de reparação complementar aquela que é tomada em relação aos recursos naturais e/ou serviços para compensar pelo facto de a reparação primária não resultar no pleno restabelecimento dos recursos naturais ou serviços danificados (*vide*

¹⁶ CUNHAL SENDIM pronuncia-se no mesmo sentido em *Responsabilidade civil por danos ecológicos...*, p. 241 e seguintes. Para fundamentar esta posição, CUNHAL SENDIM invoca ainda um “*princípio da homeostasia – i.e., [a] capacidade de os sistemas ecológicos se auto-regenerarem independentemente da intervenção humana*”. No nosso entendimento, parece tratar-se de um *princípio* de ciências naturais e não da ciência jurídica, sendo uma constatação própria da biologia mas que não contém qualquer valoração e, logo, é insusceptível de, por si só, fundamentar qualquer solução jurídica. Por isso entendemos que, considerando o princípio da homeostasia, e que o Homem ainda não compreende totalmente os processos de funcionamento dos ecossistemas, é o princípio da prevenção que justifica esta preferência.

ponto 1 b) do anexo V). Desta formulação retira-se desde já o estabelecimento de um princípio de subsidiariedade da reparação primária face à reparação complementar (que é, desde logo, evidenciada pela própria designação). Trata-se de uma graduação necessária por força do objectivo do regime em causa: a restauração de uma situação, seguindo a índole preventiva e conservatória do Direito do Ambiente. E, pela sua natureza, a reparação primária será mais próxima dessa reparação ideal que a reparação complementar.

Mais à frente, o anexo, desnecessariamente, volta por duas vezes a repetir a mesma ideia de subsidiariedade, quase nos mesmos termos: *[p]rocede-se à reparação complementar, sempre que a reparação primária não resulte na restituição do ambiente ao seu estado inicial; e, no ponto 1.1.2 sempre que os recursos naturais e/ou serviços danificados não tiverem sido restituídos ao estado inicial, são tomadas acções de reparação complementar*. Trata-se de uma repetição que torna confusa a interpretação de um anexo que não é de fácil leitura e que, servindo de base para actuação das Administrações nacionais, se pretendia simples e esquemático. Todas estas partes do anexo V podem reconduzir-se à mesma ideia de subsidiariedade.

Cabe analisar criticamente esta afirmação quase inflexível da subsidiariedade¹⁷. Contudo, primeiro há que concretizar em que consistem as medidas de reparação complementar, uma vez que da definição legal (1 b) se retira muito pouco. Atentemos à continuação do ponto 1.1.2 do anexo V, que determina que *o objectivo da reparação complementar é proporcionar um nível de recursos naturais e/ou serviços, incluindo, quando apropriado, num sítio alternativo, similar ao que teria sido proporcionado se o sítio danificado tivesse regressado ao seu estado inicial*¹⁸. Já sabemos que a

¹⁷ Que, aliás, é logo de seguida contrariada, no próprio anexo V, no ponto 1.3.2, que afirma que a decisão de aplicação de uma medida de reparação primária parcial pode ser tomada se os *recursos naturais e/ou serviços de que se prescindiu no sítio primário foram compensadas intensificando as acções complementares ou compensatórias para proporcionar um nível de recursos naturais e/ou de serviços similar ao daqueles de que se prescindiu*.

¹⁸ Até uma leitura desatenta detecta uma falha de sintaxe, uma vez que a norma parece referir-se, simplesmente, a *proporcionar um nível*. Esta redacção é idêntica à da Directiva, na sua versão portuguesa; mas uma consulta da Directiva noutras línguas da União Europeia permite concluir que se tratou de um erro de

reparação complementar visa proporcionar um nível de recursos e de serviços igual àquele que resultaria da reparação primária. É ainda fornecido um exemplo do que poderá ser uma reparação complementar: um sítio alternativo, quando apropriado¹⁹. O legislador densificou, de forma especialmente desenvolvida, de que forma são identificadas as adequadas medidas de reparação complementar. Assim, é eleita como preferencial a abordagem recurso-a-recurso ou serviço-a-serviço.

Esta abordagem traduz-se numa tentativa de introduzir uma equivalência mais rígida entre o recurso e serviço danificado e o recurso e serviço criado ou potenciado; nega, portanto, que se adopte, injustificadamente, uma visão global da lesão e uma medida de reparação global, exigindo uma operação analítica; um exame da situação em cada uma das suas partes autonomizáveis. Para uma melhor compreensão desta abordagem, o anexo V especifica que *devem considerar-se em primeiro lugar as acções que proporcionem recursos naturais e/ou serviços do mesmo tipo, qualidade e quantidade que os danificados*. Só quando tal não for possível (uma vez mais uma lógica de subsidiariedade, com o mesmo fundamento) serão admitidos recursos naturais e serviços alternativos ou de substituição.

tradução. A versão inglesa determina que *[t]he purpose of complementary remediation is to provide a similar level of natural resources and/or services services, including, as appropriate, at an alternative site, as would have been provided if the damaged site had been returned to its baseline condition*. (sublinhado nosso); e a versão francesa, ainda mais explícita, determina que *[l]'objectif de la réparation complémentaire est de fournir un niveau de ressources naturelles ou de services comparable à celui qui aurait été fourni si l'état initial du site endommagé avait été rétabli*. Trata-se de uma infeliz tradução, uma vez que a expressão *similar* ao que teria sido proporcionado... parece referir-se ao sítio alternativo, e não ao nível; e onde a Directiva errou (por tradução), também o legislador nacional entendeu que devia errar, ao fazer corresponder o anexo V, *ipsis verbis*, ao anexo II da Directiva.

¹⁹ Com objectivos que agora são irrelevantes para o objecto em estudo, o legislador especifica que, quando possível, o sítio alternativo deve estar geograficamente relacionado com o sítio danificado, tendo em conta os interesses da população afectada. Trata-se de uma preocupação de natureza social, que não cabe na análise que pretendemos fazer. Sublinhamos, contudo, a proximidade geográfica nestes casos é também desejável do ponto de vista ambiental, uma vez que, previsivelmente, tal consubstanciará uma reparação mais próxima da reparação total.

A reparação complementar com recursos e serviços alternativos pode ainda colocar problemas acrescidos, conforme resulta do ponto 1.2.3 do anexo V, em termos de valoração. É que quando não se recorre à reparação primária, nem à reparação complementar seguindo a abordagem recurso-a-recurso ou serviço-a-serviço (que permite uma aproximação muito significativa da reparação primária), há que fazer uma valoração dos recursos e/ou serviços lesados para comparar com o valor dos recursos e serviços de substituição. Tendencialmente, essa valoração será monetária, conforme prevê o anexo V. Esta valoração é necessária para legitimar a exigência de reparação da parte do operador que, caso contrário, ficaria sujeito a suportar a implementação de uma medida de reparação complementar que pouco tem a ver com o recurso afectado e cujos custos podem ser significativamente diversos.

Esta operação de valoração não é muito diferente do teste de razoabilidade a que já nos referimos; e o seu fundamento parece ser o princípio da proporcionalidade. Temos assim que o ponto 1.2.3 consubstancia uma manifestação do sub-princípio da proporcionalidade em sentido estrito, colocando os mesmos problemas que referimos sucintamente *supra* a propósito da análise custo-benefício. Também eles igualmente não respondidos – nem sequer aflorados – no RJRCDA.

Resta-nos ainda fazer uma análise crítica de duas questões já referidas anteriormente: a aproximação destas duas criações do legislador às modalidades de reparação de origem doutrinária; e a aparente inflexibilidade do princípio da subsidiariedade na relação reparação primária/complementar.

Não é fácil aplicar as modalidades de reparação avançadas pela doutrina à classificação feita pelo legislador. As classificações seguem critérios diversos: a primeira tem por base a forma e objecto da reparação, enquanto a segunda refere-se essencialmente ao objectivo e função desempenhados pela medida de reparação. Contudo, a conjugação de diversas normas constantes do anexo V, o confronto entre a reparação primária e a reparação complementar e uma aproximação ao seu conteúdo material, permite-nos

identificar, tendencialmente, a reparação primária à restauração ecológica e a reparação complementar à compensação ecológica. Fazemos este enquadramento porque nos parece que a classificação doutrinária é mais rica e operativa. Após o estudo destas figuras, há ainda que relevar que a designação *reparação complementar* não parece ser adequada às medidas que, em concreto, podem ser ou não de complemento. Em rigor, tanto podemos estar a falar de uma medida complementar (nos casos em que a reparação primária foi apenas parcial) como podemos estar a falar de uma medida de total substituição (nos casos em que não foi possível qualquer reparação primária). Assim, não só a designação é menos operativa que as propostas há muito pela doutrina, como pode não se verificar a única vantagem que tinha – a clareza auto-explicativa – por ser enganadora. Contudo, há que dizê-lo, o RJRCDA parece impor sempre a adopção de uma qualquer medida de reparação primária, uma vez que do ponto 1.3.2 resulta que *podem ser escolhidas medidas de reparação primária que não restituam totalmente ao estado inicial as águas e as espécies e habitats naturais protegidos danificados ou que os restituam mais lentamente*. Ou seja, o legislador apenas admite uma reparação primária parcial, mas não admite que haja casos em que não possa haver qualquer reparação primária. Ora é certo que o ponto 1 a) identifica com reparação primária qualquer medida de reparação que restitui os recursos naturais e/ou serviços danificados (sublinhado nosso); mas também não é menos verdade que o ponto 1.2.1 limita as medidas de reparação primária às que restituem directamente ao estado natural. E poderá haver casos em que não haja qualquer medida directa susceptível de recuperar o recurso e/ou a sua função.

É ainda devida uma menção ao princípio da subsidiariedade ou, sob outra designação, à hierarquia entre as modalidades de reparação. É fácil afirmar que existe um sólido princípio de primazia da restauração natural do dano ecológico. No nosso entendimento, este reconhecimento resulta da evidência de que o dano ecológico só pode ser efectiva e totalmente reparado através da reparação *in natura*, aproximando-se a indemnização em dinheiro do regime próprio da compensação (em sentido próprio) por danos morais. A primazia da restauração natural sobre a compensação ecológica resulta da

funcionalização da responsabilidade civil para a conservação e manutenção dos bens ambientais, pois que a primeira é, em princípio, mais próxima e fiel da *situação anterior à prática do facto lesivo*²⁰.

(iii) **Reparação compensatória:** será uma qualquer acção destinada a compensar perdas transitórias de recursos naturais e/ou serviços, desde a data da lesão até à reparação integral²¹ (vide ponto 1 c) do anexo V). E por perdas transitórias devemos entender aquelas que resultam do *facto de os recursos naturais e serviços danificados não poderem realizar as suas funções ecológicas ou prestar serviços (...) enquanto as medidas primárias ou complementares não tiverem produzido efeitos* (vide ponto 1 d) do anexo V). Estamos assim a falar de um tipo de reparação complementar diverso, que não está em concorrência com a reparação primária ou complementar (que têm, afinal, a mesma função ou muito semelhante) por ter uma função específica, essencial quando falamos de reparação de dano ecológico, e ainda mais se a medida for de auto-regeneração ecológica, assim se prolongando no tempo²².

Para concretizar o conteúdo da reparação compensatória, há que articular o que ficou dito com o ponto 1.1.3 do anexo V, que especifica que a compensação consiste em melhorias suplementares dos *habitats* naturais e espécies protegidas ou da água, quer no sítio danificado quer num sítio alternativo. Assim, quase sempre haverá medidas de reparação compensatória para as perdas transitórias, paralelas às medidas de reparação primária e/ou complementar para a efectiva reparação do recurso e/ou serviços afectados. É ainda de sublinhar que parte do que ficou dito atrás

²⁰ É por isso que *restitutio in integrum* é por vezes utilizado como sinónimo de reparação ecológica. Apesar de estar em causa, com centralidade, a recuperação da capacidade funcional do elemento natural, a reparação – reconstituição da situação anterior à prática do facto lesivo/situação actual hipotética – só será integral se houver também recuperação do elemento natural concretamente afectado.

²¹ Também neste ponto, o anexo V refere *até a reparação primeira ter atingido plenamente os seus efeitos*, uma vez mais partindo do pressuposto de que haverá sempre reparação primária.

²² Uma vez mais, na tónica repetitiva do diploma, é referido logo de seguida que *a reparação compensatória é utilizada para compensar perdas transitórias*.

quanto à reparação complementar é plenamente aplicável à reparação compensatória (no que se refere aos pontos 1.2.2 e 1.2.3 do anexo V).

Antes de passarmos para a segunda parte deste ponto (critérios para a escolha das opções de reparação), e apesar de tal não ser objecto deste estudo, gostaríamos de chamar a atenção para o facto de ser apenas no que toca à reparação compensatória que o legislador esclarece que a reparação do dano ecológico *não consiste numa compensação financeira para membros do público*. Esta norma, enigmática na sua formulação, na sua solidão e na sua inserção sistemática, é susceptível de diversas interpretações. Pretende o legislador dizer que só na reparação compensatória não pode haver compensação financeira para membros do público, sendo isso de admitir na reparação primária ou complementar? Que não pode haver qualquer compensação financeira na reparação do dano ecológico? Ou, pelo contrário, que só na reparação compensatória pode haver (até de um ponto de vista conceptual) compensação financeira, mas que não poderá ser para membros do público? Ficam somente colocadas as questões, porquanto não temos pretensão de aqui lhes responder.

9. Tendo sido analisadas e densificadas as diferentes modalidades de reparação de danos à água, às espécies e *habitats* naturais protegidos (ponto 1 a 1.2.3 do anexo V), há que analisar o regime legal no que toca à escolha das opções de reparação, de entre as várias potencialmente aplicáveis ao caso concreto. Em primeiro lugar, é esclarecido imediatamente que apenas são avaliadas e ponderadas para aplicação as opções de reparação razoáveis. Com certeza que não pretende o legislador com isto dizer que se esgota aqui a análise do cumprimento do princípio da proporcionalidade; mas, em nome da eficiência do processo, devem ser desconsideradas desde logo aquelas opções que são manifestamente irrazoáveis.

De seguida, o legislador aponta, aparentemente de forma taxativa, os critérios para escolha da medida de reparação a aplicar. E nesta lista, constante do ponto 1.3.1, encontramos critérios:

- (i) Estritamente ambientais (medida em que cada opção previne danos futuros e evita danos colaterais resultantes da sua execução, medida

em que cada opção beneficia cada componente do recurso natural e/ou serviço);

- (ii) Eficácia e eficiência (que tanto se referem a eficácia e eficiência ambiental, como de diversa natureza, como a probabilidade de êxito de cada opção ou o período necessário para que o dano ambiental seja efectivamente reparado);
- (iii) Sócio-económicos (efeitos de cada opção na saúde pública e na segurança, medida em que cada opção tem em consideração preocupações de ordem social, económica e cultural e outros factores relevantes específicos da localidade e relação geográfica com o sítio danificado – considerando a parte final do ponto 1.1.2); e
- (iv) Economicistas (custos de execução da opção).

O elenco dos critérios parece ter sido elaborado aleatoriamente. É natural que ao rigor conceptual – que imporá que só factores de natureza ambiental fossem tidos em conta – se sobreponham as preocupações de natureza social e económica²³. Mas tal não justifica nem pressupõe um enunciado de critérios aparentemente sem qualquer preocupação de ordenação por *ratio* ou valoração.

Tal como resulta do ponto 1.3.2, falar de escolha de uma medida de reparação é uma simplificação, uma vez que podem ser conjugadas várias medidas diferentes e modalidades diferentes de medidas. Assim, pode ser necessário aplicar medidas de reparação primária e complementar, não só por impossibilidade de reparação primária total, como por aplicação dos critérios constantes do ponto 1.3.1, mas também por força do ponto 1.3.3; o que é essencial é que haja *acções complementares ou compensatórias para*

²³ Aliás, isso mesmo se reflecte também no parágrafo que antecede o ponto 1.1 do anexo V, do qual resulta que *[a] reparação dos danos ambientais (...) implica também a eliminação de qualquer risco significativo para a saúde humana*. Ignoramos a relevância autónoma desta norma. A reparação de um dano ecológico, restituindo os elementos naturais a uma condição ambientalmente harmoniosa, ou perto disso, implicará efeitos positivos para a saúde humana. A única função desta norma seria assim chamar a atenção para uma realidade que há muito está assente e é, até, apontado como fundamento filosófico do Direito do Ambiente: a saúde, equilíbrio e bem-estar do Homem. Ou então, para servir enquanto critério – mas nesse caso, é, uma vez mais, uma repetição, porquanto tal já ficou expresso no ponto 1.3.1 do anexo V.

proporcionar um nível de recursos naturais e/ou de serviços similar ao daqueles de que se prescindiu.

Analisemos então o último ponto dedicado à reparação de danos causados à água e às espécies e *habitats* protegidos. Dispõe o ponto 1.3.3 que não obstante as demais normas já referidas, a autoridade competente pode determinar não tomar *outras medidas de reparação*. Há que explicitar e precisar o significado desta expressão. Refere-se aos casos em que o lesante adoptou medidas de prevenção ou de reparação urgentes antes do procedimento de determinação das medidas de reparação, nos termos do artigo 15.º do RJRCDA. Pode acontecer que, por força da adopção dessas medidas (a que está obrigado, nos termos da referida norma), o lesante tenha já praticado relevantes actos de reparação. Nesse caso, a autoridade competente pode decidir não tomar outras medidas de reparação se (i) as medidas adoptadas assegurarem a inexistência de riscos significativos de efeitos adversos para a saúde humana, a água ou as espécies e *habitats* protegidos e (ii) o custo das medidas de reparação a adoptar para atingir o estado inicial ou similar for desproporcionado em relação aos benefícios ambientais a obter. Encontramos assim mais uma manifestação do princípio da proporcionalidade, em sentido estrito.

Sublinhe-se que, considerando os requisitos constantes do ponto 1.3.3, não pode ser este o regime a aplicar no caso – improvável – de o lesante ter já adoptado todas as medidas de reparação primária, complementar e compensatória. Mas o legislador também não resolveu esses casos.

Deve ainda ser aqui introduzida uma ligeira precisão: onde o legislador refere *a autoridade competente pode decidir não tomar outras medidas de reparação* deve entender-se, mais amplamente, que a autoridade competente pode decidir não tomar outras medidas de reparação, nem fixar outras medidas a aplicar pelo lesante, em consonância com o artigo 16.º, n.º 2, do RJRCDA.

III. A reparação de danos causados ao solo

10. O regime da reparação de danos causados ao solo é tratado autonomamente, no ponto 2 do anexo V. Mas esta diferença não sobressai apenas no regime da reparação. O tratamento diferenciado começa desde logo na própria definição de dano ambiental, no artigo 11.º, n.º 1, alínea e), do RJRCDA. A definição de dano causado às espécies e *habitats* naturais protegidos²⁴ e de danos causados à água²⁵, centrada na lesão significativa ou relevante de um recurso natural, contrastam com a definição marcadamente antropocêntrica da definição de danos causados aos solos²⁶.

Nos termos do RJRCDA, a determinação da existência de um dano causado ao solo depende da existência de um risco significativo para a saúde humana – o que determina uma alteração significativa no bem jurídico que se pretende proteger. Não deixa de ser surpreendente esta noção de dano ao solo, cujo único critério é a afectação da saúde humana, sendo, portanto, irrelevantes as contaminações de solos que não sejam susceptíveis de afectar a saúde humana de forma significativa. Conforme ficou dito anteriormente, não é de estranhar que preocupações de natureza social perturbem a pureza dos modelos estritamente teóricos. Contudo, já é de estranhar que num diploma de responsabilidade ambiental, cuja génese assenta na protecção do ambiente, com exclusão de danos pessoais, não haja uma noção de dano ao solo mais ampla, com o correspondente dever de reparação.

²⁴ Nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea e), i), do RJRCDA, são considerados enquanto danos causados às espécies e *habitats* naturais protegidos *quaisquer danos com efeitos significativos adversos para a consecução ou a manutenção do estado de conservação favorável desses habitats ou espécies, cuja avaliação tem que ter por base o estado inicial, nos termos dos critérios constantes no anexo IV ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante, com excepção dos efeitos adversos previamente identificados que resultem de um acto de um operador expressamente autorizado pelas autoridades competentes, nos termos da legislação aplicável.*

²⁵ Nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea e), ii), do RJRCDA são considerados danos causados à água *quaisquer danos que afectem adversa e significativamente, nos termos da legislação aplicável, o estado ecológico ou o estado químico das águas de superfície, o potencial ecológico ou o estado químico das massas de água artificiais ou fortemente modificadas, ou o estado quantitativo ou o estado químico das águas subterrâneas* (redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 245/2009, de 22 de Setembro.

²⁶ Nos termos do artigo 11.º, n.º 1, alínea e), iii) do RJRCDA é considerada como dano causado ao solo *qualquer contaminação do solo que crie um risco significativo para a saúde humana devido à introdução, directa ou indirecta, no solo ou à sua superfície, de substâncias, preparações, organismos ou microrganismos.*

Tudo isto resultava já da Directiva que, apesar de afirmar no Considerando 13 o seu pendor ecocêntrico, se limita a dizer, no Considerando 7 que *para efeitos de avaliação dos danos ao solo (...) é conveniente a utilização de processos de avaliação dos riscos para determinar em que medida poderá a saúde humana vir a ser negativamente afectada.*

11. Como não poderia deixar de ser, esta concepção teve repercussões óbvias no regime da reparação. O regime constante do ponto 2 do anexo V não se subsume às modalidades de reparação a que nos referimos no ponto I *supra*. Assim, as medidas de reparação estão determinadas e carecem apenas de concretização em cada caso: em caso de dano ecológico num solo, há que assegurar que os contaminantes em causa sejam eliminados, controlados, contidos ou reduzidos, para que o solo deixe de comportar riscos para a saúde humana. A lei determina que a determinação do nível de risco e das medidas de descontaminação é feita num *processo de avaliação de riscos*.

Para além destas especificidades, e considerando a natureza imóvel do recurso natural em causa, o processo de avaliação de riscos não pode deixar de ter em conta o uso que em concreto é feito do solo e o planeamento de uso futuro do mesmo. A lei concretiza quais os elementos a ter conta nesta avaliação: *as características e funções do solo, o tipo e a concentração das substâncias, preparações, organismos ou microrganismos perigosos, os seus riscos e a possibilidade de dispersão.*

Concluindo a análise da regulamentação do anexo V quanto a reparação de danos causados ao solo, resta apenas referir que o legislador teve aqui o cuidado de referir expressamente a hipótese de auto-regeneração natural.

12. A primeira ausência a sublinhar é a do princípio da proporcionalidade. Esta ausência é compreensível, se atendermos ao facto de que só é dano ecológico ao solo a contaminação que crie um risco significativo para a saúde humana. O princípio da proporcionalidade desaparece do texto legal; contudo, tal não significa que ele não seja aplicável enquanto princípio geral da actividade administrativa e salvaguarda da imposição de medidas aos

particulares. Em última análise, parece-nos que os critérios e o processo de avaliação de riscos são de aplicar sempre, nem que seja, em última análise, a expensas do Estado.

As modalidades de reparação do dano a que fizemos alusão, e que tivemos por referência ao longo deste estudo, não têm lugar no anexo V. E, a nosso ver, correctamente: o anexo V limita-se a ser coerente com a noção de dano adoptado. E é aí, a montante, que se centram as nossas críticas, a que já nos referimos. Há que concluir que, em rigor, o regime de reparação de danos ao solo constante do anexo V tem maiores semelhanças a um regime de protecção de saúde pública que a uma lei ambiental.

IV. Nota final sobre a articulação entre a reparação do dano ecológico e a reparação do dano ambiental

13. Porque falamos de reparação de dano ecológico, não podemos deixar de fazer uma breve referência à problemática da articulação entre a reparação do dano ecológico e a reparação do dano ambiental (danos tradicionais ou danos a pessoas e bens por força da lesão de um recurso natural), uma vez que, com frequência estaremos perante situações em que ambos se verificam, quanto ao mesmo recurso, por força de um mesmo facto lesivo.

14. Por um lado, é possível que a reparação do dano ambiental seja consumida pela reparação do dano ecológico, ou vice-versa, dependendo da precedência cronológica. Por outro lado, do regime próprio da reparação do dano ambiental – que é o tradicional regime num processo de partes (lesante/lesado) e, logo, substancialmente diverso do regime geral da reparação de danos - resultam necessariamente consequências ao nível da reparação do dano ambiental.

15. Sublinhe-se que o actual regime é completamente omissivo quanto a esta articulação. Passemos então a exemplificar alguns dos problemas que podem surgir em resultado da diferença de regimes:

(i) Se a reparação do dano ecológico ocorrer em primeiro lugar: a reparação do dano ecológico é concretizada preferencialmente através de restauração *in natura*. Nestes casos, parte significativa do dano ambiental ficará simultaneamente reparada com a reparação do dano ecológico, uma vez que, materialmente, ambos se manifestam na mesma coisa, no mesmo recurso natural. Contudo, a reparação do dano ecológico nem sempre esgotará a reparação do dano ambiental e há casos em que a reparação do dano ecológico deixa a totalidade do dano ambiental por reparar²⁷. É de reconhecer ao lesado o direito de exigir o pleno ressarcimento do dano sofrido²⁸. Nesse sentido, não é de aceitar uma afirmação de que a reparação *in natura* do dano ecológico esgota qualquer pretensão do que sofreu um dano ambiental, com fundamento na proibição da dupla reparação pelo mesmo dano.

(ii) Por força da natureza jurídico-pública do regime de reparação do dano ecológico, que visa a protecção do interesse público ambiental, a autonomia das partes (lesado/lesante) na determinação da reparação do dano ambiental pode ficar muito limitada. Por exemplo, não pode o titular do bem recusar a reparação ecológica, exigindo uma compensação pecuniária²⁹. Também não poderá renunciar ao direito à reparação, tendo em vista obstar à reparação ecológica.

²⁷ Por exemplo, quando a reparação é feita por compensação ecológica, uma vez que não haverá reparação do elemento natural concretamente afectado mas tão-somente a criação ou recuperação de bem com capacidade funcional equivalente. A menos que esse outro bem seja também propriedade do lesado, a compensação ecológica não terá qualquer impacto positivo ou vantagem na posição patrimonial do lesado. O mesmo pode ser dito relativamente à compensação pecuniária que é atribuída a um fundo.

²⁸ No nosso entendimento, o artigo 10.º do RJRCDA, sob a epígrafe Dupla reparação, não impedia que o lesado pedisse novo ressarcimento, na medida em que não se estava a referir aos mesmos danos, ainda que derivados do mesmo facto lesivo.

²⁹ Imaginemos o caso do sobreiro, que precisa de cerca de 25 anos para que possa pela primeira vez ser descortiçado. Contudo, é ainda mais alargado o período necessário para que o mesmo se torne economicamente rentável. Caso um conjunto de sobreiros seja abatido, é pouco provável que o seu proprietário pretenda a reparação *in natura*; pelo contrário, irá tentar acordar com o devedor a compensação pecuniária.

(iii) Se a identificação e reparação do dano ecológico ocorrer depois da reparação do dano ambiental e entretanto já tiver havido reparação do dano ambiental através de uma indemnização em dinheiro: não se pense que o dano ecológico é alheio a esta circunstância e que a reparação do dano ecológico pode prosseguir como se nada ainda tivesse ocorrido. É que tal como ninguém pode ser ressarcido duas vezes, ninguém é obrigado a reparar duas vezes o mesmo dano. Poder-se-ia argumentar que não estamos a falar do mesmo dano. De facto, não estamos, em rigor, a falar do mesmo dano. Contudo, não podemos ignorar que a restauração, se feita através de reparação *in natura*, produz na esfera jurídica do proprietário o efeito do duplo ressarcimento. Nestes casos, não podemos deixar de novamente afirmar a superioridade do interesse público da protecção do ambiente, com a necessária revisão da reparação do dano ambiental³⁰.

(iv) Se a identificação e reparação do dano ecológico ocorrer depois da reparação do dano ambiental e entretanto já tiver havido reparação do dano ambiental através de reparação *in natura*: apesar de esta ser – potencialmente – uma situação menos conflituante, não podemos afastar a possibilidade de as medidas que em concreto tiverem sido executadas não serem as mais indicadas ambientalmente, ainda que reparem cabalmente o dano ambiental.

Por tudo isto, entendemos ser necessária uma regulação da relação entre a reparação do dano ecológico e do dano ambiental que vise principalmente evitar estes problemas de articulação. Com uma breve análise destes problemas, torna-se evidente que, apesar de se referirem a bens jurídicos diversos, a reparação do dano ambiental e a reparação do dano ecológico devem ser feitas em conjunto ou, pelo menos, de forma articulada.

Helóisa Oliveira

Monitora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

[Voltar ao Índice](#)

³⁰ Esta solução é na prática extremamente complexa, considerando que a responsabilidade civil é maioritariamente efectuada após decisão judicial. Caso a decisão judicial já tenha transitado em julgado, afiguram-se-nos graves problemas de conciliação com a força do caso julgado.

ASPECTOS CONTENCIOSOS DA EFECTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE AMBIENTAL – A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE, EM ESPECIAL

1. Ponto de ordem

A comunicação a que o presente escrito se refere¹ incidiu sobre alguns “aspectos contenciosos da efectivação da responsabilidade ambiental”, focando em particular o pressuposto processual da *legitimidade*, mais concretamente ainda a *legitimidade activa* para a propositura de acções que efectivem a responsabilidade decorrente da prática de ilícitos ambientais, para já entendidos como os resultantes do incumprimento de normas mediata ou imediatamente destinadas à tutela de bens ambientais.

Apesar de o Colóquio onde esta comunicação foi apresentada ter tido como seu objecto central o estudo de questões relativas à interpretação, aplicação e teleologia específica do recente Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho – o qual estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, transpondo para o direito interno a Directiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Outubro, a qual, por sua vez, aprovou o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais, reportando-se a transposição à versão da Directiva citada alterada pela Directiva n.º 2006/21/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à gestão de resíduos da indústria

¹ Que teve lugar no Colóquio “A Responsabilidade Civil por Dano Ambiental”, organizado sob a égide do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, da Associação Portuguesa para o Direito do Ambiente e do Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente, devendo-se a responsabilidade directa da organização à Prof. Doutora Carla Amado Gomes e ao Dr. Tiago Antunes, a quem agradecemos o convite para a nossa participação. Na Conferência em causa tivemos a honra de partilhar a Mesa, distintamente presidida pelo Prof. Doutor José Luís Bonifácio Ramos, com o Prof. Doutor Mário Aroso de Almeida.

Optámos por manter, no essencial, o registo da exposição oral, limitando a um mínimo as referências doutrinárias e inserindo notas de pé de página apenas em relação a alguns aspectos que carecem de maior pormenorização ou desenvolvimento.

Algumas das questões aqui tratadas foram já por nós apresentadas noutra publicação: cfr. o nosso “Responsabilidade pela lesão de bens ambientais e culturais”, *Reflexões – Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, n.º 2, 2.º semestre 2007, p. 53-75.

extractiva – a verdade é que, no momento em que preparámos a nossa intervenção, ainda praticamente não existiam referências jurisprudenciais a este diploma legal, pelo menos ao nível dos tribunais supremos das ordens jurisdicionais comum e administrativa.

Por esta razão, o presente escrito reporta-se, em larga medida, ao direito anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 147/2008, pelo menos no que se refere aos arestos jurisprudenciais que vão ser tratados, não fugindo, em todo o caso, a aflorar uma série de aspectos que, apesar de serem neste momento de cariz teórico ou dogmático, se irão projectar sobre a aplicação prática do novo regime, nomeadamente no que à sua efectivação jurisprudencial se refere.

Uma última consideração introdutória se impõe para fazer o “ponto de ordem” do nosso escrito: os “aspectos contenciosos” que vamos aqui abordar referem-se, na maioria dos casos, à sua projecção ao nível da *justiça administrativa* – isto é, ao “conjunto *institucional* ordenado *normativamente* à resolução de *questões de direito administrativo*, nascidas de *relações jurídico-administrativas*, atribuídas por lei à *ordem judicial administrativa*, para serem julgadas segundo um *processo administrativo* específico”² – o que não deve surpreender, não tanto por ser esse o domínio em que nos sentimos mais habilitados para poder apresentar algumas reflexões mas sobretudo em virtude do protagonismo que a jurisdição administrativa vai necessariamente assumir na aplicação do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho. Em todo o caso, a análise vai extravasar do domínio do contencioso administrativo, designadamente quando recorrermos a pronúncias judiciais lavradas pelos tribunais comuns e reportadas ao direito anterior à entrada em vigor daquele diploma legal.

2. Enquadramento da responsabilidade civil ambiental

2.1. O regime dualista consagrado no Decreto-Lei n.º 147/2008 ou a diversa natureza dos danos regulados

² É esta a definição de *justiça administrativa* proposta por VIEIRA DE ANDRADE: cfr. *A Justiça Administrativa (Lições)*, Almedina, Coimbra, 10.ª ed., 2009, p. 9.

Como avançámos já, apesar de as pronúncias judiciais concretas que vamos estudar dizerem respeito ao direito anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, não podemos deixar de avançar algumas notas sobre este relevantíssimo diploma legal, nomeadamente no que ao enquadramento da questão se refere.

Ora, resulta da leitura do novo texto normativo – e das opções, porventura discutíveis, que o legislador tomou na sua elaboração, com a pretensão de estabelecer um regime que cobrisse as diversas variantes e dimensões em que se desdobra o regime da responsabilidade por danos ambientais, por ora entendida em sentido amplo ou não técnico – que o regime nele consagrado se assume, a vários títulos, como um regime dualista ou mesmo múltiplo: em particular no que se refere à natureza dos danos tratados, mas também quanto às dimensões da responsabilidade que engloba e à natureza pública ou privada da disciplina que pressupõe para a sua regulação, o regime jurídico consagrado no diploma legal sob o nosso escrutínio está nos antípodas da linearidade ou da unicidade, o que obriga o intérprete e o aplicador a pesados esforços de clarificação e de distinção.

Deve entender-se, desta forma, que as diversas dimensões da responsabilidade civil ambiental estão aqui presentes: desde logo, a tradicional dimensão *compensatória* ou *ressarcitória* que o instituto da responsabilidade civil acolhe – ao pretender tornar o lesado por uma conduta ilícita *indemne*, isto é, sem dano, colocando a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do facto danoso³. Mas também o recurso ao instituto da responsabilidade civil para a realização de outras funções – na linha das propostas que a doutrina e a jurisprudência foram apresentando ao longo dos anos – é aqui evidente: é isso que acontece, de forma particularmente incisiva, no que à *função preventiva* se refere (não só na medida em que a ameaça da efectivação da responsabilidade ambiental implica que o agente

³ Segundo MOTA PINTO a responsabilidade civil verifica-se “Quando a lei impõe ao autor de certos factos ou ao beneficiário de certa actividade a obrigação de reparar os danos causados a outrem, por esses factos ou por essa actividade”, actuando “através do surgimento da obrigação de indemnização”, a qual tem em vista tornar *indemne* – sem dano – o lesado, ou seja, “colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do facto danoso”: cfr. CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. (por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO), Coimbra Editora, 2005, p. 128.

infractor pense duas vezes antes de cometer um ilícito ambiental, mas sobretudo devido ao relevo que a aplicação de medidas de prevenção reveste, no Decreto-Lei, sempre que se verifique uma ameaça iminente de danos ambientais), mas também no que toca às funções *repressiva*, *punitiva* e mesmo *pedagógica* do instituto da responsabilidade civil.

No que diz respeito à tradicional oposição entre *danos ambientais* e *danos ecológicos* propriamente ditos, também o Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, parece acolher ambos os tipos: os primeiros, costumadamente definidos como os prejuízos causados às *peessoas* e às *coisas* pelo meio ambiente em que vivem e que durante muito tempo foram a única forma de fazer face aos atentados ambientais, em face da inexistência de protecção jurídica específica dos bens naturais; e a noção de *danos ecológicos*, que traduz um alargamento da indemnização das lesões ambientais uma vez que estes se verificam *independentemente dos prejuízos causados às pessoas ou à propriedade*, traduzindo uma tutela directa ou imediata dos componentes ambientais naturais.

Se virmos esta dualidade em termos um pouco diferenciados, a conclusão será idêntica, no sentido de o diploma legal escrutinado abranger tanto a *dimensão subjectiva* do dano ambiental como a sua *dimensão objectiva* ou *pública*: reporta-se a primeira à responsabilidade civil “tradicional” ou à vertente corpórea e individual do dano, a qual merece a atenção do legislador no Capítulo II do Decreto-Lei n.º 147/2008 (constituído pelos artigos 7.º a 10.º, com a compreensiva epígrafe de “responsabilidade ambiental”); já a segunda é relativa à vertente imaterial e incorpórea do dano, dela se ocupando o Capítulo III (artigos 11.º a 24.º, os quais constituem, sem dúvida, a parte “nobre” do diploma em questão, ordenados sob a muito discutível epígrafe de “Responsabilidade administrativa pela prevenção e reparação de danos ambientais”).

Qualquer que seja a nomenclatura que se utilize para distinguir os diversos danos em questão⁴, a verdade é que o Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de

⁴ A contraposição entre os dois tipos de danos é logo assumida no Preâmbulo do diploma: por um lado, está em causa a “reparação dos *danos subsequentes às perturbações ambientais* – ou seja, dos danos sofridos por determinada pessoa nos seus *bens jurídicos da personalidade* ou nos seus *bens patrimoniais* como

Julho, pretende dar resposta a todos, o que pode não ser imediatamente perceptível em face de algumas confusões e imprecisões do legislador, com destaque para a errada utilização do conceito de “responsabilidade administrativa” e da sua distinção em face da “responsabilidade civil subjectiva e objectiva” (a responsabilidade civil propriamente dita ou “tradicional”). De facto, esta diferença vem a coincidir com a distinção entre o dano ambiental e o dano ecológico: de acordo com o preâmbulo, ao passo que na *responsabilidade civil subjectiva e objectiva* “os operadores-poluidores ficam obrigados a indemnizar os indivíduos lesados pelos danos sofridos por via de um componente ambiental”, a disciplina da *responsabilidade administrativa* é “destinada a reparar os danos causados ao ambiente perante toda a colectividade”, sendo a Administração que “assume (...) a tarefa de garantir a tutela dos bens ambientais afectados” – sendo este regime o destinado a transpor a Directiva n.º 2004/35/CE.

Em conformidade, no articulado do diploma temos o *Capítulo II* (“Responsabilidade civil”) relativo à *indemnização do dano ambiental stricto sensu*⁵, uma vez que se refere à ofensa de “direitos ou interesses alheios por via da lesão de um qualquer componente ambiental” (cfr. arts. 7.º e 8.º, que usam a mesma expressão; *itálico nosso*)⁶; já o *Capítulo III*, pelo seu lado, e apesar da

consequência da contaminação do ambiente” (*itálicos nossos*); por outro, salienta-se a “autonomização de um novo conceito de danos causados à *natureza em si*, ao *património natural* e aos *fundamentos naturais da vida*. (...). Assim, existe *dano ecológico* quando um *bem jurídico ecológico* é *perturbado*, ou quando um *determinado estado-dever de um componente do ambiente* é *alterado negativamente*” (*itálicos nossos*).

⁵ O que justifica as críticas que precocemente CARLA AMADO GOMES com argúcia dirigiu ao texto normativo em questão, defendendo que o Decreto-Lei n.º 147/2008 deveria constituir “o diploma aplicável em sede de prevenção e reparação de *dano ecológico* e *só deste*”, esclarecendo ainda que a inclusão do *Capítulo II* “desequilibra o diploma, uma vez que, não só duplica disposições do Código Civil inquestionavelmente aplicáveis em sede de danos pessoais e patrimoniais («ambientais»), como desvirtua a vocação de regulação da reparação de danos ecológicos, *raison d'être* do RPRDE”: cfr. CARLA AMADO GOMES, “A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho”, *O Direito*, ano 141.º (2009), vol. I, p. 127-161 (p. 137 e n. 35).

⁶ De qualquer forma, e nos termos do art. 10.º, a indemnização (“reparação”) dos lesados não pode ser exigida na medida em que os danos sejam reparados nos termos do *Capítulo III* – isto é: não pode haver cumulação de pedidos de *compensação financeira* por perda da qualidade de um bem natural com pedidos de *reparação primária, complementar ou compensatória* do estado ecológico dos mesmos bens, apresentados anteriormente.

sua errada epígrafe (“Responsabilidade administrativa”) deve considerar-se referido ao dano ecológico propriamente dito. Daí que seja neste Capítulo que aparece sistematicamente incluída a *definição de dano ambiental*: de acordo com a al. d) do art. 11.º deve entender-se por tal dano a “alteração adversa mensurável de um recurso natural ou a deterioração mensurável do serviço de um recurso natural”; concretizando-se, na al. e), que estão em causa os “danos causados às espécies e *habitats* naturais protegidos”, os “danos causados à água” e os “danos causados ao solo” (embora nestes se veja que só relevam os que criem “um risco significativo para a saúde humana”, não sendo assim verdadeiros danos ecológicos).

2.2. A importância da convocação dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos nesta sede

O facto de num diploma antes de mais dirigido para a regulação do dano ambiental propriamente dito – ou, usando uma terminologia porventura mais correcta, do ponto de vista técnico-jurídico, para a regulamentação do dano ecológico ou, ainda, para a *dimensão objectiva* ou *pública* do dano ambiental em sentido amplo – continuar a regular-se o dano ambiental na sua perspectiva subjectiva ou pessoal, isto é, enquanto o dano causado às pessoas e às coisas de que estas são proprietárias, não surpreende se tivermos por base a concepção de acordo com a qual a melhor forma de defender o ambiente passa pela tomada de consciência, por parte dos cidadãos, dos direitos de que são titulares neste âmbito. Na verdade, um sector relevante da doutrina tem defendido, pelo menos antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 147/2008, que “a via mais adequada para protecção da natureza é a que decorre da lógica da protecção jurídica individual”, no sentido de integrar a preservação do ambiente no âmbito da protecção jurídica subjectiva, mediante o recurso aos direitos fundamentais⁷.

De notar, em todo o caso, que o próprio legislador não ignora esta realidade, referindo de forma expressa, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 147/2008, que “em certas circunstâncias, um regime de responsabilização *atributivo de direitos aos particulares* constitui um mecanismo

⁷ Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA, *Verde Cor de Direito – Lições de Direito do Ambiente*, Almedina, 2002, p. 27 e segs.

economicamente mais eficiente e ambientalmente mais eficaz do que a tradicional abordagem de mera regulação ambiental, comumente designada de comando e controlo” (itálicos nossos), considerando preferível *dotar o cidadão de direitos indemnizatórios*, investindo-o “na qualidade de verdadeiro zelador do ambiente”.

Esta realidade – em alguma medida explicada, no direito anglo-saxónico, pela expressão “free-riding”, traduzindo a *tutela reflexa dos bens ecológicos* por via da *protecção de bens ambientais* em sentido estrito – não é desconhecida no nosso direito, encontrando-se com facilidade decisões judiciais nas quais a protecção do ambiente aparece apenas como forma de sustentar, do ponto de vista material ou objectivo, acções de responsabilidade que, na verdade, se destinam a ressarcir danos que não são danos ambientais mas sim lesões puramente patrimoniais ou relativas a outros direitos ou bens jurídicos que não os directamente relacionados com a tutela ambiental. A título exemplificativo, poderemos citar o caso do Acórdão do STA (2.ª Subsecção do CA), de 28.11.2007 (Processo n.º 0808/07) no qual a empresa gestora de um estabelecimento hoteleiro intentou uma acção de responsabilidade contra a Região Autónoma da Madeira: apesar de todo o direito material violado pela entidade administrativa ré se reportar a preceitos jurídico-ambientais, em particular os relativos à não realização do procedimento de *avaliação de impacte ambiental* (AIA) que seria, no caso, obrigatório, verificou o douto tribunal de recurso (contrariando a decisão proferida em primeira instância) que as lesões ou o *dano* sofrido pela autora da acção consubstanciados nos prejuízos económicos decorrentes das baixas fortíssimas de ocupação dos quartos do hotel em questão não estavam no *âmbito de protecção* das normas jurídicas violadas – os preceitos ambientais que impunham a obrigatoriedade de realização de uma AIA. Ainda que sem fazer alusão directa à conhecida construção da *Schutznormtheorie* desenvolvida no direito alemão, no fundo era isso que estava em casa, nomeadamente quando se lê no acórdão que a análise do “*âmbito de protecção das normas alegadamente violadas*” (itálico nosso) leva à conclusão de que os prejuízos invocados não se incluem no mesmo, uma vez que elas “visam evitar a produção de danos ambientais e não prejuízos de

natureza económica e empresarial tais como os que foram invocados pela Recorrida”.

Ao levar este pensamento até ao fim, concluiu o Tribunal superior da jurisdição administrativa: “A violação de normas ou de princípios procedimentais não dá origem à responsabilidade civil se os preceitos procedimentais violados não tiverem qualquer referência à posição jurídica material do interessado, isto é, se o bem jurídico lesado, em que se traduz o dano, não estiver compreendido no âmbito de protecção das normas violadas”⁸.

⁸ Estava especificamente em causa, na situação julgada em sede de recurso jurisdicional pelo STA, a construção da via rápida Funchal/Aeroporto por parte da Região Autónoma da Madeira, por intermédio da Secretaria Regional do Equipamento Social e Ambiente do respectivo governo. Esta obra compreendeu um viaduto que passava muito próximo de um Hotel, tendo a empresa gestora do mesmo proposto a acção, invocando e provando baixas fortíssimas na taxa de ocupação dos seus quartos (apesar dos descontos, houve alturas em que esteve completamente vazio), alegadamente em virtude dos barulhos e da poeira provocados junto do Hotel, bem como da deterioração do seu ambiente cénico ou visual. Os prejuízos decorrentes daquele abaixamento, bem como a forte diminuição do valor de venda do edifício do hotel levaram o Tribunal Administrativo de Círculo do Funchal a condenar a Região Autónoma da Madeira ao pagamento à autora de uma quantia de € 944.491,52, acrescida de juros de mora.

Todavia, no julgamento do recurso, salientou o Supremo que o fundamento da pretensão ressarcitória da autora contra a Região Autónoma da Madeira assentava em preceitos jurídico-ambientais, em concreto na não realização de uma AIA, em violação do Decreto-Lei n.º 186/90, de 6 de Junho (o diploma então vigente sobre AIA), sendo com base neste facto que o Tribunal de primeira instância deu como provadas a *ilicitude* e ilegalidade da ré. Ora, concluiu o Tribunal de recurso que os *prejuízos invocados pela autora não se incluíam no âmbito de protecção das normas alegadamente violadas*, uma vez que “(...) as normas em causa visam evitar a produção de danos ambientais e não prejuízos de natureza económica e empresarial tais como os que foram invocados pela Recorrida”. Linha argumentativa que mereceu a concordância do Procurador-Geral adjunto no STA, segundo o qual “... o dever de indemnizar só existe no círculo de interesses abrangidos pela norma de protecção violada, para tanto não bastando que consubstancie um erro reflexo da protecção dos interesses colectivos que a norma pretende tutelar, impendendo sobre o autor o ónus de demonstrar que, acaso a administração tivesse observado o procedimento determinado na lei, o seu interesse final ou substantivo invocado teria sido satisfeito (...). Ora, na situação sub judicio afigura-se-nos manifesto que os prejuízos invocados pela autora são de natureza estritamente subjectiva, como são os de carácter económico e empresarial, exorbitando desse modo do âmbito da tutela dos valores visados pelo legislador ao consagrar a obrigatoriedade do procedimento de avaliação de impacte ambiental, os quais se prendem com valores ambientais”, defendendo, em consonância, que o recurso jurisdicional interposto pela Região

3. A legitimidade processual – algumas notas

Aproximando-nos um pouco mais das questões que queremos especificamente tratar – a legitimidade activa para a propositura de acções de responsabilidade para ressarcimento de danos ambientais, por ora entendidos em sentido amplo – cumpre agora avançar algumas breves notas sobre o pressuposto processual da legitimidade o qual, tanto em termos dogmáticos como práticos, sempre levantou dificuldades e controvérsias nada negligenciáveis.

Na verdade, a *Prozeßführungsbefugnis* de que falam os autores alemães – isto é, o *poder de condução do processo*, expressão com um significado imediato mais rico do que o de *legitimidade processual* – pode ser vista, num certo sentido, como consubstanciando o mais relevante pressuposto processual, pelo menos na medida em que muitas acções são perdidas por ilegitimidade do autor. Para além das controvertidas questões que na prática

Autónoma da Madeira deveria obter provimento.

Foi isso o que veio a acontecer: depois de invocar a jurisprudência do STA no sentido de se exigir uma *conexão entre a ilegalidade e o dano*, por forma a que o *dano se inclua no âmbito de protecção da norma violada*, o Tribunal de recurso concluiu que só se as leis violadas pelos actos que culminaram com a construção do viaduto tivessem como finalidade proteger o interesse económico na exploração do Hotel da autora é que o tribunal poderia concluir pela existência da ilicitude, sublinhando as diferenças, para este efeito, entre os conceitos de ilegalidade e de ilicitude.

Em suma: faltou à autora demonstrar que, no caso, as normas violadas também tinham como finalidade proteger os lucros de exploração do seu Hotel. A única ilegalidade foi a não realização da AIA, sendo perante esta que se tinha de equacionar se os bens jurídicos que a autora viu lesados (desvalorização do hotel) estavam ou não no âmbito de protecção das normas violadas.

Uma vez que as finalidades do Decreto-Lei n.º 186/90 eram todas conexas com a tutela ambiental e sanitária (diversidade das espécies, conservação de ecossistemas, protecção da saúde e promoção da qualidade de vida) e que “Em nenhuma destas finalidades se inclui, como é particularmente evidente, a quebra de receitas na exploração de um hotel”, pois “o estudo de impacte ambiental pretende evitar danos ambientais, não podendo ser visto como instrumento de regulamentação das actividades económicas”, rematou o Tribunal que nenhum dos danos dados como provados podia ser qualificado como *dano ambiental* e, portanto, nenhum deles se incluía no âmbito de protecção das normas violadas relativas ao procedimento sobre a avaliação do impacto ambiental.

Daí a conclusão segundo a qual o facto imputado à ré não era, naquele caso, gerador de responsabilidade civil extracontratual, o que teve como consequência a absolvição da ré do pedido.

suscita, também o estudo teórico e a análise dogmática da legitimidade processual têm sido tudo menos neutros, podendo aqui invocar-se a histórica disputa entre BARBOSA DE MAGALHÃES e ALBERTO DOS REIS sobre a *configuração da relação material controvertida* que serve de base à legitimidade das partes, nos termos daquilo que hoje se prescreve no artigo 26º, nº 3, do Código de Processo Civil (CPC): ao passo que ALBERTO DOS REIS, pretendendo dar um certo *conteúdo material* a esta noção, afirmava ser necessário averiguar da *efectiva titularidade* dessa relação, *supondo que ela exista* (defendendo a aferição da legitimidade pela *posição real* das partes da relação em litígio), já BARBOSA DE MAGALHÃES colocava o acento tónico na noção *processual* de legitimidade, considerando que seria ir longe de mais exigir-se a prova da titularidade efectiva duma relação que era ainda meramente *hipotética*, tendo assim o mérito de permitir a distinção do pressuposto processual da legitimidade em relação ao fundo da questão⁹.

Na revisão do CPC de 1995 o legislador tomou posição expressa sobre a questão, estabelecendo a titularidade da relação controvertida, tal como é configurada pelo autor, numa posição muito próxima da defendida por BARBOSA DE MAGALHÃES: nos termos do citado nº 3 do artigo 26.º do CPC: "Na falta de indicação da lei em contrário, são considerados titulares do interesse relevante para o efeito da legitimidade os sujeitos da relação controvertida tal como é configurada pelo autor"¹⁰.

Ao nível do *contencioso administrativo* recorre-se hoje a uma fórmula muito semelhante à do processo civil na definição geral do pressuposto processual da legitimidade activa: de acordo com o n.º 1 do art. 9.º do Código de

⁹ A tese de BARBOSA DE MAGALHÃES foi exposta pelo Autor no escrito "Legitimidade das Partes", *Gazeta da Relação de Lisboa*, ano 32.º (1919), nº 18, p. 274 ss. Nas suas palavras (cfr. p. 275), "em caso algum, o julgador pode, ou deve conhecer da existência da relação jurídica controvertida, para julgar legítima, ou ilegítimas as partes".

A concepção de ALBERTO DOS REIS pode ser vista no trabalho "Legitimidade das Partes", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano VIII (1923-1925), nºs 71-80, p. 64-88; ano IX (1925-1926), nºs 81-90, p. 102 e segs.

¹⁰ Podendo ainda ler-se no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro: "Partiu-se (...) de uma formulação da legitimidade (...) assente na titularidade da relação material controvertida, tal como a configura o autor, próxima da posição imputada a Barbosa de Magalhães na controvérsia que historicamente o opôs a Alberto dos Reis".

Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), "(...) o autor é considerado parte legítima quando alegue ser parte na relação material controvertida" – ressalvando, na sua primeira parte, as disposições especiais sobre a matéria, nomeadamente a previsão da acção popular e as regras específicas consagradas ao nível da acção administrativa especial (na qual, como é sabido, existe uma grande abertura mas que, em princípio, não nos interessam no estudo do nosso tema).

Assim, no que respeita à propositura de acções de responsabilidade "tradicionais" no contencioso administrativo, terá legitimidade para o efeito *quem se arrogue de um prejuízo efectivo causado pela actividade ou omissão pública*, uma vez que será tal "vítima" que alegará ser parte na relação material controvertida.

Não é de forma alguma ociosa a referência ao regime da legitimidade no CPTA uma vez que na disciplina instituída pelo Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, o contencioso administrativo assumirá, inevitavelmente, um enorme protagonismo: o seu Capítulo III – que, como foi já referido, constitui a parte fundamental do novo diploma, onde verdadeiramente se opera a transposição da Directiva n.º 2004/35/CE – consagrou um regime de *tarifa pública* em relação à efectivação da responsabilidade decorrente da verificação de "danos ambientais", instituindo aí a responsabilidade primária das autoridades públicas. Como tal, parece que na concretização das regras do Decreto-Lei a jurisdição comum só será competente nos casos de responsabilidade puramente privada, ou seja, naqueles em que não haja qualquer possibilidade de intervenção das entidades públicas no que se refere tanto à imposição de "medidas de prevenção" como de "medidas de reparação". Aliás, a prioridade que o novo regime dá às estratégias e às

medidas de prevenção reforça o protagonismo que no seu seio assumem as autoridades públicas¹¹.

Deve ainda sublinhar-se que o pressuposto processual assume especificidades não negligenciáveis ao nível do “contencioso ambiental” que se traduzem sobretudo na consagração do direito de acção popular para a sua tutela: a crescer à grande abertura, constitucional e legal, do acesso à justiça em sede ambiental – nomeadamente se tivermos em conta a articulação do direito à tutela jurisdicional efectiva, amplamente acolhido na Constituição da República e no CPTA, com a “força” e o peso com que o direito do ambiente é consagrado na ordem jurídica portuguesa, em particular com a previsão de um direito subjectivo fundamental ao ambiente –, o ambiente é um dos bens jurídicos e interesses públicos para cuja tutela a Constituição e diversas leis processuais prevêem a possibilidade de recurso ao instituto da acção popular. Instituto este que, como é sabido, não se traduz em qualquer forma particular de acção mas antes no reconhecimento de uma legitimidade simplesmente decorrente do estatuto da cidadania e, como tal,

¹¹ CARLA AMADO GOMES sublinhou, desde a primeira hora, este protagonismo das entidades públicas no regime do Decreto-Lei n.º 147/2008 e, em consonância, o papel-chave da tutela contenciosa administrativa. Segundo a Autora (cfr. “A responsabilidade civil por dano ecológico...”, cit., p. 148; os itálicos serão nossos), a “*natureza pública do dano ecológico* – porque incidente sobre um bem que, na sua vertente imaterial (indivisível e inapropriável), é público: o ambiente – determina a propositura, quer de *acções administrativas comuns* de condenação na abstenção de comportamentos lesivos do ambiente por parte do operador (...) nos termos do artigo 37.º/2, f) do CPTA (...); quer de *acções administrativas comuns de efectivação da responsabilidade contra o operador* (em eventual solidariedade com a Administração omissiva)” – por esta ter omitido as medidas necessárias para fazer face à situação potencial ou já efectivamente danosa –, de acordo com al. f) do n.º 2 do mesmo art. 37.º do CPTA. Como é bom de ver, qualquer uma destas acções corre os seus termos nos tribunais administrativos – *independentemente da natureza jurídica*, pública ou privada, do operador – sendo regulada pelas leis processuais administrativas, nomeadamente o CPTA e o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais.

No que especificamente se refere ao *autêntico dano ecológico*, assinala ainda CARLA AMADO GOMES (*ob. cit., loc. ult. cit.*) que ele é sempre *órfão*, já que a sua prevenção e reparação só pode ser levada a cabo por representantes da colectividade, junto dos tribunais especializados em dirimir os conflitos jurídico-públicos, isto é, os tribunais administrativos. O mesmo não se passará, segundo a Autora, quando as alegações disserem respeito a danos pessoais ou patrimoniais do autor da acção e a ofensa tiver sido perpetrada por uma entidade privada: aqui, se o autor da acção visar o ressarcimento por um dano que, pelo menos para ele, será antes de mais um dano patrimonial, os tribunais competentes para conhecerem a acção serão os tribunais judiciais, desde que a actuação lesiva não revista natureza pública.

independente sequer da invocação de um interesse directo ou pessoal na situação litigiosa.

A força do instituto decorre da sua previsão ao nível constitucional, patamar do qual foi depois transposto para a legislação ordinária. Na verdade, dispõe hoje a al. a) do art. 52.º, n.º 1, da CRP que “É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para (...) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural”. A partir daqui deu-se o reconhecimento e desenvolvimento do direito ao nível da legislação ordinária, tanto por uma lei especificamente destinada a regulamentá-lo (a Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, consagradora do “Direito de participação procedimental e de acção popular”) como, mais tarde, nos principais diplomas processuais: no Código de Processo Civil (art. 26.º-A, com a epígrafe “Acções para a tutela de interesses difusos”) e no n.º 2 do art. 9.º do CPTA. Assinale-se, em qualquer dos casos referidos, a expressa referência ao *ambiente* como um dos valores ou bens constitucionais ao serviço dos quais a via da acção popular pode ser utilizada, bem como a consagração do direito tanto em termos individuais como associativos¹².

Deve ainda assinalar-se que a importância da acção popular e o eventual recurso a este expediente para fundar a legitimidade para a propositura de uma acção de responsabilidade em sede ambiental acaba por reforçar o protagonismo da jurisdição administrativa neste âmbito: apesar de, como nota CARLA AMADO GOMES¹³, a al. I) do n.º 1 do art. 4.º do ETAF – de acordo com a qual “Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objecto (...) Promover a prevenção,

¹² Verificando-se ainda a atribuição do direito de acção popular às autarquias locais e, no CPC e no CPTA, ao Ministério Público, numa opção que quanto a nós abre o espaço a críticas justificadas – as quais, todavia, não cabem na economia do presente escrito.

¹³ Cfr. “A responsabilidade civil por dano ecológico...”, cit., p. 148.

cessação e reparação de violações a valores e bens constitucionalmente protegidos, em matéria de saúde pública, ambiente, urbanismo, ordenamento do território, qualidade de vida, património cultural e bens do Estado, quando cometidas por entidades públicas (...)” – não configurar expressamente uma reserva de jurisdição administrativa em sede de acção popular, a verdade é que ela deve ser como tal entendida, sendo um elemento mais para justificar a preponderância desta jurisdição nesta sede. E, sempre que a acção popular se destine a defender bens ecológicos em sentido estrito, ela deve ser apreciada por um tribunal administrativo, ainda que o ofensor seja privado, uma vez que a indemnização revestirá sempre natureza pública¹⁴.

É altura de formular uma conclusão interlocutória, antes de tratarmos o tema principal deste artigo: conclusão essa de acordo com a qual existe no nosso ordenamento jurídico uma grande abertura, constitucional e legal, em termos de legitimidade para a defesa do ambiente, abertura que se projecta também na propositura de acções destinadas a obter o ressarcimento de lesões ambientais provocadas pela realização de actos ilícitos ambientais. O “quadro” relativo à legitimidade activa é, neste domínio, vasto e heterogéneo, pois existem títulos de legitimidade muito variados que conduzem a que o impetrante possa surgir no tribunal (não só mas especialmente num tribunal administrativo) a reclamar a tutela ambiental ou o ressarcimento de danos ambientais (em sentido lato) com fundamentos bastante diversificados e em posições jurídicas muito diferenciadas.

4. Legitimidade para a propositura de acções de responsabilidade ambiental

4.1. Nota introdutória

Como assinalámos logo de início, no momento em que escrevemos estas linhas não havia ainda disponível jurisprudência sobre o tema que tomasse em consideração o regime plasmado no Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho.

¹⁴ Cfr. CARLA AMADO GOMES, *ob. cit., loc. cit.* na nota anterior. No entanto, a “indemnização” tem aqui um sentido muito particular, na medida em que ela não se deverá traduzir numa indemnização por equivalente mas em *medidas de prevenção* e *medidas de reparação* com o conteúdo definido no Anexo V do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, nos termos das remissões decorrentes dos artigos 14.º, n.º 3 (em relação às medidas de prevenção) e 16.º, n.º 2 (quanto às medidas de reparação).

Por esta razão, a jurisprudência a que tivemos acesso refere-se toda a um período em que ainda não se fazia a distinção entre o dano ambiental e o dano ecológico e na qual, nestes termos, o segundo aparecia “dissolvido” no primeiro, verificando-se facilmente o citado efeito de *free-riding*, isto é, a propositura de acções de responsabilidade e a eventualidade de atribuição de indemnizações onde estivesse em causa um dano ambiental “apropriado” pelos autores da acção – ainda que, eventualmente, as verdadeiras pretensões destes passassem pela obtenção de indemnizações pecuniárias a coberto da alegada aspiração de proteger o ambiente. Em todo o caso, pelo menos na situação dos impetrantes serem *interessados directos*, deveria estar efectivamente em causa o *dano ambiental* ou, pelo menos, o *dano directo no direito ao ambiente* do(s) impetrante(s).

Todavia, é importante que se compreenda – e que a nossa jurisprudência assuma – que o desiderato do novo diploma legal não passa por “tirar” nada ao quadro que já existia sobre responsabilidade civil ambiental, traduzindo-se, outrossim, no acréscimo de novas dimensões a esta realidade.

Desta forma, passa a revelar-se mais importante a correcta destrição entre as situações em que a propositura de uma acção de responsabilidade ambiental visa a tutela de *danos ambientais individuais* – subsumíveis na tradicional categoria do *dano ambiental* em sentido estrito – e aqueles outros em que a acção está orientada para a tutela do *dano ecológico* supra individual – na destrição tradicional, o *dano ecológico* propriamente dito, o dano objectivo ou público concretizado nos prejuízos causados a toda a comunidade. Nestes termos, procederemos ao estudo autónomo de cada uma das situações.

4.2. Propositura de acções de responsabilidade para tutela de danos ambientais individuais

4.2.1. Os interessados directos – em especial, os lesados no direito fundamental ao ambiente

Apesar das vozes discordantes quanto à real materialidade do *direito fundamental ao ambiente*¹⁵, a verdade é que a nossa CRP o consagra, no seu

¹⁵ Cfr., em particular e com grande desenvolvimento, CARLA AMADO GOMES, *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do*

art. 66.º, sendo habitualmente assinalado como principal nota do relevo prático de tal acolhimento a possibilidade de acesso ao direito e aos tribunais para a sua tutela.

O direito ao ambiente, na sua *vertente negativa* (a qual se concretiza no direito à abstenção, por parte de terceiros, incluindo entidades públicas, de atentados e agressões ambientais), é um dos direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, como tem assinalado parte da doutrina¹⁶.

Nestes termos, o titular de um direito ao ambiente lesado pela actividade de terceiro, isto é, o cidadão *qualificada e diferenciadamente* lesado nessa sua posição jurídica por um acto ilícito e culposo de um outro particular ou da Administração Pública que seja a causa do dano ambiental sofrido tem legitimidade para propor a competente acção de responsabilidade para tutela de tal posição jurídica.

Tanto na jurisprudência comum como na administrativa encontram-se com facilidade casos em que está esta situação em jogo – alguns dos quais são bem ilustradores da gravidade e dimensão das infracções ambientais que vão sendo cometidas, um pouco por todo o lado.

Em termos meramente exemplificativos, podemos indicar o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 26 de Abril de 1995 (Processo n.º 86.918) no qual dois cidadãos casados propuseram uma acção contra uma Sociedade de Confeccções¹⁷ que instalou uma fábrica de confeccções junto à sua residência, prejudicando-os com ruídos e emissões de fuligem, calor, vapor e de gases corrosivos e diversas deteriorações da sua casa de habitação. Apesar de a acção ter sido logo julgada parcialmente procedente em primeira instância (procedência essa confirmada pelo Tribunal da Relação de Coimbra, que manteve a sentença de primeira instância, tendo a ré recorrido,

Ambiente, Coimbra Editora, 2007, p. 25-149 (especialmente p. 111-131).

¹⁶ Cfr., por todos, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I (artigos 1.º a 107.º), Coimbra Editora, 4.ª ed., 2007, p. 845.

¹⁷ A acção foi proposta no Tribunal de Círculo de Castelo Branco contra a empresa “Sicofato – Sociedade de Confeccções, Lda”, proprietária e operadora da fábrica de confeccções em questão.

de revista, para o STJ), com fundamento na ofensa dos direitos ao repouso, à saúde, à integridade física e ao *ambiente sadio* dos autores da acção – e com a *condenação da ré* em várias prestações de *non facere* como o não lançamento de gases corrosivos e a não utilização de uma chaminé, uma caldeira e um tubo, bem como à *indemnização* dos autores pelos danos patrimoniais e não patrimoniais por estes sofridos – a verdade é que os recursos da ré se foram sucedendo, tendo um dos autores falecido durante a pendência dos mesmos. Da factualidade dada como provada pela Relação de Coimbra, bem como da leitura das alegações das partes, destacam-se nomeadamente os factos de o conflito girar em torno de uma casa arrendada pelos autores em 1971, junto à qual a ré montou uma pequena fábrica de confecção, em 1973, fábrica que veio a ser ampliada em 1980; de a ré estar devidamente licenciada; a enorme proximidade entre a fábrica e a casa de residência dos autores (separação de 1,60 metros e de 3,30 metros, respectivamente, da parte lateral direita e da parte de trás da habitação, circundando-a de todos os lados, com excepção do da frente); o lançamento de ondas de calor e de vapor, a existência de uma chaminé de onde saía fuligem que deteriorava as roupas dos autores quando estes deixavam as janelas abertas ou quando a roupa era estendida fora, a penetração de fuligem na casa dos autores através da chaminé da cozinha (o que obrigou o autor a tapar a mesma), a saída de centenas de baratas da instalação da ré, entre outros factos pouco edificantes. Foram ainda dadas como provadas diversas reclamações e exposições efectuadas por um dos autores ao longo dos anos, a necessidade de substituição, pelo autor e a expensas suas, de todas as janelas da casa de habitação (bem como uma série de outras modificações e adaptações), a danificação do automóvel do autor que estava estacionado na rua, sendo ainda mencionado o internamento da autora no Centro de Saúde Mental de Castelo Branco, embora sem que o douto Tribunal mencione um nexo de causalidade entre este facto e a conduta da ré.

Apesar de ser mencionado o incumprimento pela ré de algumas das condições impostas por organismos públicos, é também destacada – um pouco contraditoriamente – a “colaboração” da Administração em todos

estes factos, colaboração essa que passou designadamente pela autorização das obras de ampliação da fábrica, pela emissão do alvará de ocupação, pela vistoria pela Subdelegação de Saúde competente e, sobretudo, pela outorga de licença de laboração a título definitivo. Daí a conclusão interlocutória, na sentença de recurso do Tribunal da Relação de Coimbra, segundo a qual “A ré sempre esteve, e está, legalizada e licenciada quanto a todos os seus componentes”.

Na sentença proferida, o STJ negou provimento à revista que a ré pretendia, invocando que nada justificava a alteração da decisão recorrida em sentido mais favorável à recorrente, pelo que confirmou a condenação desta. Havendo diversos aspectos da fundamentação da sentença a saudar: desde logo, a invocação do *direito à vida* bem como dos direitos à *saúde* e ao *bem-estar*, à *qualidade de vida* e a *tutela geral da personalidade* (a qual tem tantas vezes funcionado, na jurisdição comum, como porta-estandarte da protecção do direito ao ambiente); e, sobretudo, a articulação destes direitos e posições jurídicas com a *consagração constitucional do direito ao ambiente e qualidade de vida*, bem como a invocação de diversas leis ordinárias concretizadoras deste direito. Destacando, de forma em nosso entender muito meritória, a circunstância de não estar em causa no processo a relação jurídica entre a ré e as entidades supervisoras ao nível técnico e administrativo, mas antes “a relação provada de conflito de valores e de interesses entre uma instalação fabril (...) e (...) o *direito subjectivo a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado*”. Concluindo que neste âmbito “a actividade da recorrente falhou rotundamente, laborando de forma a prejudicar, gravemente, a zona de habitação, a «sede» de vida dos autores, com os ruídos, os vapores, os calores, as fuligens, chegando ao ponto de não evitar a saída de centenas de baratas das instalações da ré, com a habitação dos autores junto delas!”. É também muito louvável a hierarquia estabelecida entre os valores em jogo, destacando o Supremo Tribunal que o grande problema desta causa não era de teor administrativo ou relativo ao licenciamento, mas sim um *conflito de valores subjectivos*, tendo de ser dada primazia ao mais significativo deles, o da *qualidade de vida*; e que a indemnização ou compensação por danos (o montante indemnizatório) não

era a verdadeira questão, mas sim o *dano* propriamente dito, lamentando mesmo não poder alterar a sentença num sentido mais favorável ao autor da primitiva acção, por ter havido apenas recurso da ré.

Foi nosso objectivo, com a descrição – porventura excessiva – deste caso, ilustrar as situações em que, estando em causa uma violação directa e imediata do direito subjectivo ao ambiente de um cidadão (ou de um grupo de cidadãos) qualificada ou diferenciadamente lesado nessa sua posição jurídica subjectiva, a legitimidade para a propositura da respectiva acção de responsabilidade não pode levantar dúvidas. Independentemente de outras refracções processuais deste tipo de situações – em particular as possíveis interacções com o acto ou os actos administrativos que tenham sido praticados no seu âmbito¹⁸ – estará em causa a ofensa ou violação dos direitos de pessoas determinadas, as quais estarão em condições de propor a acção tendente ao ressarcimento dos danos ambientais sofridos, não suscitando dúvidas a sua *legitimidade processual* para o efeito. Naturalmente que, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 147/2008, este tipo de pretensões cairá no âmbito do respectivo Capítulo II, sendo em especial de ter em conta a *proibição de dupla reparação* fixada no art. 10.º, de acordo com a qual os lesados não poderão exigir reparação ou indemnização na medida em que os danos que invoquem sejam reparados nos termos do Capítulo III – isto é, pela adopção de medidas de prevenção ou reparação voluntariamente tomadas pelo operador ou impostas pela autoridade administrativa competente ao seu abrigo.

4.2.2. Os direitos individuais homogéneos

Uma situação que, em termos do *título legitimador* que tem por detrás de si não merece qualquer distinção em relação àquela que acabámos de tratar,

¹⁸ Passou a ser relevante nesta sede, com a entrada em vigor da Lei n.º 67/2007, de 31 de Dezembro (regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas), a norma contida no respectivo art. 4.º (“Culpa do lesado”), a qual determina: “Quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”.

é a que se refere aos titulares de direitos subjectivos ao ambiente diferenciada ou qualificadamente lesados nessa sua posição jurídica mas que estejam em situação idêntica à de outros indivíduos, também *diferenciada ou qualificadamente lesados* – isto é, aos casos em que estejamos perante a lesão de *direitos individuais homogêneos*.

Esta categoria – particularmente desenvolvida na doutrina e na jurisprudência brasileiras – assume um sentido particular em relação às *lesões de massas* que tantas vezes se verificam no domínio ambiental e nas quais, em virtude do maior alcance espacial, pessoal e porventura temporal do facto lesivo, os sujeitos *diferenciadamente* lesados não são apenas um mas vários, sendo essa a única nota particular em relação à situação tratada no ponto anterior.

Em face da unicidade da causa de pedir e da similitude dos pedidos decorrentes da coincidência do facto ilícito lesivo – salienta-se, em particular, a *origem comum do dano* – existe a possibilidade de os lesados se agruparem num *litisconsórcio voluntário activo*, propondo uma *única acção* para a tutela dos vários direitos subjectivos lesados. A pluralidade dos sujeitos diferenciadamente lesados – na medida em que a sua posição jurídica é protegida pela norma ou normas jurídica(s) violada(s) em termos específicos, por comparação com a eventual lesão genérica da colectividade e dos interesses singulares dos seus membros por fazerem parte de tal comunidade¹⁹ – não implica que a tutela que merecem deva ser desqualificada, pois continuamos a estar perante cidadãos que sofrem uma ofensa no seu direito subjectivo ao ambiente.

Pelo menos em via de regra a nossa jurisprudência não recorre, de modo expreso, à figura dos “direitos individuais homogêneos”, sendo extraordinariamente reduzidas as referências a tal categoria. O que não quer dizer, em todo o caso, que não haja muitas situações em que, não obstante tal menção não ser feita, estamos perante lesões de tal tipo.

¹⁹ Reportamo-nos aqui à figura dos *interesses difusos*, sendo relevante notar que o facto de haver interesses difusos lesados não implica a “degradação” das posições jurídicas substantivas diferenciada ou qualificadamente lesadas.

A título mais uma vez meramente exemplificativo poderemos citar o Acórdão do STJ de 29/05/2007 (Processo n.º 07A1340) no qual *diversos autores* – todos pertencentes ao *mesmo aglomerado vicinal* – propuseram uma acção contra o Município de Palmela²⁰, em virtude de este ter procedido ao desvio de uma linha de águas pluviais, destruindo um caminho público e nele rasgando uma vala a céu aberto, junto das casas de habitação dos autores, procedimentos realizados sem qualquer estudo, parecer ou autorização das autoridades competentes, nomeadamente da Direcção Regional de Hidráulica do Tejo.

Apesar de a acção ter sido julgada improcedente em sede de recurso – depois de ter sido sentenciada como parcialmente procedente em primeira instância – pois tanto o Tribunal da Relação de Lisboa como o STJ deram por verificada a *excepção de prescrição*, a qual cobria todo o pedido formulado pelos recorrentes e de ser a questão da prescrição a fundamentalmente discutida no acórdão²¹, a sua leitura não deixa de ser significativa para nos apercebermos das lesões provocadas a diversos autores, cujos direitos subjectivos (individuais e homogéneos pois, apesar de titulados por diversos cidadãos, tinham uma origem comum e a sua violação resultou dos *mesmos factos ilícitos culposos*)²² foram intoleravelmente lesados pela actuação dos órgãos pertencentes ao Município de Palmela, com a colaboração de outros intervenientes.

²⁰ Estranhamente, não se encontra no Acórdão qualquer referência à eventual incompetência (absoluta) da jurisdição comum para julgar o caso o qual, em face dos dados que constam do aresto lavrado pelo STJ, parece ser da competência dos tribunais administrativos. Não obstante, a questão acaba por ser irrelevante, em face do motivo que se tornou decisivo para o sentido dado à sentença.

²¹ A prescrição resultou de os factos se terem verificado no ano de 1988 e de só em 1993 ter sido a acção intentada – ainda que os recorrentes tenham alegado a violação contínua e duradoura do seu direito ao ambiente, argumentação que todavia não foi acolhida nos arestos em questão. O Supremo considerou, quanto a este ponto, que “O facto gerador da responsabilidade extracontratual conducente ao pedido de indemnização esgotou-se na data em que ocorreu”, sendo “a ocorrência do facto e não a permanência ou esgotamento das suas consequências que releva para efeito da prescrição”, ainda que reconhecendo que as consequências desse facto perduram no tempo. E para que não restassem dúvidas, remata dizendo que “quer a indemnização seja em dinheiro quer se reporte à restituição natural a prescrição do direito ambas engloba”.

²² Não apenas o direito ao ambiente, mas também o direito à saúde, à qualidade de vida e à própria dignidade da pessoa humana, em nosso entender violentamente ultrajada no caso em apreço.

Na verdade, a factualidade dada como provada pelo Tribunal da Relação assemelha-se a uma verdadeira história de terror no que toca à extensão e profundidade das lesões causadas aos direitos dos diversos autores, nomeadamente aos seus direitos subjectivos ao ambiente, como resultado imediato ou mediato das mencionadas obras realizadas pelo Município de Palmela (ou sob as suas ordens) de desvio das águas pluviais, de destruição do caminho público e de abertura de uma vala a céu aberto²³. Situações estas que se verificaram apesar de também se ter provado que alguns dos moradores protestaram “desde o primeiro dia” junto da Câmara Municipal de Palmela – invocando expressamente a *violação do direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado* – o que levou inclusive a Administração Regional de Saúde de Setúbal a exigir a “adopção imediata das disposições materiais adequadas a fim de repor as condições de salubridade do local” o que, em todo o caso, não levou a que a ré tomasse alguma providência para fazer face à situação.

4.3. Propositura de acções de responsabilidade para tutela de danos ecológicos supra-individuais

Apesar das dificuldades em estabelecer distinções estanques entre o *dano ambiental* em sentido estrito e o autêntico *dano ecológico* ou entre os *danos subjectivos* ao ambiente e o *dano objectivo* de um componente ambiental ou do ambiente no seu todo ou, ainda, entre a perspectiva individual da defesa

²³ De acordo com os dados que podem ser compulsados no citado Acórdão do STJ de 29/05/2007, verificou-se que passaram a correr efluentes, dejectos e excrementos provenientes de outros prédios (nas palavras utilizadas na sentença, aí “correm todas as espécies de imundícies”); a Ré veio a construir, mais tarde, lagoas a céu aberto para tratamento dos efluentes, dejectos e excrementos a uns 300 metros das moradias dos autores, estação essa que “não é regularmente vigiada” e “extravasa com bastante frequência”, “Correndo a partir dela, abundantemente, um «mosto» nauseabundo, de cor verde acastanhada, de cheiro pestilento, pela «linha de água» aberta que se espraia na vala”, “na qual, com relativa facilidade e a todo o momento, se pode verificar, flutuando, excrementos humanos e de outros animais, restos, lixos e até um porco morto e putrefacto já por lá andou a banhos”; “A vala transborda muitas vezes” e “é um foco de maus cheiros, de aparecimento de ratos, ratazanas, moscas, melgas e mosquitos a 3, 5 e 8 metros das moradias dos autores e suas famílias”; “O Vale do Alecrim foi antes lugar saudável, arejado, onde só o cheiro a terra lavrada pairava no ar”; os autores mandaram analisar as águas dos seus poços (antes a melhor água da região) e foram *todas* consideradas impróprias para beber. Este quadro já de si devastador foi ainda agravado mais tarde, a partir do momento em que se começou a verificar o lançamento clandestino nessa vala de efluentes de suinicultura, matadouros e outras indústrias, o que “causa poluição e degradação ambiental significativa”.

do ambiente e a sua dimensão pública, em que estão em causa os danos causados a colectividades globalmente consideradas, tal distinção terá de passar a ser feita em face da sistemática do Decreto-Lei n.º 147/2008, o qual, como vimos já, dedica o seu Capítulo III às segundas categorias. Todavia, na medida em que continuamos a analisar jurisprudência anterior à entrada em vigor de tal diploma legal – ou que, pelo menos, ainda não tomou em conta o seu regime – tal distinção é, em face das normas então vigentes, mais aparente do que real. Na verdade, estarão em jogo situações em que, até 2008, se admitia a propositura de acções de responsabilidade para tutela do dano ambiental mas que devem agora ser perspectivadas de forma diferente uma vez que, à luz do “novo” direito, passa a estar aqui em causa a tutela do *dano ecológico puro*.

Com esta ressalva, vejamos então os diferentes grupos de casos em que já se admitia a legitimidade do impetrante para propor uma acção de responsabilidade ambiental, apesar de o nosso direito ainda não facultar os instrumentos necessários para que se olhasse apenas à natureza una, indivisível e imaterial do bem jurídico ambiental violado e, em consequência, à natureza inapropriável da respectiva indemnização.

4.3.1. As entidades públicas

As situações em que uma entidade pública é a autora da acção de responsabilidade podem, em certos termos, ser considerados casos de *charneira*, na medida em que podemos admitir a possibilidade de estarmos perante a tutela de um *dano ambiental* – na medida em que também podem estar em causa lesões de bens que fazem parte do “património” de uma pessoa colectiva pública, lesado pela actuação de um particular ou de uma outra entidade pública²⁴. Usámos a palavra “também” na medida em que, em nossa opinião, uma acção de responsabilidade proposta por uma entidade pública deverá em regra visar a tutela de um verdadeiro *dano*

²⁴ Imagine-se, por exemplo, o caso em que a actuação dos órgãos de um município causa lesão num bem do *domínio particular* ou numa parcela do *domínio público municipal* de outro município e em que o município lesado pretende o ressarcimento do “seu” bem lesado, numa perspectiva similar àquela em que um particular pretende o ressarcimento de um dano causado a um bem da sua propriedade.

ecológico, articulando-se o princípio-chave disciplinador da actividade administrativa (o princípio da prossecução do interesse público) com a situação em causa, no sentido em que o ente público impetrante visa não apenas ou não tanto a tutela do "seu" ambiente mas sobretudo a defesa dos interesses e direitos de todos os cidadãos (ou habitantes, ou residentes, ou pessoas que tenham relações estreitas com o espaço em questão no plano da existência físico-espiritual²⁵) que constituem o substrato pessoal da pessoa colectiva em questão.

Aproximando-nos um pouco mais dos casos que temos em mente, poderemos dizer que no âmbito estrito das acções de responsabilidade para tutela dos danos ambientais são pensáveis situações em que uma entidade pública (o Estado ou um ente público da administração autónoma territorial, seja regional – uma região autónoma – ou local – um município ou uma freguesia) propõe uma acção de responsabilidade contra uma outra entidade pública. Necessariamente no âmbito do contencioso administrativo, hoje por força de disposição expressa (cfr. al. j) do art. 37.º/2 do CPTA). É isso o que sucederá nos litígios entre o Estado e a administração autónoma (acção de um município contra o Estado ou vice-versa) ou entre dois entes da administração autónoma (entre dois municípios).

Apesar da possibilidade, já por nós afluída, de a acção visar a tutela do dano ambiental no seu sentido clássico – sendo de notar, neste âmbito, a existência de uma disposição legislativa sempre considerada "enigmática", que é o n.º 5 do art. 40.º da Lei de Bases do Ambiente, nos termos da qual as *autarquias* (e os cidadãos) gozam de um "direito às compensações" quando sejam afectadas pelo exercício de actividades susceptíveis de prejudicarem a utilização dos recursos do ambiente, a cargo das "entidades responsáveis pelos prejuízos causados" – em princípio, quando uma entidade pública

²⁵ Fazemos o paralelo com a expressão utilizada por GOMES CANOTILHO a um propósito um pouco diferente, concretamente na densificação do conceito de vizinho para efeitos da propositura de acções jurídico-públicas ambientais. Cfr. GOMES CANOTILHO, "Anotação" (ao Acórdão do STA de 28 de Setembro de 1989), *revista de legislação e de jurisprudência*, ano 124º (1992), nº 3813 (Abril de 1992), p. 363 e seg. A jurisprudência e a doutrina alemãs aludem aqui a um "Betroffensein" qualificado, a propósito da protecção jurídica de terceiros perante decisões ambientalmente relevantes: por todos, cfr. MICHAEL KLOEPFER, *Umweltrecht*, Verlag C. H. Beck, 3. Auflage, Munique, 2004, p. 1342 e seg..

proponha uma acção de responsabilidade, estará em causa a *tutela do dano ecológico*, com vista ao ressarcimento do dano ambiental na sua dimensão *objectiva, imaterial e pública*, valorando-se os prejuízos causados a *toda a comunidade*.

Para exemplificar este tipo de situação – sempre com recurso a jurisprudência anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 147/2008 – vamos recorrer a um acórdão no qual se julga uma acção de responsabilidade civil extra contratual que não foi proposta por uma entidade pública, mas sim por um cidadão enquanto membro do *populus*, isto é, ao abrigo do *direito de acção popular*. Todavia, a acção destinava-se à *defesa de uma freguesia* que poderia (ou deveria...) ter, ela própria, proposto a acção uma vez que, *in casu*, era ela a *titular da relação material controvertida*.

Referimo-nos ao Acórdão do STJ de 08.05.2007 (Processo n.º 07A1004) em que o Dr. AA intentou no Tribunal Judicial da Covilhã uma acção popular contra a Freguesia de BB²⁶, representada pela respectiva Junta, resultando logo da causa de pedir esta quase que “sub-rogação” do autor nos direitos da freguesia. Na verdade, e como se lê no acórdão, o autor “pretende efectivar a responsabilidade extra contratual da Freguesia de BB por danos causados ao meio ambiente (destruição de uma linha de água, uma levada ou barroca, desviando águas pluviais, e outras, para o rio Zêzere; construção de ramais de esgotos a derivarem directamente para o rio Zêzere, sem qualquer tratamento)”. A mesma freguesia é acusada pelo autor de “provocar inundações do rio por implantação de obras em terreno de aluvião; contrariar pareceres da Reserva Agrícola Nacional, da Direcção Regional do Ambiente e do Ordenamento do Território e da CM da Covilhã; violação do Plano Director Municipal da Covilhã e o Regulamento Municipal das Edificações Urbanas” e de as suas acções afectarem também o trânsito, com a “construção de um muro e eliminação de um passeio pondo em risco a circulação automóvel na EN 506 A”.

²⁶ O autor e o réu são identificados da forma citada (como “Dr. AA” e “Freguesia de BB”) no Acórdão em apreço – o mesmo sucedendo quanto à freguesia lesada, a “Freguesia de CC”.

Nestas vestes, e sempre assumindo como sua a defesa dos direitos e interesses da Freguesia de CC – o que, no fundo, é aquilo que verdadeiramente cumpre fazer ao autor popular –, o autor pede a *condenação da freguesia* infractora numa série de prestações de *facere* destinadas, no fundo, “a remover as causas da infracção e a repor a situação anterior à mesma ou equivalente”, nas palavras do n.º 1 do art. 48.º da Lei de Bases do Ambiente²⁷, bem como ao pagamento à freguesia de CC de uma indemnização não inferior a 50.000,00 euros, para ressarcimento dos danos causados ao ambiente e aos utilizadores da EN 506-A. Quanto às prestações de *facere*, traduzem-se elas na remoção do muro e do passeio edificados junto à Estrada Nacional 506 A, com respeito das distâncias de segurança contadas a partir do eixo da via, como estatui o Regime Municipal das Edificações Urbanas; e no tratamento dos esgotos vindos do parque e do restaurante, não os derivando directamente para o rio Zêzere.

Também aqui a acção foi perdida e novamente sem que o Tribunal tenha entrado na apreciação do fundo da questão: a acção foi, ao que tudo indica erradamente, proposta nos tribunais comuns e logo na primeira instância foi julgada procedente a excepção de *incompetência absoluta* do tribunal, concluindo o STJ de forma similar, por a competência pertencer à jurisdição administrativa²⁸.

Daí a decisão deste Supremo Tribunal, segundo a qual “no caso em apreço, tratando-se de ter de efectivar a responsabilidade aquiliana de uma

²⁷ Na terminologia e na lógica do novo diploma regulador da responsabilidade por danos ambientais – o profusas vezes citado Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho – estariam em causa as *medidas de reparação* dos danos ambientais causados (cfr. artigos 16.º e 17.º). Como veremos (cfr. *infra*, 5.1.), tais medidas de reparação deverão passar prioritariamente por uma *reparação primária*, subsidiariamente por uma *reparação complementar* e só em última instância por uma *reparação compensatória* a qual, no entanto, não consiste numa compensação financeira para os membros do público.

²⁸ O que se afigura, em princípio, como uma decisão tecnicamente correcta, tanto se tomarmos em conta a competência geral dos tribunais administrativos (e fiscais), tal como é definida no n.º 3 do art. 212.º da CRP, como se compulsarmos o Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, segundo o qual “Compete aos tribunais da jurisdição administrativa e fiscal a apreciação de litígios que tenham nomeadamente por objecto (...) Questões em que, nos termos da lei, haja lugar a responsabilidade civil extracontratual das pessoas colectivas de direito público (...)” (cfr. al. g) do n.º 1 do art. 4.º).

autarquia, e ainda estando em causa a aplicação de normas de direito administrativo, tal como ressalta da matéria articulada na petição, são competentes os tribunais administrativos”.

4.3.2. As Organizações não governamentais de ambiente (ONGA)

As pessoas colectivas privadas, em geral, também dispõem de legitimidade processual activa para propositura de acções de responsabilidade. Ao nível ambiental, falamos especificamente das ONGA (organizações não governamentais de ambiente): a lei que as disciplina (Lei n.º 35/98, de 18 de Julho) é, a este respeito, inequívoca, ao prever na al. b) do seu art. 10.º: “As ONGA, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda, têm legitimidade para (...) intentar, nos termos da lei, *acções judiciais para efectivação da responsabilidade civil* relativa aos actos e omissões referidos na alínea anterior” (“actos ou omissões de entidades públicas ou privadas que constituam ou possam constituir factor de degradação do ambiente”; *itálicos nossos*).

Uma vez que as ONGA, para além da defesa do ambiente enquanto sua atribuição estatutária, visam a tutela do ambiente como um bem colectivo, que a todos respeita (o que sai reforçado pela circunstância de este direito lhes ser atribuído “independentemente de terem ou não interesse directo na demanda”, situação que explica igualmente a atribuição a estas organizações, nos preceitos pertinentes, do *direito de acção popular*), a tutela tem aqui um *sentido objectivo*, sendo a *dimensão incorpórea ou imaterial* do bem ambiental que está em jogo. Assim, com a introdução, no nosso direito, do regime sobre *responsabilidade civil por danos ecológicos*, é em relação à tutela destes danos que a legitimidade das ONGA passa a fazer sentido, na medida em que elas nunca visam a tutela de um dano que tenham sofrido na sua esfera jurídica, mas sim nos interesses que estão “objectiva” e estatutariamente incumbidas de prosseguir.

Todavia, no cotejo da jurisprudência nacional que efectuámos para a preparação destas notas, não encontramos qualquer acção de responsabilidade ambiental proposta por uma ONGA: tal verificou-se tanto ao nível da jurisprudência do tribunal superior da jurisdição comum (STJ), como em

relação às sentenças dos tribunais administrativos situados nos patamares superior e intermédio da respectiva ordem jurisdicional (isto é, a jurisprudência disponível do STA, do TCA Sul e do TCA Norte).

4.3.3. Os titulares do direito de acção popular

O direito de acção popular, tanto na sua consagração constitucional (no respectivo art. 52.^{o29}) como legal (na Lei n.º 83/95³⁰) não abrange apenas a possibilidade de impugnar actos e outras decisões administrativas que lesem o ambiente, mas goza igualmente de uma dimensão conducente à possibilidade de propositura de acções tendentes a efectivar a responsabilidade civil do infractor – situação que, segundo o pensamento de alguns autores, é geradora de grande perplexidade, falando mesmo na “mistura explosiva” que resulta da associação da legitimidade popular às acções de responsabilidade³¹.

De qualquer forma, os eventuais ou alegados equívocos desta associação são em grande parte ultrapassados com o novo regime do Decreto-Lei n.º

147/2008, na medida em que a possibilidade de se utilizar o caminho da acção popular como título legitimador para a propositura de acções de responsabilidade passará a estar necessariamente ligada à *tutela do dano ecológico* propriamente dito e não ao ressarcimento do dano ao ambiente em sentido estrito.

Como resulta logo do texto constitucional, o direito de acção popular é atribuído não só a todos os cidadãos, individualmente considerados, mas também às “associações de defesa dos interesses em causa” – isto é, o direito tem uma relevantíssima dimensão associativa ou colectiva, que foi acolhida

²⁹ Onde se menciona que o direito de acção popular inclui “o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização”.

³⁰ A qual, ao disciplinar o “direito de participação procedimental e de acção popular” dedica todo o seu Capítulo IV à “responsabilidade civil e penal” regulando, em relação à primeira, tanto a responsabilidade civil subjectiva (art. 22.º), como a responsabilidade civil objectiva (art. 23.º) – para além da exigência de seguro de responsabilidade civil para os operadores que exerçam actividades envolvendo “risco anormal para os interesses protegidos pela presente lei” (art. 24.º), entre os quais se destaca, como é sabido, o interesse na tutela ambiental.

³¹ Referimo-nos a VASCO PEREIRA DA SILVA: cfr. *Verde Cor de Direito*, cit., p. 270.

pelos diversos preceitos que o desenvolveram ao nível processual civil (cfr. art. 26.º-A do CPC, onde se referem as “associações e fundações defensoras dos interesses em causa”), no âmbito processual administrativo (o n.º 2 do art. 9.º do CPTA usa exactamente a mesma fórmula) e na lei regulamentadora do direito (a Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, que alude no n.º 1 do seu art. 2.º às “associações e fundações defensoras dos interesses previstos”). Todavia, a legislação ordinária foi mais longe do que a norma constitucional – porventura longe de mais... – sendo o direito alargado às *autarquias locais* tanto nas normas citadas do CPC como do CPTA e também na lei de acção popular (n.º 2 do art. 2.º); e, numa opção que nos parece particularmente duvidosa, à própria magistratura do Ministério Público, nas normas mencionadas dos dois códigos processuais referidos.

Não sendo este o momento nem o local para desenvolver as opções legislativas em sede de acção popular, pretendemos apenas exemplificar a utilização do instituto ao nível das acções de responsabilidade, desiderato para o qual recorreremos ao Acórdão do STA de 09.12.2008 (Processo n.º 017/08), relativo à propositura de uma acção em processo ordinário ao abrigo do direito de acção popular: em Celorico de Basto, A e B, casados, demandaram C pedindo que este, enquanto réu, fosse condenado a reconhecer um determinado caminho como fazendo parte do domínio público e, nessa medida, obrigado a abster-se de perturbar o domínio público, a retirar uma ramada com arames, ferros e videiras aí colocada (ocupando o espaço aéreo do caminho público) e a renunciar à prática de quaisquer actos que constituam forma de perturbação do domínio público.

Apesar de, também aqui, o pedido ter decaído por razões formais que não permitiram ao tribunal entrar na apreciação do fundo da questão, pelo menos no âmbito dos trâmites processuais já cumpridos³², não deixam de ser tecidas considerações relevantes sobre a legitimidade processual activa: na verdade,

³² Em concreto, o Tribunal Judicial de Celorico de Basto declarou-se incompetente por estar em causa uma *relação jurídica administrativa*, absolvendo o réu da instância; todavia, o Tribunal Administrativo e Fiscal de Braga considerou-se igualmente incompetente, pelo que a questão que o Supremo foi chamado a dirimir nada teve a ver com a pretensão substancial deduzida nem, por isso, com a eventual responsabilidade ambiental do réu, circunscrevendo-se a determinar se para apreciação da acção é competente a jurisdição comum ou a administrativa.

pode ler-se no douto acórdão que os autores, ao utilizarem a via da acção popular, actuaram “a título individual visando a salvaguarda de um bem que consideram público”, “no caso um caminho que, abusivamente, está sendo ocupado pelos RR. que impedem a comunidade de fruir esse bem”, argumentando ainda que o objecto da acção popular é, antes de mais, a *defesa de interesses difusos*.

Não obstante, e mau grado o reconhecimento da conexão da matéria litigiosa com o interesse público e a defesa de interesses difusos que a acção postula, o STA não considerou que estivesse em causa uma relação de natureza administrativa – nem quanto aos sujeitos, nem quanto ao objecto. Pelo contrário, lê-se no acórdão que “A pretensão do Autor é exercida contra um particular, visando a defesa do que considera um bem do domínio público autárquico, mas esse facto não permite que se qualifique a relação jurídica como administrativa, o que exclui, desde logo, a competência da jurisdição administrativa”, pelo que, e em conformidade, foi considerada competente para o conhecimento da acção, em razão da matéria, a jurisdição comum.

De todo o modo, e em relação ao que nos interessa, *não foi levantada qualquer reserva em relação à legitimidade dos autores* nem, portanto, à legitimidade popular como título fundamentador do acesso ao direito e aos tribunais para este efeito, aqui no plano das relações entre particulares.

5. Breve apontamento sobre alguns reflexos do regime do Decreto-Lei n.º 147/2008, de 29 de Julho, no tema tratado

5.1. Entendimento específico da noção de responsabilidade e sua articulação com o pressuposto processual da legitimidade

O cotejo ainda que sumário do Decreto-Lei n.º 147/2008 – em particular do seu art. 14.º – revela-nos que estamos perante um diploma legal que vai muito para além da matéria da responsabilidade (se entendermos que a noção de prevenção, à qual o texto normativo atribui um enorme protagonismo, não cabe no âmbito da responsabilidade civil) ou, em alternativa, que temos de entender a noção de responsabilidade em sentido amplo, abrangendo a

prevenção de danos ambientais ou, ainda, que está em causa uma “responsabilidade independente da verificação de um dano”³³.

Sem nos querermos debruçar sobre o enquadramento conceptual e sistemático do diploma, é indubitável que se consagrou nele – em conformidade com o regime contido na Directiva – uma *noção amplíssima de responsabilidade civil*, em função da multi-dimensionalidade da responsabilidade civil ambiental, a que aludimos no início do presente escrito. É evidente que o diploma prevê *medidas de reparação* a tomar em caso de ocorrência de danos ambientais – as quais, de acordo com o art. 15.º, incidem sobre o operador responsável, que deve informar, adoptar de imediato medidas para controlar, conter, eliminar ou gerir os elementos contaminantes e adoptar as *medidas de reparação* necessárias. Medidas de reparação que podem até ser impostas pela Agência Portuguesa do Ambiente (APA), nos termos das als. c) e d) do n.º 3 deste art. 15.º e do n.º 2 do art. 16.º ou por ela subsidiariamente executadas (al. f) do mesmo art. 15.º, n.º 3 e art. 17.º).

Em todo o caso, o acento tónico é colocado nas *medidas de prevenção* (art. 14.º) e na auto-responsabilidade do operador, que tem de espontaneamente adoptar estas medidas preventivas (n.ºs 1 e 2 do art. 14.º) as quais, se tal não acontecer, podem ainda ser impostas pela APA (n.º 5).

Para além do protagonismo da *prevenção* na nova disciplina da responsabilidade por danos ambientais, o art. 19.º é, em nosso entender, uma disposição bastante relevante para se entender o que *exactamente se entende por responsabilização* neste regime: é sempre o operador quem suporta os custos das medidas de prevenção e reparação que tenham de ser tomadas na sequência da verificação de ameaças iminentes de danos ambientais ou da efectiva ocorrência de tais danos. Seja através da autoria da prática das medidas de prevenção e de reparação exigidas (n.º 1), por intermédio da recuperação, por parte da autoridade competente, do pagamento dos custos que tenha suportado com tais medidas (através de

³³ Parece ser esse o entendimento de CARLA AMADO GOMES, Autora que refere, a este propósito: “Na linha da directiva, o RRPDE assenta numa compreensão alargada de responsabilidade, isto é, independente da verificação de um dano” (itálicos nossos) o que se justifica em nome do *princípio da prevenção*: cfr. “A responsabilidade civil por dano ecológico...”, cit., p. 140.

garantias sobre bens imóveis ou de outras que se revelem adequadas, tudo nos termos do n.º 2), seja ainda pelo financiamento através da garantia financeira (seguros, garantias bancárias, participação em fundos ambientais ou constituição de fundos próprios reservados para o efeito) que os operadores que exerçam actividades ocupacionais elencadas no anexo III obrigatoriamente constituem (n.º 5 do mesmo art. 19.º e art. 22.º), deverá ser sempre o património do operador a ser onerado com a prática das medidas de prevenção e reparação.

No que à articulação destas especificidades do novo regime com o pressuposto da legitimidade se refere, deve assinalar-se que as pessoas ou entidades legitimadas – nomeadamente os actores populares – está-lo-ão aqui num sentido diferente, de assumirem a responsabilidade por desencadear a tutela jurisdicional, sempre que esta se revele necessária, para tutela do dano público ecológico, mas com a consciência de que o seu “ressarcimento” passará pela adopção de medidas preventivas e, subsidiariamente, de reparação. Está sempre em causa a reintegração ou ressarcimento do dano ecológico, deixando de fazer sentido a propositura da acção com vista à obtenção de uma indemnização pecuniária.

Nas situações em que haja necessidade de arbitramento de uma indemnização, por impossibilidade de reintegração do dano por intermédio das medidas de prevenção e de reparação, o destino dessa indemnização terá sempre de ser o Fundo de Intervenção Ambiental: nomeadamente no caso de os autores se verem forçados a pedir a execução por terceiro ou a execução para pagamento de quantia certa, essa quantia reverterá para o Fundo de Intervenção Ambiental, conforme dispõe o artigo 6º, n.º 1, al. d), do Decreto-Lei n.º 150/2008, de 30 de Julho³⁴.

Para reforçar esta compreensão é fundamental notar que as *medidas de reparação* a tomar em caso de verificação de um dano ecológico se devem traduzir, em primeiro lugar, numa *reparação primária* ou, não sendo esta

³⁴ Como nota CARLA AMADO GOMES, também a Directiva (cfr. o artigo 3º, n.º 3, e o Anexo II., pontos 1.d) e 1.1.3.) exclui do seu âmbito a reparação de danos pessoais e patrimoniais, vedando pura e simplesmente a entrega de quantias pecuniárias a particulares: cfr. “A responsabilidade civil por dano ecológico...”, cit., p. 136.

possível, numa *reparação complementar*³⁵, só se recorrendo à *reparação compensatória* em última instância. E mesmo esta última não consiste numa indemnização em dinheiro mas antes em “qualquer acção destinada a compensar perdas transitórias de recursos naturais e ou de serviços verificadas a partir da data de ocorrência dos danos até a reparação primária ter atingido plenamente os seus efeitos” (al. c) do ponto 1 do Anexo V) – sendo o legislador claro quando diz, no mesmo anexo (ponto 1.1.3.), a propósito dos objectivos da reparação compensatória, que ela “Não consiste numa compensação financeira para os membros do público”, podendo recorrer-se ao método da valoração monetária (apenas) “para determinar a extensão das medidas de reparação complementares e compensatórias necessárias”, podendo a autoridade competente “escolher medidas de reparação cujo custo seja equivalente ao valor monetário estimado dos recursos naturais e ou serviços prestados” (tudo no ponto 1.2.3. do mesmo Anexo).

5.2. A legitimidade para a apresentação de pedidos de intervenção

Apesar de termos tido sempre por pano de fundo a legitimidade *processual* para a propositura de acções de responsabilidade, a verdade é que, ao abrigo do novo regime da responsabilidade ambiental, o que à partida estará em jogo não será esta legitimidade – no sentido clássico de titularidade do

direito de acção judicial para a propositura de acções que, sendo de responsabilidade, exigiriam em princípio a titularidade da relação material controvertida – mas sim a “legitimidade” para a denúncia de ameaças ou de ocorrências de danos ambientais, ou seja, a legitimidade para a colaboração do cidadão com a Administração no sentido de auxiliar esta na sua tarefa de prossecução da finalidade colectiva e pública de tutela ambiental.

A este respeito, é particularmente pertinente a norma contida no art. 18.º do Decreto-Lei n.º 147/2008: de acordo com o n.º 1, “todos os interessados

³⁵ De acordo com as alíneas a) e b) do ponto 1. do Anexo V, respectivamente, a *reparação primária* consiste em “qualquer medida de reparação que restitui os recursos naturais e ou serviços danificados ao estado inicial, ou os aproxima desse estado” e a *reparação complementar* em “qualquer medida de reparação tomada em relação aos recursos naturais e ou serviços para compensar pelo facto de a reparação primária não resultar no pleno restabelecimento dos recursos naturais e ou serviços danificados”.

podem apresentar à autoridade competente observações relativas a situações de danos ambientais, ou de ameaça iminente desses danos (...) e *têm o direito de pedir a sua intervenção (...)*" (itálicos nossos), definindo-se no n.º 2 a *noção de interessado*, isto é, das pessoas legitimadas para formularem pedidos de intervenção: qualquer pessoa singular ou colectiva que seja ou possa vir a ser afectada por danos ambientais (al. a)), que tenha um interesse suficiente no processo de decisão ambiental relativo ao dano ambiental ou à sua ameaça iminente (al. b)) ou que invoque a violação de um direito ou de um interesse legítimo protegido (al. c)). A este elenco deve ainda aditar-se qualquer cidadão ou ONGA – e, de acordo com os dados do direito positivo a este propósito já abordados no presente trabalho, também as autarquias locais e o Ministério Público – no exercício do direito de acção popular.

No fundo, toda a "sociedade civil" deve colaborar com os órgãos públicos incumbidos da tutela ambiental no sentido de estes desempenharem as suas tarefas neste domínio e imporem ao operador-poluidor a adopção das medidas preventivas e de reparação que se mostrem necessárias, adequadas e pertinentes, no caso das medidas reparadoras sempre com preferência pela reparação primária, nos termos já vistos. O n.º 6 do mesmo art. 18.º é, a este propósito, claro, estipulando que a autoridade competente (depois de ouvir o operador em causa e a autoridade de saúde territorialmente competente, quando esteja em causa a saúde pública) decide as medidas a adoptar nos termos do Decreto-Lei em questão.

José Eduardo Figueiredo Dias

Mestre em Direito

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra

[Voltar ao Índice](#)

O DL 147/2008, de 29 de Junho veio regular o regime de prevenção e reparação do dano ecológico no ordenamento jurídico português.

Cientes da novidade e complexidade deste novo diploma, decidimos abrir a reflexão à comunidade académica, promovendo três dias de colóquio sobre o tema.

O encontro teve lugar da Faculdade de Direito de Lisboa, nos dias 18, 19 e 20 de Novembro de 2009, sob a égide de três entidades: o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, a Associação portuguesa para o Direito do Ambiente e o Instituto Lusíada de Direito do Ambiente. O patrocínio da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento foi decisivo para tornar o que parecia um sonho numa realidade. Aqui se deixa uma palavra de agradecimento muito especial ao Dr. Rui Machete, pelo empenho e carinho que dedicou à iniciativa.

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas

www.icjp.pt