

# THE (GREEN) HEART OF THE MATTER: A VERTENTE PROCEDIMENTAL DA TUTELA DO AMBIENTE E A REVISÃO DA LEI DE BASES DO AMBIENTE<sup>1</sup>

Carla Amado Gomes\*

## RESUMO

A Lei de Bases do Ambiente (LBA) completou, em 2007, a idade de 20 anos. Apesar de a existência da LBA ter sido determinante para a construção do edifício legislativo ambiental que hoje temos, o legislador ambiental português é refém do dirigismo promovido pelo Direito da União europeia e esse facto reduz decisivamente a importância real da LBA. A utilidade ou não da revisão da LBA, portanto, se encontra neste dístico: se falamos em termos formais, a revisão é relevante, para pôr a Lei de Bases de acordo com a legislação de desenvolvimento, esmagadoramente fruto dos indirizzos normativos da União Europeia; se pensarmos numa perspectiva material, a revisão é praticamente irrelevante em face da autêntica autoregência do Direito Ambiental da União Europeia. Cientes destas limitações, desenvolveremos nossos estudos sobre a vertente procedimental da protecção ambiental ou, por outras palavras, sobre o real significado da fórmula do “direito ao ambiente” que a Constituição da República Portuguesa contempla no artigo 66º/1.

**Palavras-chave:** Direito ao meio ambiente. Direito Ambiental. Lei de Bases do Ambiente (LBA). Direito da União Europeia. Processo.

## 1 SOBRE A PROJECTADA REVISÃO DA LBA: UMA REVISÃO NECESSÁRIA OU INÚTIL?

A Lei de Bases do Ambiente completou, em 2007, a confortável idade de 20 anos (Lei 11/87, de 7 de Abril =LBA). Lei aprovada no hemiciclo parlamentar por larga maioria<sup>2</sup>, sofreu uma singela alteração (do artigo 45º) ao longo das duas décadas de vida (desencadeada pela Lei 13/2002, de 19 de Fevereiro, que aprovou o ETAF)<sup>3</sup>, a qual se limitou a reflectir uma conclusão a que jurisprudência e doutrina haviam paulatinamente chegado: a de que os litígios ambientais não são forçosamente privados e por isso não merecem invariavelmente a afectação

\* Profª. Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Profª. Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. carlamadogomes@fd.ul.pt

à jurisdição comum, antes se qualificam como privados ou públicos consoante a natureza da relação jurídica que incorporam determinando essa natureza a jurisdição competente para o seu julgamento.

Esta lei, certamente pela *verdura* das matérias reguladas, suscitou *mixed feelings* a Diogo FREITAS DO AMARAL, que sem embargo a considerar uma lei importante, lhe teceu severas numa apreciação preliminar que dela fez, em 1992<sup>4</sup> de entre as quais, a da indefinição do objecto “ambiente”. Já João PE-REIRA REIS a apresentou como um texto marcante e inovador, “pelos portas que teve a coragem de abrir, pelos princípios gerais que soube consagrar e pela chamada de atenção que fez para as grandes questões que hoje se colocam no domínio do direito do ambiente”<sup>5</sup>.

Não nos compete aqui fazer um balanço da importância da LBA no ordenamento jusambiental português a nossa tarefa circunscreve-se à análise da vertente procedimental da protecção do ambiente. No entanto, não poderíamos furtar-nos, neste breve intróito, a observar que se, formalmente, a existência da LBA foi determinante para a construção do edifício legislativo ambiental que hoje temos, materialmente, os elementos que dela constam são, na verdade, pré-dados, independentes da vontade do legislador nacional<sup>6</sup>. Com efeito, e por um lado, por força da conjugação, desde 1982, entre os (então) artigos 168º/1/g), 9º/e) e 66º da Constituição (=CRP), o tecido normativo a produzir deveria assentar num enquadramento inicial, fornecido por uma lei de bases da competência relativa do Parlamento e o Tribunal Constitucional não deixou de o afirmar, em 1992, na declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de duas normas do DL 321/83, de 5 de Julho, que pretensamente criara a Reserva Ecológica Nacional “sem rede”<sup>7</sup> (*rectius*: sem Bases).

Por outro lado, todavia, a força impulsionante da LBA revelou-se praticamente nula, com diplomas como o regime da avaliação de impacto ambiental (DL 186/90, de 6 de Junho), o regime da Rede Nacional de Áreas Protegidas (DL 19/93, de 23 de Janeiro), o regime da Reserva Ecológica Nacional (DL 93/90, de 19 de Março), o regime da licença ambiental (DL 194/00, de 21 de Agosto), a Rede Natura 2000 (DL 140/99, de 24 de Abril), a surgirem na sequência do imperativo de transposição de normas eurocomunitárias, e não da injunção (?) de desenvolvimento no prazo de um ano contida no artigo 51º do diploma, “voto piedoso e tradicional que o nosso legislador tem por hábito inserir em diversos diplomas”<sup>8</sup>.

Não há como negá-lo: o legislador ambiental português é refém do dirigismo promovido pelo Direito da União europeia e esse facto reduz decisivamente a importância real da LBA. Atente-se em que, constituindo a política ambiental europeia uma política partilhada (artigo 4/2/e) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia)<sup>9</sup>, a actuação legislativa obedece a uma lógica de preempção (baseada, é certo, no princípio da subsidiariedade) no âmbito da qual a União tem progressivamente *ocupado* o espaço regulativo, a ponto de *invadir* o reduto da protecção penal através da directiva 2008/99/

CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Novembro a qual obriga os Estados-membros a criar tipos penais para punir as infracções mais graves (com dolo ou negligência grave) das normas ambientais eurocomunitárias até 26 de Dezembro de 2010.

Esta dependência, que contribuiu para erigir um completo e complexo edifício legislativo, roça por vezes o servilismo, neutralizando os dados pretensamente fundadores da LBA. Tome-se como exemplo o recente regime da prevenção e responsabilização por dano ecológico, aprovado pelo DL 147/2008, de 29 de Julho, que reduziu o lote de bens ambientais naturais passíveis de sofrer dano ecológico à água, fauna e flora (os enunciados na directiva 2004/35/CE, do Parlamento e do Conselho, de 21 de Abril), deixando na sombra o ar, o solo e o subsolo, indicados no artigo 6º da LBA e desenvolvidos nos preceitos seguintes (artigos 8º, 13º e 14º, respectivamente)<sup>10</sup>. Ou, no mesmo quadro legal, o esvaziamento da responsabilidade objectiva a que se reporta o artigo 41º da LBA através do esfíngico artigo 20º/3<sup>11</sup>.

Em menor medida, mas não menos ilustrativo da *impotência substantiva* da LBA, pense-se na *extensão* que o instituto da avaliação de impacto ambiental sofreu, na sequência da revisão da directiva 85/337/CEE, do Conselho, de 3 de Março pela directiva 97/11/CE, do Conselho, de 3 de Março, prolongando-se por uma fase posterior à emissão da declaração de impacto ambiental pós-avaliação, alargamento que os artigos 30º e 31º da LBA não prevêem. Ou compare-se a aparente rigidez (ressalvada a menção da renovação) do instrumento da licença ambiental, tal como desenhada no artigo 33º da LBA, com o regime decorrente do DL 173/2008, de 26 de Agosto, nomeadamente do artigo 20º, onde se prevê a antecipação do termo final da licença com vista à sua revisão, sinal da natureza mutante dos actos autorizativos ambientais<sup>12</sup>.

Além de refém do ordenamento jurídico europeu, o legislador da revisão depara-se ainda com outros dois factores de constrangimento, de intensidade diversa. De uma banda, a questão da escolha do modelo que deve presidir à revisão principiológico ou regulatório. De outra banda, o problema das pré-compreensões sobre o objecto do Direito do Ambiente, entalado entre uma amplitude de descaracteriza o ambiente em *ambiance* muito por culpa da *voracidade* do artigo 66º/2 da CRP, que atrai para o seu seio realidades como o ordenamento do território, o urbanismo, o património cultural<sup>13</sup> e uma visão personalista que desvia a atenção do meio ambiente para o homem, enfraquecendo a sua coerência e confundindo os seus objectivos. Se do modelo regulatório o legislador pode libertar-se facilmente, já o afastamento das pré-compreensões referidas lhe será mais árduo, não só pela omnipresença do referente constitucional como pela ruptura fracturante que a sua ultrapassagem constituiria.

Num contexto como este, não surpreende a questão formulada neste ponto introdutório, sobre a necessidade ou inutilidade de revisão da LBA. A resposta depende da perspectiva: se falamos em termos formais, a revisão é relevante, para pôr a Lei de Bases de acordo com a legislação de desenvolvi-

mento, esmagadoramente fruto dos *indirizzos* normativos da União Europeia; se pensamos numa perspectiva material, a revisão é praticamente irrelevante em face da autêntica *autoregência* do Direito Ambiental da União Europeia.

Cientes destas limitações, vamos passar a tecer algumas considerações sobre a vertente procedimental da protecção ambiental ou, por outras palavras, sobre o real significado da fórmula do “direito ao ambiente” que a Constituição contempla no artigo 66º/1 e que a LBA não deixa de reproduzir no artigo 40º/4. Para tanto, deixaremos algumas reflexões sobre a desejável inserção sistemática, na LBA, dos direitos procedimentais (1.1.), sobre o significado da sua consagração formal (1.2.) e sobre a materialidade que lhes deve subjazer (1.3.).

## 2 O “DIREITO AO AMBIENTE” E A SUA DIMENSÃO PROCEDIMENTAL (E PROCESSUAL)

É conhecido o nosso pensamento sobre a ausência de densidade do “direito ao ambiente” e, por conseguinte, a sua inexistência enquanto direito autónomo. A posição jurídica acolhida no n.º 1 do artigo 66º da CRP, na sua dimensão pretensiva, que é acentuada pelo artigo 52º/3/a) da CRP, traduz-se em direitos de intervenção, de cidadania, junto da Administração e dos tribunais, a fim de defender um interesse de fruição colectiva<sup>14</sup>. A ideia-chave, como de resto o n.º 2 do artigo 66º não deixa de sublinhar, é a de **participação** (faça-se também um paralelo com o artigo 65º/5 da CRP, em matéria de urbanismo e planeamento do território, grandezas próximas). Para a concretização efectiva do direito à participação ou seja, para a assimilação dos contributos fornecidos pelos fruidores do ambiente pelo decisor administrativo, o acesso à informação é essencial, a montante, e a possibilidade de sindicar a validade das decisões na justiça é imprescindível, a jusante.

O “direito ao ambiente” revela-se, assim, uma (ambígua) noção-síntese. Síntese de posições pretensivas que importa ressaltar, vincando a articulação necessária entre os artigos 66º/1 e 52º/3/a) da CRP (no que concerne ao ambiente, bem entendido). O interesse que subjaz às normas de protecção do ambiente é um **interesse colectivo**, altruísta, que todos e cada um podem defender através da legitimidade popular, sem necessidade de especial caracterização<sup>15</sup>. É essa a sua natureza, como ecoa a Convenção de Aarhus e outros instrumentos, de direito internacional e comparado, ressaltam.

### 2.1 Aspectos sistemáticos

No plano sistemático, o catálogo de direitos e deveres dos cidadãos no domínio do Direito do Ambiente, surge na LBA no quadragésimo lugar em 52 possíveis. A norma do artigo 40º não é particularmente feliz, a vários títulos, mas neste momento bastamo-nos com sugerir melhorias no plano da arrumação destas matérias num diploma como a LBA. Para tanto, propomos um paralelo

com a técnica sistematizadora adoptada numa outra lei que igualmente incide sobre uma grandeza metaindividual: a Lei de Bases da protecção e valorização do património cultural (Lei 107/2001, de 8 de Setembro = LPC) a qual, (logo) no Título II (*Dos direitos, garantias e deveres dos cidadãos*), estabelece com bem maior relevância e clareza a vertente procedimental do “direito ao património cultural”.

Com efeito, a LPC autonomiza diversas posições jussubjectivas que vinculam a dimensão de cidadania ínsita à defesa de valores de memória: o direito à fruição (primeira nota da natureza colectiva do interesse, presente no artigo 7º); o direito de acesso à justiça para proteger o património cultural, sublinhando a centralidade do instituto da legitimidade popular (artigo 9º/1), bem como o direito à participação procedimental com idêntico objectivo (artigo 9º/2); enfim, o direito de associação a entidades cujos objectivos estatutários se traduzem na preservação dos valores identitários que exsudam dos bens culturais (artigo 12º). Esta colocação cimeira dos direitos e deveres dos cidadãos, justamente após o Título I (Princípios gerais), deixa transparecer a dimensão de solidariedade que a protecção e promoção do património cultural convocam, acentuando a importância do envolvimento dos cidadãos na política pública respectiva.

A nossa sugestão vai, portanto, no sentido de recolocação sistemática da norma sobre direitos e deveres dos cidadãos no plano da protecção do ambiente, alcançando-a a um plano proeminente numa futura versão da LBA, com vista a promover a dinamização da cidadania ambiental.

## 2.2 Aspectos formais

Do ponto de vista formal, julgamos que uma revisão da LBA deveria incluir um Título/Capítulo de *Direitos e deveres dos cidadãos* que autonomizasse:

- o direito à informação;
- o direito à participação em procedimentos de aprovação de planos ou de tomada de decisões com incidência ambiental;
- o direito de acesso à justiça,

além de contemplar também uma norma sobre direito (interesse) de fruição de bens ambientais associada ao dever de gestão racional dos mesmos.

Exemplos de direito comparado atestam a idoneidade da solução. Em África, a lei moçambicana 20/97, de 1 de Outubro (Lei do Ambiente) acolhe um Capítulo IV subordinado à epígrafe *Direitos e deveres dos cidadãos*, do qual constam o direito à informação, o direito à educação e o direito de acesso à justiça, *maxime* através de processos céleres (artigos 19º, 20º, 21º e 22º, respectivamente). Alberga ainda este Capítulo dois deveres: de comunicação de infracções (artigo 23º) e de utilização responsável dos recursos naturais (artigo 24º). Na América Latina, a lei argentina de protecção do ambiente 25.675, de 27 de Novembro de 2002, dedica três artigos à informação ambiental e ou-

tros três à participação “ciudadana” (artigos 16 a 21). Na Europa, a *Charte de L’Environnement* francesa (**Lei constitucional 2005-205, de 1 de Março**) **consagra o artigo 7 aos dois direitos: de acesso à informação, e à participação** na “*élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l’environnement*”. Do longínquo Oriente, o *National Environmental Quality Act* tailandês de 1992 (com a última emenda promovida pela lei 2.535, de 1996) constitui um excelente exemplo do protagonismo destes direitos na tutela partilhada do ambiente, com as secções 6, 7 e 8 dedicadas aos direitos de acesso à informação, de participação e de constituição de associações de defesa do ambiente.

A autonomização destas posições pretensivas contribui, do mesmo passo, para a sensibilização ambiental da população e para o reforço da justiciabilidade dos direitos de intervenção cívica nos quais se apoiam.

### 2.3 Aspectos materiais

Já tivemos oportunidade de avançar que, em termos materiais, a LBA constitui hoje um texto quase retórico, um tanto pela realização, ao longo dos últimos 20 anos, dos trabalhos de construção do edifício do Direito do Ambiente português que dá à revisão da lei uma tónica sancionatória, mais do que propulsiva, outro tanto pelo dirigismo do Direito da União Europeia, que tem ocupado os espaços de regulação sectorial mais variados deixando a um trabalho de revisão curtíssimo espaço de manobra, que se limita apenas a acrescer ao nível de protecção estabelecido pelas directivas, em homenagem ao princípio do nível mais elevado de protecção (cfr. o artigo 193 do TFUE). Enfim, parafraseando Eça de Queirós, no antológico *Os Maias*, a LBA é hoje “a basezinha”, reduzindo-se a sua importância a um plano puramente formal, de (dupla) legitimação dos diplomas emanados em sede de Direito do Ambiente, estreitamente conformados pelas directivas europeias.

Ainda assim e apelando a uma lógica de sistematização e pedagogia de uma lei como a LBA, passaremos a deixar alguns tópicos de referência sobre os direitos procedimentais (e processuais) que nos propusemos analisar:

- i) Direito à informação;
- ii) Direito à participação;
- iii) Direito de acesso à justiça.

#### 2.3.1 Direito de informação

O direito de acesso à informação ambiental está hoje especialmente regulado na Lei 19/2006, de 12 de Junho, fruto da transposição da directiva 2003/4/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro<sup>16</sup>. As coordenadas principais que a matriz deste direito deve revestir são, em nossa opinião e seguindo de perto a Lei 19/2006 e a Convenção de Aarhus (cfr. o

artigo 4), as seguintes:

- a informação deve ser disponibilizada ao requerente sem que este tenha de provar qualquer interesse qualificado;

- a informação, a recusa de informação ou o diferimento da informação devem ser providenciados em prazo curto<sup>17</sup>, e em regra não superior a um mês, salvo especial complexidade no tratamento ou na reunião da informação;

- as razões de diferimento ou de indeferimento devem estar expressa e taxativamente previstas na lei;

- a efectivação do direito à informação deve estar garantida através de vias jurisdicionais céleres, sem embargo da coexistência destas com meios intra-administrativos, de uso facultativo, que providenciem uma alternativa (ainda) mais célere, informal e gratuita.

Duas observações sobre este ponto: em primeiro lugar, que o direito deve ser exercido junto de entidades públicas com competências autorizativas em sede ambiental dado o princípio, vigente em Direito do Ambiente, de proibição sob reserva de permissão. Quer a Convenção de Aarhus, quer a directiva 2003/4, quer a Lei 19/2006 indicam como destinatários do pedido de informação “autoridades públicas” (do ponto de vista material: *vide* a referência a concessionários), devendo sublinhar-se que esta noção tem merecido interpretação generosa por parte da CADA e da jurisprudência<sup>18</sup>. A solução argentina, de consagrar o mesmo direito exercível também contra entidades privadas, apesar do maior âmbito de aplicação, parece-nos não só perigosa porque pode proporcionar divulgação de informações confidenciais por terceiros privados que as detenham e que não sejam sensíveis às limitações que tal revelação pode acarretar, como multiplicadora de litigiosidade dada a tradicional resistência dos operadores a colocar certos dados à disposição do público.

Em segundo lugar, a consagração deste direito deve ser precedida, em Capítulo/Título anterior, da consagração do dever de divulgação de informação ambiental à população, através de meios informáticos e de serviços de atendimento ao público. Esta é, de resto, uma consequência da natureza colectiva do bem *ambiente*, cuja qualidade releva tanto intra como intergeracionalmente<sup>19</sup>, devendo a comunidade ter acesso a toda a informação disponível sobre a integridade do meio e possíveis ameaças a esta.

### 2.3.2 Direito de participação

O direito à participação em procedimentos com incidência ambiental não está regulamentado num único diploma, encontrando-se, quanto a instrumentos de carácter normativo, polarizado no momento de consulta pública a ocorrer em sede de avaliação ambiental estratégica (DL 232/2007, de 15 de Junho), aquando da aprovação ou da revisão de planos e programas e, quanto a decisões individuais, pulverizado por diversos regimes autorizativos dos quais,

pela sua precedência e abrangência, a avaliação de impacto ambiental constitui o paradigma (DL 69/2000, de 3 de Março, alterado e republicado pelo DL 197/2005, de 8 de Novembro).

Menos pacífico do que o direito à informação ambiental muito por força da dissensão doutrinal sobre a natureza do direito de audiência, e mais permeável a derrogações, o direito de participação constitui o direito nuclear da cidadania ambiental. A articulação entre os artigos 66<sup>o</sup>/2 e 52<sup>o</sup>/3/a) da CRP é aqui decisiva como tentámos demonstrar em momento anterior<sup>20</sup> para a compreensão da essência do direito de participação dado que ilumina a natureza do interesse a defender, vivificado por uma envolvência solidária dos membros da comunidade. O contraditório público que a participação fomenta deve reflectir-se na alteração da metodologia decisória administrativa a qual, embora não perdendo o epicentro da responsabilidade de tomada de decisão, se presta a uma legitimação pelo diálogo. Recorrendo, como noutra ocasião, a palavras de PERKINS SPYKE, há um efeito catártico associado à participação pública, “uma emoção que incrementa a democracia e uma força que gera redistribuição de poder”<sup>21</sup>.

Os alicerces do direito à participação pública a inserir numa eventual revisão da LBA, tendo em mente os dados nacionais mas sobretudo o dado aglutinador dos artigos 6, 7 e 8 da Convenção de Aarhus, seriam então:

- todos os procedimentos administrativos passíveis de gerar decisões, de carácter normativo ou individual, de forma directa ou indirecta, que possam ter impactos significativos no ambiente devem ser precedidos, salvo derrogação legal devidamente fundamentada, de um momento de consulta pública;

- a consulta pública deverá ter divulgação adequada em função do espectro de abrangência dos riscos associados à decisão em causa (nomeadamente, se tem ou não efeitos transfronteiriços);

- as entidades que promovem a consulta devem disponibilizar informação sobre o objecto de decisão, de forma clara e objectiva;

- o período de consulta pública deve ser previamente anunciado, com indicação dos locais e datas em que decorrerá, da forma através da qual deverá ser exercido (por forma escrita ou oral) e da duração por que se prolongará, a qual há-de ser fixada tendo em mente a complexidade da matéria e a amplitude do universo de sujeitos participativos;

- a consulta deve ocorrer num momento procedimental que permita que as observações do público sejam efectivamente relevantes para a tomada de decisão, devendo ser registadas as contribuições reiteradamente formuladas e incorporadas na fundamentação da decisão final;

- a efectivação do direito à participação deve estar garantida através de vias jurisdicionais céleres<sup>22</sup>.

Cumpre deixar uma observação a propósito da participação através de

associações representativas do interesse ambiental. Tomando como exemplo o artigo 10º da LPC, julgamos ser de integrar no lote de normas reunidas num novo Capítulo *Direitos e deveres dos cidadãos* a menção do direito à participação pela via associativa, remetendo para a lei (actualmente, Lei 35/98, de 18 de Julho) a definição de organização não governamental do ambiente e seu regime.

### 2.3.3 *Direito de acesso à justiça*

O direito de acesso à justiça está actualmente pulverizado entre os nºs 4 e 5 do artigo 40º, o artigo 42º e o artigo 44º da LBA. Nenhuma destas disposições sai ileso de uma crítica severa, na medida em que, relativamente aos artigos 40º e 44º, a dimensão personalista da tutela ambiental traiu o legislador e, no que tange o artigo 42º, a infelicidade terminológica de que padece<sup>23</sup> e a inutilidade a que (*pour cause*) foi votado recomendam uma erradicação. No que toca a este último ponto, a questão reside em saber se os meios jurisdicionais especialmente céleres de prevenção de danos deverão ser criados *ex novo* ou se o acervo de vias, principais e cautelares, existentes nas leis processual civil e administrativa, serão bastantes. Mas vamos por partes.

Numa lei de bases do ambiente, *the (green) heart of the matter* reside na tutela **directa** do ambiente através da legitimidade popular, havendo que desenhar formas de prevenir, fazer cessar ou reparar nos termos do DL 147/2008, de 29 de Julho ofensas *aos bens ambientais naturais*, não aos sujeitos. Logo, o direito de acesso à justiça ambiental realiza-se através da legitimidade popular, por autores populares e associações de defesa do ambiente, ou através da acção pública, pelo Ministério Público (uma vez que o ambiente é, além de um interesse colectivo, um interesse público)<sup>24</sup>. São os sujeitos titulares do interesse (ou representantes destes) de fruição do bem *ambiente* que gozam do direito de participação e, por conseguinte, podem estar em juízo, altruisticamente, a prosseguir a defesa jurisdicional do mesmo.

Assim, de uma norma que consagre o direito de acesso à justiça para tutela do ambiente devem constar as seguintes menções:

- são titulares do direito de acção os sujeitos que, nos termos da lei (actualmente, a Lei 83/95, de 31 de Agosto), tiverem legitimidade popular para defesa de interesses difusos;

- o regime da legitimidade popular, a desenvolver em lei própria, poderá contemplar especialidades processuais tendentes a incrementar o nível de tutela, nomeadamente preventiva (*v.g.*, decretamento provisório de providência cautelar pelo juiz; isenção de preparos a favor dos autores populares), e a reforçar os poderes inquisitórios do julgador, em homenagem à natureza do interesse;

- a lei processual aplicável em função da jurisdição competente para julgar o litígio garantirá a celeridade na prevenção de ameaças à integridade dos bens ambientais naturais e a plenitude dos meios de tutela com vista à cessação e

reparação dos danos, actuais ou potenciais;

- nos litígios em que estiver em causa a prevenção, cessação ou reparação de danos ecológicos, deverá estabelecer-se a inversão do ónus da prova a cargo do réu.

Em razão do princípio da autonomia, o direito processual é aquele que revela menos permeabilidade às interferências do Direito da União Europeia. É, portanto, neste domínio que o legislador português tem mais liberdade, ou seja, na determinação e conformação das concretas soluções processuais de tutela.

Dois questões levantadas no Colóquio merecem aqui referência, embora não tenham sido objecto da nossa intervenção: por um lado, a proposta do Secretário de Estado no sentido da criação de tribunais especializados para apreciarem os litígios jusambientais e, por outro lado, a introdução da solução da arbitragem nesta sede.

No que toca à criação de tribunais especializados ou de secções especializadas dentro de uma das jurisdições existentes, revelamos o nosso cepticismo, que se baseia em duas ordens de razões: de uma banda, a impossibilidade de criar uma jurisdição sem prévia delimitação de um objecto (ambiente) de forma precisa; de outra banda, a necessidade de estabelecimento de um critério de afectação dos litígios a uma das jurisdições, que tenderia, em nossa opinião, a ser desenhado em torno da natureza do bem porém, a dupla natureza da grande maioria dos bens ambientais (naturais), económica e ecológica, fragiliza tal eleição.

Quanto à arbitragem, a hipótese é sedutora, mas entrevemos algumas questões problemáticas, de entre as quais avultam a tendencial incompatibilidade dos tribunais arbitrais com a figura da justiça cautelar, e a indisponibilidade do interesse ambiental enquanto grandeza metaindividual (além da possibilidade de julgar segundo a equidade<sup>25</sup>, facto que pode implicar um rebaixamento do nível de protecção num domínio em que este deve sempre ser o mais elevado possível). Sendo certo que a emergência de resolução dos litígios ambientais convida à adopção de vias céleres caminho, de resto, apontado pelo regime de (prevenção e) reparação do dano ecológico, no procedimento regulado no artigo 16<sup>o</sup> do DL 147/2008, de 29 de Julho, julgamos que o percurso deve ser trilhado com cautela e reflexão, e sempre reflectindo a genuína preocupação de efectividade do Direito do Ambiente.

Olhando para o panorama actual, rapidamente nos apercebemos de que o contencioso administrativo garante tutela adequada, principal e cautelar, em situações de risco para a integridade de bens ambientais. Certo, a intimação para defesa de direitos, liberdades e garantias é aqui imprestável (como já demonstrámos noutra local<sup>26</sup>), mas o amplo lote de providências cautelares e a possibilidade de decretamento provisório da providência aberta pelo artigo 131<sup>o</sup>/3 do CPTA (na parte em que se refere a *outras* posições jurídicas que não se reconduzam a direitos, liberdades e garantias e que necessitem de tutela ultra-urgente) providenciam tutela bastante.

No processo civil, todavia, a situação é mais preocupante, dado que não existe solução idêntica à do artigo 131<sup>o</sup> do CPTA (ou do artigo 128<sup>o</sup> do CPTA)<sup>27</sup> o artigo 382<sup>o</sup> do CPC, aplicável em sede de providências cautelares não especificadas, reconhecendo embora o carácter urgente do processo cautelar e fixando um prazo máximo de 15/30 dias para decisão final, não permite obter este resultado. Seria, assim, da maior relevância que, na LBA e ainda que por remissão para o diploma regulador da legitimidade popular para tutela de interesses difusos em geral, se consagrasse esta possibilidade, que acautelaria o interesse ambiental (ou qualquer interesse colectivo) sem o alçar automaticamente a *superinteresse* acima de qualquer outro, uma vez que, e ainda que baseada em prova sumária, a concessão ultra-rápida da providência é promovida por um juiz e não puramente *ex lege*.

O factor da não automaticidade leva-nos a preferir o alargamento da solução promovida pelo artigo 131<sup>o</sup> do CPTA à atribuição de efeito suspensivo automático às providências cautelares (conservatórias) apresentadas pelo Ministério Público, à semelhança do previsto no artigo 69<sup>o</sup>/2 do DL 555/99, de 16 de Dezembro (com alterações posteriores) sendo certo que o efeito suspensivo é reversível, oficiosamente ou a requerimento dos interessados, num prazo de 10 dias. Note-se que a posição privilegiada do Ministério Público está pensada para a acção administrativa especial impugnatória (ou seja, pressupõe a existência de um acto administrativo), e circunscreve-se a uma actuação processual de carácter conservatório o que é manifestamente redutor no contencioso ambiental, dadas as possibilidades multiformes de actuação poluente.

Para além dos direitos referidos, julgamos que a dimensão impositiva da tutela ambiental não deve escapar à consagração explícita e autónoma numa LBA revista. Tomando novamente por paralelo a lei moçambicana, julgamos ser de acolher neste novo Capítulo uma norma sobre o dever genérico de utilização racional dos recursos, cuja densidade e exigibilidade variará consoante os impactos causados pelas actividades desenvolvidas pelos sujeitos, individuais ou colectivos, públicos ou privados. A vertente pedagógica da LBA deve acentuar a solidariedade cívica que a tutela ambiental convoca, reforçando o segmento impositivo do artigo 66<sup>o</sup>/1 da CRP. Esta nova norma, à semelhança do artigo 7<sup>o</sup> da LPC, poderia aludir, numa espécie de interesse reverso, à fruição colectiva do ambiente por todos os cidadãos.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **Análise preliminar da Lei de Bases do Ambiente**. In: *SI*, n. 241-243, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, ano 125, n. 3829-3830, 1993, p. 121 ss.

GOMES, Carla Amado. A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime jurídico instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho. In: **Textos dispersos de Direito do Ambiente**, Lisboa, n. III, 2010.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo do Ambiente. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo especial**. Coimbra: [s.d.], 2009, v. I.

\_\_\_\_\_. Participação pública e defesa do ambiente: um silêncio crescentemente ensurdecido. Monólogo com jurisprudência em fundo. In: **CJA**, n. 77, 2009.

\_\_\_\_\_. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Coimbra: [s.d.], 2007, p. 555-608.

GONÇALVES, Pedro. O direito de acesso à informação detida por empresas do sector público. In: **CJA**, n. 81, 2010.

MIRANDA, João. O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia**. Lisboa: [s.d.], 2010, v. II.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: [s.d.], 2010, v. 5.

REIS, João Pereira. **Lei de Bases do Ambiente, Anotada e Comentada**. Coimbra: [s.d.], 1992.

SILVA, Jorge Pereira da. Breve ensaio sobre a protecção constitucional das gerações futuras. In: **Em homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral**. Coimbra: [s.d.], 2010.

SPYKE, Nancy Perkins. Public participation in environmental decisionmaking at the new millennium: structuring new spheres of public influence. In: **Boston College Environmental Affairs Law Review**, 1997.2.

1 O texto que ora se publica corresponde à intervenção da autora no Colóquio subordinado ao tema **A revisão da Lei de Bases do Ambiente**, que teve lugar na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nos dias 2 e 3 de Fevereiro de 2011, sob a égide do Instituto de Ciências Jurídico-Políticas.

O título é uma homenagem a Graham Greene, tomado da obra homónima *"The heart of the matter"*.

2 Cfr. DAR, I, nº 29, de 10 de Janeiro de 1987, pp. 1219 segs a lei mereceu apenas votos contra dos deputados do CDS e do deputado independente Borges de Carvalho.

3 O artigo 3º/2/g) do DL 224-A/96, de 26 de Novembro (que aprovou um novo Código de Custas Judiciais, hoje revogado pelo DL 34/2008, de 26 de Fevereiro) manteve a isenção de custas consagrada no artigo 44º/1 da LBA logo, não operou qualquer alteração.

4 AMARAL, Diogo Freitas do. **Análise preliminar da Lei de Bases do Ambiente**. In: *SI*, nºs 241-243, 1993, pp. 43 segs.

5 REIS, João Pereira. **Lei de Bases do Ambiente, Anotada e Comentada**. Coimbra: [s.d.], 1992, p. 5.

6 Sobre a figura da Lei de Bases, veja-se MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: [s.d.], 2010, v. 5, pp. 404 segs.

7 Acórdão do Tribunal Constitucional 368/92, que procede à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas do diploma referido. A declaração prende-se com o facto de o diploma constituir uma intervenção inovatória do Governo em matéria de bases do sistema de protecção do ambiente, pertencente à reserva da Assembleia da República, e surge após três julgamentos de inconstitucionalidade em fiscalização concreta. O texto do acórdão pode ler-se, acompanhado de **anotação** de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, ano 125, n. 3829-3830, 1993, pp. 121 segs.

8 REIS, op. cit., p. 103.

- 9 Ressalvada a protecção dos recursos biológicos marinhos, que faz parte das competências exclusivas, no âmbito da política das pescas [artigo 3/1/d) do TFUE].
- 10 Anote-se, contudo, o nosso esforço de parametrização do DL 147/2008 pela LBA, propondo uma interpretação conforme a esta nomeadamente, conforme ao artigo 6º da LBA do lote de componentes ambientais naturais susceptíveis de sofrer danos ecológicos GOMES, Carla Amado. A responsabilidade civil por dano ecológico. Reflexões preliminares sobre o novo regime jurídico instituído pelo DL 147/2008, de 29 de Julho. In: **Textos dispersos de Direito do Ambiente**, Lisboa, n. III, 2010, p. 11-28.
- 11 Para a demonstração desta afirmação, veja-se GOMES, op. cit., p. 42-44.
- 12 Cfr. o nosso **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente**. Coimbra: [s.d.], 2007, p. 555-608.
- 13 Alçando (teoricamente) a Lei de Bases do Ambiente a *lei duplamente reforçada*: do ambiente no sentido estrito da alínea g) do nº 1 do artigo 165º da CRP, e dos restantes objectos que contempla por força da perspectiva ampla em que assenta.
- 14 Para mais desenvolvimentos, veja-se o nosso **Direito Administrativo do Ambiente**. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (Coord.). **Tratado de Direito Administrativo especial**. Coimbra: [s.d.], 2009, v. I, p. 159 ss, 170-176.
- 15 Não resistimos a chamar aqui um exemplo comparado, recentíssimo, da Constituição queniana de 2010 a qual, depois de proclamar o “right to a clean and healthy environment” (artigo 42), consagra o direito de acesso à justiça ambiental para prevenir, fazer cessar e obter reparação de ofensas ao ambiente, sendo que “the applicant does not have to demonstrate that any person has incurred loss or suffered injury” artigo 70/3. Ou seja, sem abrir mão da *fórmula encantatória* do “direito ao ambiente”, o legislador constituinte queniano teve a percepção da natureza colectiva do interesse em jogo, aliando a legitimidade popular à sua defesa.
- 16 Na opinião de João MIRANDA O acesso à informação administrativa não procedimental das entidades privadas. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia**. Lisboa: [s.d.], 2010, v. II., p. 433 ss, 442, nota 21), a autonomização do direito de acesso à informação ambiental na Lei 19/2006 é dispensável, podendo constituir um Capítulo da Lei 46/2007, de 24 de Agosto. O objectivo do legislador português terá sido atestar o bom cumprimento do Direito da União Europeia, destacando o regime que tem particularidades sensíveis em face do regime geral, nomeadamente quanto à legitimidade dos requerentes e aos fundamentos de indeferimento em diploma autónomo.
- 17 Note-se que, nem o artigo 9º da Lei 19/2006 que dispõe sobre os prazos de disponibilização da informação nada refere quanto ao prazo de comunicação da necessidade de prorrogação do prazo, nem o artigo 11º do mesmo diploma se pronuncia sobre o prazo de comunicação do diferimento da satisfação do pedido para momento posterior facto que pode, desnecessariamente, promover a litigiosidade.
- 18 Vejam-se os pareceres da CADA nº 190, de 15 de Julho de 2009 (proc. 187/200); nº 329, de 2 de Dezembro de 2009 (proc. 253/2009); e nº 164, de 16 de Junho de 2010 (proc. 224/2010). Na jurisprudência, compagine-se o Acórdão do STA de 7 de Janeiro de 2009 (proc. 0484/08), com anotação (discordante) de GONÇALVES, Pedro. **O direito de acesso à informação detida por empresas do sector público**. In: *CJA*, nº 81, 2010, pp. 3 segs.
- 19 Por último sobre a tutela dos interesses de fruição do ambiente pelas gerações futuras, SILVA, Jorge Pereira da. Breve ensaio sobre a protecção constitucional das gerações futuras. In: **Em homenagem ao Prof. Doutor Diogo Freitas do Amaral**. Coimbra: [s.d.], 2010, pp. 459 segs (em termos que, salvo o devido respeito, não acompanhamos).
- 20 Cfr. o nosso **Participação pública e defesa do ambiente: um silêncio crescentemente ensurdecedor**. Monólogo com jurisprudência em fundo. In: *CJA*, n. 77, 2009, pp. 3 segs.
- 21 SPYKE, Nancy Perkins. Public participation in environmental decisionmaking at the new millennium: structuring new spheres of public influence. In: **Boston College Environmental Affairs Law Review**, 1997/2, p. 263 segs, 267.
- 22 Vias essas que, no contexto actual, correspondem à intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias prevista no artigo 109º do CPTA. Note-se que laboramos no pressuposto de que o direito à participação em procedimentos de decisão (normativa e individual) com incidência ambiental é um *direito fundamental procedimental* em sentido próprio, por força da articulação entre os artigos 66º/2 e 52º/3/a) da CRP (aqui concretamente no que concerne ao interesse difuso ambiente).
- 23 Veja-se AMARAL, op. cit., p. 49-50.
- 24 Tendemos a excluir as autarquias do catálogo de autores populares em razão da sua contenção territorial que, por um lado, lhes veda a competência para intervir em favor de bens cuja tutela não tem a seu cargo

e, por outro lado, transforma a tutela daqueles que se encontram sob sua jurisdição em *defesa publicizada de interesses colectivos* ou seja, tarefa pública autárquica.

25 Note-se que “os árbitros julgam segundo o direito constituído, a menos que as partes, na convenção de arbitragem ou em documento subscrito até a aceitação do primeiro árbitro, as autorizem a julgar segundo a equidade” artigo 22º da Lei 31/86, de 29 de Agosto.

26 GOMES, *Direito Administrativo do Ambiente*, op. cit., p. 273-275.

27 O artigo 412º/2 do CPC admite, na providência cautelar especificada de embargo de obra nova, que o embargo extrajudicial se faça na presença de duas testemunhas, tão pronto quanto o lesado/futuro autor de acção condenatória em pedido de demolição da obra presumivelmente ilegal constata a lesão do direito/interesse (este embargo caduca se no prazo de cinco dias não for requerida a sua ratificação judicial). O problema é que este regime é aplicável apenas em sede desta providência cautelar, que se revela inadequada a fornecer tutela a situações, por exemplo, de poluição.

## THE (GREEN) HEART OF THE MATTER: THE PROCEDURAL ASPECT OF THE ENVIRONMENTAL PROTECTION AND THE REVISION OF THE ENVIRONMENTAL BASES ACT

### ABSTRACT

The Environmental Bases Act (LBA) completed twenty years of existence in 2007. The entry into force of the LBA was a determining factor for building the legal order in the field of environmental protection we now have in Portugal. However, the Portuguese environmental legislator is limited to the strict statism promoted by the European Union law, a fact which restricts the real relevance of the LBA. The convenience of revising the LBA is, therefore, linked to two opposite trends. In formal terms, the revision is relevant, as it would promote the adjustment of the LBA, in accordance with the development-minded legislation created in the European Union circles. On the other hand, however, if we appreciate the matter from a material outlook, the revision is basically irrelevant, due to the force of the Environmental Law of the European Union. Under the reality of these limits, we developed our studies on the procedural aspect of environmental protection, or, in other words, about the real meaning of the “right to environment” found in Section 66º/1 of the Portuguese Constitution.

**Keywords:** Right to environment. Environmental Law. Environmental Bases Act (LBA). European Union law. Procedure.